



ANDREA DI PORTO

I «NUOVI SACERDOTI»

DELLA «GIURISPRUDENZA DELLA CORTE»

1. Come contributo alla riflessione su «l'uso forense dei precedenti», vorrei soffermarmi su una questione che per l'avvocato, *oggi*, è decisiva: la questione dell'individuazione dei precedenti dotati di forza vincolante. Questione che, poi, porta con sé la domanda su come si misuri la forza vincolante di un precedente¹.

Com'è noto, infatti, per l'avvocato è certamente decisivo individuare i precedenti del caso oggetto della propria difesa, sia quelli favorevoli sia quelli contrari: nel primo caso, per indurre il giudice ad accogliere la tesi patrocinata; nel secondo, per cercare di superarli argomentandone la non applicabilità al caso concreto.

Tanto più, evidentemente, nel contesto attuale, dopo un decennio di interventi normativi, a cominciare dal 2006, e con cadenza praticamente triennale, volti a conferire, sempre più, forza vincolante alla «giurisprudenza della Corte» – per usare la dizione dell'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c. – e a rafforzarne così, declinandola, la funzione nomofilattica attribuitale dall'art. 65 dell'ordinamento giudiziario, e culminati nella riforma introdotta dal d.l. 31 agosto 2016, n. 168, convertito, con modificazioni, con l. 25 ottobre 2016, n. 197, che ha ridisegnato l'impianto del giudizio civile di legittimità.

Interventi, tutti, che consentono di affermare, con l'efficace espressione di Giovanni Canzio, che la natura vincolante del precedente è entrata ormai nella «grammatica normativa».

2. I precedenti, dunque, hanno oggi, nel nostro ordinamento, natura vincolante per legge.

Ma quali? Certamente quelli che costituiscono la «giurisprudenza della Corte» ai sensi dell'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c.

E, allora, l'avvocato come individua, *oggi*, i precedenti che costituiscono quella «giurisprudenza della Corte», di cui parla l'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c., e che, da un lato, impone all'avvocato, se contraria, di criticarla con argomenti tanto efficaci da superare il vaglio di ammissibilità e quello di manifesta infondatezza del ricorso, fino al punto di indurre la Corte stessa a rimeditarla e modificarla, o, se

¹ La riflessione che svolgo nelle pagine che seguono riguarda il processo civile. Per la discussione sul valore attuale del precedente in materia penale, rinvio al bel saggio di V. Manes, «*Dalla fattispecie al precedente: appunti di deontologia ermeneutica*», in «*Diritto penale contemporaneo*», 17 gennaio 2018, pp. 1-33.



favorevole, di argomentare per ottenere una pronuncia di manifesta fondatezza, e, dall'altro, impone alla Corte medesima di conformarvisi?

A me pare si possa affermare che, *oggi*, il «luogo» dove si decide se vi è o non vi è «giurisprudenza della Corte» è la Sesta sezione civile della stessa Corte: qui, la si custodisce, e qui, se ne determina l'evoluzione e il superamento.

Una simile affermazione si fonda, a mio avviso, su tre «fatti», intervenuti nel volgere di undici mesi: dall'aprile 2016 al marzo 2017.

Li ricordo in ordine di accadimento.

a) Il primo è costituito dalle *Linee guida per il funzionamento della Sesta sezione civile*, o *Documento programmatico sulla Sesta sezione civile*, diffuso con circolare del Primo presidente del 22 aprile 2016.

In tale documento si dettano, fra l'altro, i criteri in base ai quali si può, *rectius*, si deve dire che vi è quella «giurisprudenza della Corte» in forza della quale, ai sensi dell'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c., quando il provvedimento impugnato abbia deciso le questioni di diritto in modo conforme a detta giurisprudenza e l'esame dei motivi non offra elementi per confermare o mutare orientamento, il ricorso è inammissibile.

Vi si legge che «deve ritenersi che vi è *giurisprudenza*: quando vi è una decisione a sezioni unite; quando vi è un orientamento consolidato delle sezioni semplici; quando vi sono poche sentenze di una o più sezioni semplici, se convergenti; quando vi è una sola sentenza, se ritenuta convincente».

Sulla scorta dell'argomento letterale che l'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c., parla di *giurisprudenza*, senza aggettivi, tipo «consolidata», si arriva, dunque, a stabilire che v'è *giurisprudenza* addirittura «quando vi è una sola sentenza, se ritenuta convincente».

b) Nel corso del 2016 è, poi, intervenuta la riforma del giudizio civile di legittimità, già sopra ricordata. Una riforma, che, con le parole dello stesso Primo presidente Canzio, ha introdotto una distinta modulazione tra giudizi (una minoranza) che hanno valenza nomofilattica, perché la questione di diritto è di particolare rilevanza, destinati alla pubblica udienza e alla decisione con sentenza, tale da assumere i caratteri del precedente in senso stretto, e giudizi privi di tale carattere (il contenzioso più nutrito), destinati all'adunanza camerale, non partecipata ma con contraddittorio scritto, e alla decisione con ordinanza².

Di tale riforma, ai fini del ragionamento che sto svolgendo, mi pare meritino di essere evidenziati due aspetti.

Innanzitutto, la riforma ha elevato a rango normativo e di programma istituzionale della Corte di legittimità l'attività di spoglio dei ricorsi. Ha collocato tale attività al centro del lavoro della Corte, procedimentalizzandola e attribuendo alla Sesta sezione civile un iniziale e fondamentale giudizio prognostico volto a far ricadere il ricorso stesso «sotto» la «giurisprudenza della Corte», instradandolo sul

² Così G. Canzio, *La riforma del giudizio civile di Cassazione. Una Introduzione*, in A. Di Porto, (a cura di), *La nuova Cassazione civile*, Milano, 2017, pp. 5 ss.



binario dell'inammissibilità o della manifesta fondatezza/infondatezza dinanzi la stessa sezione, oppure a suscitare un ulteriore spoglio, questa volta dinanzi la sezione semplice, finalizzato al censimento dei *leading cases* e dei ricorsi, più in generale, a valenza nomofilattica. In questo nuovo quadro spicca dunque il ruolo della Sesta sezione civile: l'attività di spoglio da essa svolto appare decisivo per la selezione e la formazione della «giurisprudenza della Corte», e dunque dei precedenti con forza vincolante.

Il secondo aspetto riguarda l'avvocatura. Mi pare che la riforma imponga un mutamento d'impostazione dei due fondamentali atti difensivi del giudizio di legittimità, il ricorso e il controricorso. Si dovrà, in sostanza, affrontare, *in limine*, la questione dell'ammissibilità/inammissibilità, manifesta fondatezza/infondatezza, attraverso un serrato confronto con la «giurisprudenza della Corte», al fine, a un tempo, di agevolare l'attività di spoglio della Sesta sezione e di indirizzarla a favore della tesi patrocinata.

c) Infine la sentenza delle Sezioni Unite civili del 21 marzo 2017, n. 7155.

La Corte, rovesciando il principio di diritto enunciato dalle stesse Sezioni Unite, nel 2010, con la sentenza n.19051, e successivamente ribadito, secondo cui il ricorso scrutinato ai sensi dell'art. 360-*bis*, n.1, c.p.c., deve essere rigettato per manifesta infondatezza e non dichiarato inammissibile, ha statuito che, nel caso in cui la pronuncia impugnata si sia adeguata alla «giurisprudenza della Corte» e il ricorrente non l'abbia adeguatamente criticata, si debba invece dichiarare l'inammissibilità del ricorso, in linea con il chiaro disposto letterale della norma.

Si tratta di una decisione che, restituendo autonomia alla previsione contenuta nell'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c., rispetto alle disposizioni contemplate dall'art. 375, n. 5, c.p.c. (manifesta fondatezza/infondatezza), accentua ancor più il ruolo della Sesta sezione civile, in perfetta armonia sia con le richiamate linee guida sia con la riforma del 2016.

Ne discende un quadro organizzativo e decisionale pienamente coerente, al centro del quale sta la Sesta sezione civile, che si trova ad avere in mano le «chiavi di accesso» alla Corte di legittimità, con la grande responsabilità del censimento dei precedenti, specie di quelli delle sezioni semplici - quelli delle Sezioni Unite hanno forza *ex sé* - per stabilire: quali costituiscano la «giurisprudenza della Corte», quali no; quali argomenti siano da considerare adeguati a criticare tale giurisprudenza, quali no; quando la stessa *giurisprudenza* meriti un ripensamento, quando no.

Perché, può piacere o no, quando a base di una pronuncia d'inammissibilità, ai sensi dell'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c., la Sesta sezione pone *il precedente*, sia che corrisponda a una decisione delle Sezioni Unite o a un orientamento (ritenuto) consolidato delle sezioni semplici oppure a poche sentenze di una o più sezioni semplici, se (ritenute) convergenti, sia che consista anche in una sola sentenza, se (ritenuta, sempre dalla stessa Sesta sezione) convincente, *a tale precedente* viene attribuita la forza vincolante che la legge riconosce alla «giurisprudenza della Corte». Perché ancora, può sempre piacere o no, quando, nonostante la presenza di una tale «giurisprudenza della Corte», la Sesta sezione decide, sulla scorta dei motivi del ricorso, di superare la soglia di ammissibilità e di manifesta infondatezza, in realtà avvia il motore della sua evoluzione o del suo superamento.



La Cassazione, dunque, ha oggi nella Sesta sezione civile il «collegio», che custodisce, censisce, interpreta la «giurisprudenza della Corte» e ne detta i tempi del ripensamento e mutamento; nei giudici, che tale «collegio» compongono, i «nuovi sacerdoti».

La «scommessa» sarà riuscire a contemperare un ruolo tanto delicato e complesso con la mole dei ricorsi da «spogliare», «instradare» e definire e con la «missione», affidata alla stessa sezione dalle ricordate linee guida, di aumentare la produttività nello «smaltimento dei ricorsi»³.

La vittoria dipenderà da tanti fattori: oltre ad un grande sforzo organizzativo e di coordinamento, volto a garantire il massimo possibile di uniformità, di equilibrio e di prudenza nelle decisioni, e alla già ricordata «collaborazione» dell'avvocatura, decisiva sarà l'autorevolezza, nel senso di più alta e riconosciuta professionalità, dei magistrati cui verrà, via via, affidata la responsabilità di guidare, coordinare, e anche semplicemente comporre, il «collegio» della Sesta civile.

3. Nella situazione appena descritta, torna molto utile la rilettura di alcune pagine di Gino Gorla e di Francesco Galgano, le prime scritte sulle colonne del «Foro italiano» più di mezzo secolo fa⁴, le seconde, pubblicate nel 1985, su «Contratto e impresa» nel suo primo anno di vita⁵. Le une e le altre contengono attualissime considerazioni intorno a due temi: a) quello della «massimazione» dei precedenti giudiziari; b) e quello dell'addestramento all'interpretazione delle sentenze.

Due temi, che, se allora, in un contesto nel quale la natura vincolante del precedente, a parte il generale principio enunciato dall'art. 65 dell'ordinamento giudiziario, non era entrata ancora nella «grammatica normativa» del nostro paese, rivestivano un interesse prevalentemente scientifico, in chiave soprattutto di studio comparativo del *common law*, oggi sono, a me sembra, cruciali per il corretto funzionamento di quel particolare «nostro *stare decisis*», frutto delle sopra ricordate novità intervenute sulla natura vincolante dei precedenti costituenti la «giurisprudenza della Corte» e governato dalla Sesta sezione civile.

A proposito del primo tema, il pensiero espresso da Gorla, nel ricordato saggio sul «Foro italiano» del 1964, si può sintetizzare nel concetto che lo studio della giurisprudenza non può prescindere dalla conoscenza del «fatto della causa». E ciò, in quanto «comunque si concepisca la sentenza (creazione o applicazione del diritto: in realtà, com'è noto, essa è un po' l'uno e un po' l'altro), la sentenza è la soluzione di un problema giuridico che il fatto presenta»⁶. Sicché il «fatto della causa» deve essere ben rappresentato in ogni passaggio della «vita» di una sentenza: dalla stesura, alla riproduzione nelle raccolte

³ Così le *Linee guida per il funzionamento della Sesta sezione civile*, nella «Premessa».

⁴ G. Gorla, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze*, in «Foro italiano», LXXXVII, 1964, pp. V, 73 ss. Le ricerche sul tema, avviate con questo saggio, accompagneranno tutta la produzione scientifica del grande studioso e si trovano citate in G. Gorla, *Precedente giudiziale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, pp. 1 ss.

⁵ F. Galgano, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in «Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale», 3, 1985, pp. 701 ss.

⁶ G. Gorla, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza*, cit., c. 75.



di giurisprudenza, fino – appunto – alla *massimazione*. Senza la conoscenza del «fatto della causa», non si può distinguere la *ratio decidendi* dagli *obiter dicta* di una sentenza, non si possono interpretare e utilizzare correttamente le *massime*. Insomma, senza la conoscenza del «fatto della causa» non si può fare buon uso dei precedenti e soppesarne l'autorità, né a fini scientifici né pratici.

Per quanto riguarda in particolare le *massime*, Gorla, dopo avere rilevato come la loro concreta redazione non consenta, invece, la ricostruzione del fatto della causa, anche perché nelle nostrane raccolte di giurisprudenza si è soliti riportare le sentenze con gli *omissis* sul fatto, afferma che «il nostro *stare decisis* è dunque un processo logico simile a quello della nostra legge scritta (astratta e generale): il caso concreto viene inquadrato in un «precedente» astratto, cioè nella massima, invece che argomentare o decidere per identità o somiglianza con il caso o fatto oggetto del precedente concreto (il quale fatto, se mai, si presenta quasi come l'*occasio legis*, l'*occasio*, cioè, della massima astratta!)»⁷.

Ventuno anni dopo, in un contesto completamente diverso, con la giurisprudenza che si va ponendo sempre più al centro della scena giuridica⁸, Francesco Galgano, dando vita ad una delle sue importanti intraprese scientifiche, la ricordata rivista «Contratto e impresa», recante l'eloquente sottotitolo *Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, a rimarcare appunto la «svolta giurisprudenziale» in corso, torna sui temi affrontati, in largo anticipo, da Gorla, riprendendo il suo pensiero.

Galgano vede con chiarezza la «svolta giurisprudenziale» in atto: «Continuiamo a proclamarci interpreti della legge e a elaborare teorie sulla sua interpretazione; ma ci troviamo di fatto a operare, sempre più frequentemente, come interpreti della sentenza (e del contratto). La legge, nel senso pieno dell'espressione, è ormai una specie alquanto rara, e la funzione di adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà è sempre più largamente svolta dal giudice (o è svolta dalla modellistica contrattuale). Constato da qualche tempo che gli avvocati, nei loro atti defensionali come nei loro pareri, non citano più i codici, ma la giurisprudenza sui codici»⁹.

E poi, riprendendo il pensiero di Gorla, che sente attuale e ancor più concreto proprio per la rilevata «svolta», a proposito dell'astrattezza con cui si massimano le sentenze, nota: «educati come siamo ad argomentare dalla legislazione, noi abbiamo preteso che i precedenti di giurisprudenza ci fossero confezionati a immagine e somiglianza delle leggi. Dalle sentenze, che sono decisioni su casi concreti, vengono per noi ricavate le *massime*, un genere sconosciuto al mondo anglosassone, che sono proposizioni formulate in termini generali e astratti, al pari di altrettante norme di legge. Dalle massime deduciamo poi la soluzione dei nuovi casi. [...] Piaccia o non piaccia, il problema dell'interpretazione del precedente giudiziario ha, da noi, un imprescindibile punto di riferimento nelle massime, siano esse le «massime ufficiali» che l'Ufficio del Massimario trae dalle migliaia di sentenze rese annualmente dalla Cassazione

⁷ *Ibidem*, c. 80, nota 22.

⁸ Per un rapido sguardo ai mutamenti che intervengono, nel nostro paese, nei «rapporti» fra legislazione, giurisprudenza e dottrina nella seconda metà del secolo scorso fino ad oggi, mi permetto di rinviare a A. Di Porto, *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo*, in A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2017, pp. 119 ss.

⁹ F. Galgano, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza*, cit., p. 701.



oppure le massime che i redattori delle innumerevoli riviste di giurisprudenza collocano in epigrafe alle sentenze, di Cassazione o di merito, che ritengono utile pubblicare. Piaccia o non piaccia, è con le massime di giurisprudenza che dobbiamo fare i conti, quali noi attingiamo – o quali altri attingono, per contrastare i nostri assunti – dai terminali elettronici della Cassazione, dai massimari e dai repertori, dai codici annotati con la giurisprudenza e così via. In un sistema organizzato per estrarre massime da sentenze e per divulgare con ogni mezzo le massime estratte, il vero oggetto dell'interpretazione finisce con l'essere non la sentenza in sé, ma piuttosto il rapporto fra questa e le massime che ne sono state tratte (o che se ne sarebbero potute trarre)¹⁰.

Oggi, a oltre trent'anni di distanza, in una situazione nella quale la giurisprudenza è saldamente al centro del dibattito giuridico, a scapito della legislazione e della dottrina, e i dialoghi della dottrina con la giurisprudenza sono stati sostituiti dai dialoghi fra le Corti, e addirittura le sue pronunce, almeno quelle costituenti la «giurisprudenza della Corte», hanno natura vincolante, nei termini sopra indicati, oggi, in una simile situazione, le considerazioni di Gorla e di Galgano appaiono ancor più rilevanti.

Infatti, se una sentenza diventa precedente attraverso la sua *massima* e se un ricorso sulla base d'una o più *massime* può, *rectius*, deve essere dichiarato inammissibile o manifestamente infondato/fondato, se insomma è con le *massime* che si deve fare, sempre più, i conti, allora le *massime* devono essere redatte non come enunciazioni astratte, ma con il «fatto della causa», che la sentenza, da cui sono tratte, ha concretamente deciso. Solo così si potrà sia argomentare sia decidere per identità o somiglianza fra casi decisi e casi da decidere. Solo così si potrà interpretare e utilizzare le *massime*, distinguendo la *ratio decidendi* dagli *obiter dicta*. Solo così il «nostro *stare decisis*» potrà funzionare correttamente.

Il secondo tema è quello dell'addestramento all'interpretazione delle sentenze: se l'avvocato deve fare i conti con i precedenti giudiziari, per criticarli efficacemente, se contrari, o per addurli a sostegno della tesi patrocinata, se favorevoli, bisogna che li sappia interpretare.

Gorla, nello stesso saggio del 1964 sopra citato, richiama l'attenzione degli studiosi sulla complessità, difficoltà e delicatezza dell'attività d'interpretazione delle sentenze e della giurisprudenza. Attività, egli precisa, che «non è cosa da principianti, ma esige giuristi provetti, i quali sono da formare mediante un'apposita educazione e mediante l'addestramento»¹¹. E punta il dito sulle mancanze, in materia, dell'Università: «si può osservare un difetto grave e apparentemente strano del nostro insegnamento universitario. E cioè, nelle nostre facoltà di giurisprudenza, mentre si insegnano le regole e le tecniche dell'interpretazione della legge scritta [...] non si insegnano per nulla le regole e le tecniche della interpretazione delle sentenze: I nostri allievi, quando escono dall'università, mentre sanno di legge

¹⁰ *Ibidem*, p. 702.

¹¹ *Ibidem*, c. 84. L'Autore, in più punti del suo saggio (c. 86 e note 30 e 38), sottolinea l'analogia fra l'attività d'interpretazione delle sentenze e, in genere, della giurisprudenza, e l'attività d'interpretazione dei testi dei giuristi romani raccolti nel Digesto, per l'approccio casistico e per la stretta attinenza, nei testi romani, della *quaestio iuris* al caso.



scritta e di dottrina, nulla sanno del come vengono fatte le sentenze e del come devono adoperarsi o interpretarsi»¹².

Galgano, sempre nello scritto del 1985, dopo il già ricordato rilievo secondo cui il giurista si trova di fatto a operare come interprete della sentenza, più che della legge, nota: «e tuttavia non siamo attrezzati – né culturalmente né tecnicamente – per lavorare compiutamente sulla giurisprudenza: una scienza o, più modestamente, una tecnica dell'interpretazione del prodotto giudiziario è, da noi, tutta da fondare»¹³.

Ecco, a me sommessamente pare che, anche per quanto riguarda la necessità di un apposito insegnamento universitario avente a oggetto l'interpretazione della giurisprudenza, le parole di Gorla e di Galgano mantengano intatta la loro attualità¹⁴. Ancor più, direi, e anche a fini pratici, *oggi*, che «il nostro *stare decisis*» è ormai entrato, nei termini e nei modi sopra tratteggiati, nella «grammatica normativa».

¹² *Ibidem*, c. 85.

¹³ *Ibidem*, p. 700.

¹⁴ Sulla massimazione delle sentenze, *cfr.*, L. Nazzicone, *Tecniche di massimazione delle sentenze*, (con prefazione di A. Di Porto, *Imparare a leggere le sentenze nell'età della giurisdizione*, pp. VII-XVIII), Roma, 2017, volumetto pubblicato nell'ambito dell'attività didattica della Scuola di specializzazione delle professioni legali della Sapienza, dove è attivato uno specifico corso sulle tecniche di redazione e massimazione dei provvedimenti giudiziari.