



GIULIANO SCARSELLI

La nostra giustizia, in marcia verso la *common law*

Sommario: 1. Premessa. La sempre più marcata tendenza del nostro sistema di tutela dei diritti ad allontanarsi dalla tradizione di civil law per abbracciare quella di common law. 2. Gli interventi normativi volti a rafforzare la vincolatività dei precedenti. 3. Gli orientamenti volti a (sempre più) trasformare la giurisprudenza in fonte di diritto. 4. La crisi della dottrina e dello studio sistematico del diritto scritto. 5. Qualche appunto di sintesi.

1. Da un po' di tempo a questa parte io ho la sensazione che il nostro sistema di tutela dei diritti si stia sempre più allontanando dalla nostra tradizione di *civil law* per abbracciare quello di *common law* (in una certa misura, e ovviamente senza perfetta aderenza).

Qualcuno mi potrebbe subito replicare che il tema è mal posto, visto che parte delle differenze tra *common law* e *civil law* si sono oggi attenuate.

Ciò è vero; tuttavia credo che le differenze di base, semplici ed elementari, che contrappongono il sistema britannico al nostro di diritto romano, possano ancora delinearci con una certa nettezza.

Tra queste, direi: - nella *common law* la tutela dei diritti si basa sui precedenti giurisprudenziali, che sono normalmente vincolanti in base al principio della *stare decisis*, mentre nella *civil law* l'ordinamento giuridico si basa sulla legge scritta e su un principio di libertà del giudice nell'applicarla; - nella *common law* non v'è una codificazione generale e il diritto è creato principalmente dai giudici, mentre nella *civil law* la decisione del giudice si basa sul diritto scritto e l'attività del giudice non costituisce fonte di diritto; - nella *common law* il giurista ha essenzialmente una formazione pratica, il ruolo della dottrina è assai marginale e non esiste la figura del notaio, mentre nella *civil law* il ruolo della dottrina e la rilevanza dello studio sistematico del diritto assumono invece (o dovrebbero assumere) un ruolo non secondario.

Ebbene, io credo che con riferimento a queste elementari distinzioni molti nostri giudici e/o avvocati hanno da tempo la mia stessa sensazione, ovvero avvertono che v'è in corso un superamento della *civil law*.

E, preciso, non è mia intenzione offrire un approfondimento dottrinale dei due sistemi, io desidero solo rendere oggetto di una qualche analisi queste semplici domande:

- è vero, o non è vero, che sempre più il nostro sistema di giustizia tende a considerare i precedenti (della Corte di cassazione) come vincolanti?

- E' vero, o non è vero, che il rispetto del tenore letterale delle norme e della legalità formale sono passati in secondo piano, in quanto (anche) la nostra giurisprudenza tende a costituirsi quale fonte di diritto con l'applicazione diretta ai casi concreti di principi generali?

- E' vero o non è vero che, stante tutto ciò, l'analisi sistematica del diritto scritto e lo stesso ruolo della dottrina, e soprattutto della classe forense, sono fortemente decaduti?

Ebbene, io penso che a queste domande possa oggi risponderci: "E' vero."

Aggiungo una curiosità: mi è stato riferito che ad un convegno sulla sinteticità e chiarezza degli atti processuali, un relatore, noto accademico, ha espressamente affermato che in futuro saranno da evitare citazioni in latino.

Considerato che il latino è proprio, tra tutte le lingue, quella della sinteticità e della chiarezza, appare difficile credere che l'abbandono del latino in favore dell'inglese possa giustificarsi con simili esigenze, e non trovi, invece, la sua ragione d'essere nella volontà di ridimensionare sempre più il diritto romano in favore di quello anglosassone.



Certamente, le mie sono solo sensazioni; tuttavia che vi sia in atto una tendenza di questo genere io penso sia sotto gli occhi di tutti.

Queste pagine, allora, si propongono di indicare quelli che sono, a mio sommo parere: - gli interventi normativi che in questi anni hanno rafforzato la vincolatività dei precedenti; - gli orientamenti della giurisprudenza volti a immaginare le decisioni dei giudici quali fonte di diritto; - e infine i tratti della crisi della dottrina e dello studio sistematico del diritto scritto.

E sia consentito altresì ricordare che il sistema di diritto romano di *civil law* non costituisce solo nostalgia del passato o amore per la storia, bensì rappresenta fattore sistematico, e pratico al tempo stesso, dell'organizzazione del nostro ordinamento giuridico, il quale subirebbe radicali trasformazioni, con conseguenze anche difficilmente immaginabili, ove davvero lo si dovesse abbandonare.

Credo, allora, che il tema non sia né marginale né meramente accademico, poiché, par evidente, questo cammino verso quello che in forma del tutto riassuntiva (e per niente precisa) io qui definisco “verso la *common law*”, può non solo rivoluzionare la nostra tradizione, bensì anche stravolgere i concetti stessi di “diritto” e di “giustizia” per come li abbiamo fino ad oggi intesi.

2. Nel contesto delineato, quanto al primo aspetto relativo alla vincolatività dei precedenti, penso si possano ricordare i nostri seguenti interventi normativi.

2.1. Vi sono state, già negli anni 2006, 2009 e 2012, delle prime riforme processuali volte a rafforzare l'onere di vincolatività del precedente.

a) Una prima la si ritrova nello stesso art. 374, 3° comma c.p.c. per come modificato dalla riforma del 2006. Da quella data le sezioni semplici della Corte di Cassazione non possono più decidere in modo difforme dalle posizioni delle Sezioni Unite, atteso che “*Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso*”.

b) Una seconda si riscontra nell'art. 118 disp. att. c.p.c. per come integrato dalla legge 18 giugno 2009 n. 69. Dal 2009 tale disposizione prevede che le ragioni giuridiche della decisione, possono esser date dal giudice “*anche con riferimento a precedenti conformi*”; dal che, appunto, da quella data, la motivazione della sentenza può concretizzarsi anche solo nel rinvio ad altre decisioni, alle quali ci si richiama per decidere.

c) Concetto analogo veniva poi ribadito nel nuovo art. 348 *ter* c.p.c. per come inserito nel codice di rito dalla riforma del 2012.

Si tratta, come noto, dell'inammissibilità dell'appello quando questo non abbia *ragionevole probabilità di essere accolto*, inammissibilità che il giudice può dichiarare “*con ordinanza succintamente motivata, anche mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e i riferimenti ai precedenti conformi*”.

L'art. 348 *ter* c.p.c., così, riproduceva il testo dell'art. 118 disp. att. c.p.c. nella parte in cui prevede che il giudice possa motivare “*anche con riferimento a precedenti conformi*”, ma andava oltre quella disposizione prevedendo che il giudice potesse richiamare non solo principi di diritto già enunciati da altri giudici, ma anche *elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa*.

Tutte queste riforme, par ovvio, non pongono certo il principio della vincolatività del precedente; tuttavia, in una certa misura, esse hanno rappresentato un primo passo verso un rafforzamento di un simile meccanismo, consentendo, per la prima volta, ai giudici di poter motivare anche solo richiamandosi ai precedenti (e quindi favorendo l'idea che le decisioni si assumano, appunto, sulla base dei precedenti) e impedendo alle sezioni semplici di provvedere in modo non conforme alle decisioni delle Sezioni unite.

d) Questa tecnica di rafforzamento del precedente la ritroviamo infine nel recentissimo decreto legislativo di riforma del processo civile all'art. 350 *bis*: “*La sentenza è motivata in forma sintetica, anche mediante esclusivo riferimento al punto di fatto o alla questione di diritto ritenuti risolutivi o mediante rinvio a precedenti conformi*”, e all'art. 436 *bis*: “*Il collegio, sentiti i difensori delle parti, pronuncia sentenza dando lettura del dispositivo e*



della motivazione redatta in forma sintetica, anche mediante esclusivo riferimento al punto di fatto o alla questione di diritto ritenuti risolutivi o mediante rinvio a precedenti conformi”

2.2. La tendenza qui analizzata si è poi estesa in questi ultimi anni.

In questo contesto merita intanto di essere ricordata la legge delega di riforma del processo civile 26 novembre 2021 n. 206, art. 1, comma 9, punto g), la quale ha ipotizzato un nuovo strumento processuale, che può definirsi di remissione anticipata alla Corte di cassazione di un quesito di diritto, e che si ritrova ora nel decreto legislativo di attuazione di detta riforma all'art. 363 *bis* c.p.c.

Con essa, il giudice del merito può rimettere in ogni tempo alla Corte di cassazione la risoluzione di un dubbio giuridico, se la questione è nuova, di particolare importanza e suscettibile di porsi in numerose future controversie.

In questo caso il processo è sospeso fino alla decisione della Corte di cassazione, e successivamente il giudice del merito, al pari di un giudice del rinvio, deve attenersi al principio enunciato dalla cassazione, che resta vincolante *“nel procedimento nell’ambito del quale è stata rimessa la questione”*.

Si tratta di una novità assoluta per il nostro ordinamento, che certo ha valorizzato il ruolo della Corte di cassazione e rafforzata la sua funzione c.d. di nomofilachia; basti pensare allo stesso concetto di *“novità della questione”*, che per la riforma si ha *non* quando i giudici non si siano pronunciati su essa, *ma* quando su essa non si sia pronunciata la Corte di cassazione.

Il parere anticipato della Corte di cassazione, evidentemente, è vincolante solo per il giudice che lo ha richiesto; tuttavia la riforma rischia egualmente, a mio sommo parere, di andar oltre il principio di cui all'art. 101, 2° comma Cost. (e per il quale, come è noto, il giudice – persona fisica – è soggetto soltanto alla legge) almeno sotto due profili:

a) perché il parere dato dalla cassazione può vincolare anche un giudice – persona fisica - diverso da quello che abbia richiesto il parere; ad esempio ciò può avvenire se muta il giudice della causa, o se la stessa passa da una fase ad un'altra fase (ad esempio con un reclamo al collegio) oppure da un grado ad un altro grado (ad esempio a seguito di appello), poiché appunto il parere è vincolato *non* per il giudice che abbia richiesto il parere ma *nel procedimento nell’ambito del quale è stata rimessa la questione* a prescindere dal giudice che debba pronunciarsi.

b) E perché, par evidente, nello spirito della riforma, una volta che la cassazione si sia pronunciata sulla questione di diritto a lei rimessa in via anticipata, tutti i giudici, e non solo il remittente, sono tenuti, in un certo modo e in una certa misura, ad adeguarsi a quel dettato, visto che la riforma si giustifica con una esigenza di uniformità delle decisioni, anche nel rispetto dell'art. 3 Cost., e non vi sarebbe alcuna uniformità, e quindi alcuna giustificazione della riforma, se non si pretendesse che tutti i giudici, e non soltanto il remittente, si adeguino poi al parere preventivo manifestato dalla cassazione.

Dunque, se tutto questo è difficilmente discutibile, certamente allora può affermarsi che questa riforma ha creato, o comunque rafforzato, una certa idea di gerarchizzazione della funzione giurisdizionale, visto che essa tende a far sì che i giudici del merito, di fronte a casi di dubbia interpretazione di questioni giuridiche, debbano inevitabilmente optare per quella interpretazione che la Corte di cassazione ha già fatto propria.

Non esiste, ovviamente, nel nostro sistema, il precedente vincolante; però ad esso iniziamo ad avvicinarci se facciamo riforme di questo genere.

2.3. Ulteriore conferma di questo quadro si ha con la riforma dell'ordinamento giudiziario di cui alla legge delega 17 giugno 2022 n. 71.

Faccio riferimento alle norme relative all'organizzazione dei programmi di gestione, e soprattutto a quelle recentemente introdotte circa la valutazione della professionalità dei magistrati.

Si consideri infatti:

a) quanto al primo aspetto, che l'art. 3, 1 comma, lettera d) prevede che *“nell’applicazione dell’art. 11, 2° comma, lettera b) del decreto legislativo 5 aprile 2006 n. 160, sia espressamente valutato il rispetto da parte del*



magistrato di quanto indicato nei programmi di gestione redatti a norma dell'art. 37, del d.l. 6 luglio 2011 n. 98".

b) Quanto al secondo aspetto deve sottolinearsi che la valutazione di professionalità è disciplinata nell'art. 3, 1 comma, lettera h) 1 dove si legge: *“Prevedere l'istituzione del fascicolo per la valutazione del magistrato, contenente, per ogni anno di attività, i dati statistici e la documentazione necessaria per valutare il complesso dell'attività svolta, compresa quella cautelare, sotto il profilo qualitativo che quantitativo, la tempestività nell'adozione dei provvedimenti, la sussistenza di caratteri di grave anomalia in relazione all'esito degli atti e dei provvedimenti nelle successive fasi o nei gradi del procedimento o del giudizio”*.

c) Queste condizioni sono poi richieste anche per l'accesso in cassazione, visto che l'art. 2, 3 comma, lettera d) statuisce che, nella valutazione delle attitudini circa la capacità scientifica e di analisi delle norme, deve tenersi conto degli *“andamenti statistici gravemente anomali degli esiti degli affari nelle successive fasi e nei gradi del procedimento e del giudizio”*.

Ebbene, credo che anche queste disposizioni si inseriscano senza difficoltà nel contesto dell'analisi che stiamo conducendo.

I giudici, oggi, devono non solo attenersi ad un preciso standard di produttività sul quale vigila il capo dell'ufficio giudiziario, ma soprattutto devono stare attenti a non emanare provvedimenti che possano essere riformati e/o cassati, poiché a tutti loro, ai fini della valutazione della professionalità, è stato attribuito un fascicolo, il quale contiene non solo i dati statistici, ovvero i numeri del lavoro, ma anche i dati concernenti eventuali riforme dei provvedimenti assunti da parte dei giudici dei gradi superiori.

Per la verità, il testo di legge fa riferimento alla *“grave anomalia”* e non alla riforma o alla cassazione delle decisioni; tuttavia, poiché la *“grave anomalia”* costituisce per fortuna fatto raro, se non si vorrà dare una interpretazione sostanzialmente abrogante della disposizione, essa sarà interpretata, *sic et simpliciter*, quale possibilità di valutare i provvedimenti dei giudici in raffronto ai mezzi di impugnazione; col che, ancora, nella sostanza, si sta dicendo, o si rischia che si stia dicendo, che i giudici devono decidere uniformandosi agli orientamenti dei gradi superiori, in quanto, non farlo, potrebbe incidere negativamente sulla loro progressione di carriera.

Si tratta di un meccanismo, appunto, che sostanzialmente mira ad un rafforzamento del valore del precedente giurisprudenziale, in un cammino verso un giudice burocrate e gerarchizzato.

2.4. Ma, soprattutto, si inserisce in questo contesto il tema attualissimo della c.d. giustizia predittiva e/o realizzata con l'aiuto di algoritmi.

Non sta a me valutare, ne' questo ne è il luogo, i pro e i contro di tale evoluzione tecnologica del nostro sistema di tutela dei diritti.

Evidenzio solo un dato, che ritengo non seriamente discutibile: il materiale in base al quale la previsione o l'esito della lite possono essere dati con l'algoritmo attengono ai precedenti giurisprudenziali e nient'altro; dal che, la tecnica della giustizia predittiva funziona indiscutibilmente nel senso che essa si basa sui casi analoghi precedentemente decisi; e quindi par evidente che anche la giustizia predittiva costituisce strumento di rafforzamento del valore del precedente giurisprudenziale.

Ciò, peraltro, emerge inequivocabilmente anche dalla recente riforma del processo civile, legge delega 26 novembre 2021 n. 206.

Essa, all'art. 1, comma 17, lettera d), dispone che gli atti del processo debbano rispettare principi di chiarezza e sinteticità, e aggiunge: *“stabilendo che sia assicurata la strutturazione di campi necessari all'inserimento delle informazioni nei registri del processo, nel rispetto dei criteri e dei limiti stabiliti con decreto adottato dal Ministero della Giustizia, sentiti il Consiglio superiore della magistratura e il Consiglio nazionale forense”*.

La norma si presenta ancora allo stato embrionale; tuttavia essa è già chiara nello stabilire che i provvedimenti dei giudici devono avere dei *campi*, determinati con provvedimento del Ministro della Giustizia, nei quali si



inseriscono le *informazioni nei registri del processo*; il tutto, evidentemente, per facilitare la logica del precedente e i meccanismi della giustizia predittiva e degli algoritmi.

Non starò qui a dire che il Ministero della Giustizia non dovrebbe indicare ai giudici, nemmeno con riguardo alle modalità formali, i modi con i quali scrivere i provvedimenti giurisdizionali; mi limito a sottolineare che la norma sopra menzionata già dispone che questi debbano comunque essere strutturati in modo tale da consentire una loro fruizione in punto di giustizia predittiva; ovvero i provvedimenti dei giudici devono essere tali da poter essere catalogati e schedati ai fini di una loro archiviazione organica in una banca dati che dovrà costituire il primo riferimento per la soluzione di un caso giuridico.

Un tempo, la risoluzione di una questione di diritto comportava *certo* anche l'analisi dei precedenti giurisprudenziali, ma evidentemente questa analisi non costituiva *l'unico* campo d'indagine, e a volte nemmeno il principale.

Si trattava di studiare, in primo luogo, le norme, anche nei loro "combinati disposti", come li chiamava Virgilio Andrioli; si trattava, poi, soprattutto, di valutare il quadro sistematico nel quale il fatto e le norme si inserivano; si trattava di elaborare delle idee per quel caso e valutare la tenuta di quelle idee a fronte di ogni contraria possibile eccezione; e in questo contesto un ruolo potevano svolgere gli scritti dottrinali, i commentari, i pareri.

Un tempo, a tutti era consentito avere una propria opinione sulla risoluzione di un caso giuridico; oggi sembra che questa libertà non sia più riconosciuta, e in ogni caso questa opinione non ha più alcun valore, se non addirittura possa costituire per l'avvocato comportamento non conforme ai suoi doveri professionali.

2.5. A completamento di questa rassegna desidero fornire due ulteriori indicazioni.

a) La prima concerne l'ufficio del processo per come regolato dalla legge delega 26 novembre 2021 n. 206 e dallo schema di decreto legislativo di attuazione in corso di definitiva approvazione.

L'art. 2 del decreto legislativo prevede che tra le finalità dell'Ufficio del processo vi sia quella di "*spoglio, analisi e documentazione al fine di garantire la ragionevole durata del processo attraverso l'innovazione dei modelli organizzativi un più efficiente impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione*"; e poi l'art. 3, lettere d) e e) indica espressamente tra i compiti dell'Ufficio del processo quelli di "*raccolta, catalogazione e archiviazione dei provvedimenti dell'ufficio, anche attraverso banche dati di giurisprudenza locale; supporto per l'utilizzo di strumenti informatici*".

b) Infine, merita un cenno anche il rafforzamento dell'Ufficio del massimario previsto dalla riforma della giustizia tributaria in corso di definitiva approvazione da parte del Parlamento.

Detta riforma prevede infatti, all'art. 1, lettera r), l'inserimento di un art. 24 *bis* nel d. lgs. 545/1992 al fine di istituire *L'ufficio del massimario nazionale presso il Consiglio di presidenza della giustizia tributaria*.

All'ufficio in questione sono assegnati quindici giudici tributari e un direttore responsabile presenti nella nuova giurisdizione tributaria. I comma 3 e 4 della medesima norma attribuiscono all'Ufficio in parola il compito di massimare le sentenze nell'ambito del servizio di documentazione economica e finanziaria del Ministero dell'economia e delle finanze. Il comma 5 prevede una convenzione volta a regolamentare le modalità per consentire alla Corte di cassazione la consultazione della banca dati.

3. Con riferimento al secondo profilo evidenziato, ovvero con riguardo alla tendenza della nostra giurisprudenza a rendersi (sempre più) fonte di diritto, desidero far cadere l'attenzione su alcuni suoi orientamenti, i quali, con l'applicazione diretta di principi generali, hanno consentito ai giudici di decidere le liti prescindono dal tenore letterale delle norme.

Ciò è avvenuto, direi, in molti casi, anche in assenza di vuoti legislativi, e anche oltre quello che è (a mio sommesso parere), il legittimo diritto/dovere del giudice di interpretare le norme secondo costituzione.

3.1. In questo contesto, e in primo luogo, vanno ricordate soprattutto le pronunce della Corte Costituzionale 24 ottobre 2013 n. 248 e Corte Cost. 2 aprile 2014 n.77 per le quali "*deve tenersi conto dei possibili margini di*



intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte. E ciò in ragione della rilevabilità ex officio della nullità (totale o parziale) ex art. 1418 c.c. della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'articolo 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato disposto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato".

Sostanzialmente, si dice che, ancor più del tenore letterale del contratto, conta il principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., che non costituisce solo indirizzo di programma rivolto alla Stato, bensì norma imperativa direttamente operante, e che il giudice può utilizzare quale strumento ermeneutico per annullare e/o modificare le clausole contrattuali, quando queste siano "sbilanciate a danno di una parte".

E' evidente che una simile possibilità, espressamente riconosciuta come legittima dalla Corte Costituzionale, in una certa misura infrange un più formale principio di legalità, poiché a questo punto le parti non possono più, in assoluto, far affidamento agli accordi contrattuali presi se questi possono sempre essere rimessi in discussione dall'autorità giudiziaria.

Parimenti, se questi sono gli strumenti ermeneutici di cui l'autorità giudiziaria può disporre, va da sé, conseguentemente, che non è scorretto ritenere di trovarsi dinanzi ad una giustizia che prescinde, o comunque mette in secondo piano, il contratto e/o il diritto scritto.

- Può aggiungersi, poi, senza timore di smentita, che questo orientamento è fatto proprio anche dalla Corte di cassazione.

Ciò avviene utilizzando il concetto di buona fede, con il quale si arriva a dire che: "a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge" si deve tener conto "degli inderogabili doveri di solidarietà sociale imposti dall'art. 2 Cost., la cui rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra" (così Cass. 5 novembre 1999 n. 12310, ma vedi anche Cass. 13 settembre 2005 n. 18128; Cass. 24 settembre 1999 n. 10511; Cass. 20 aprile 1994 n. 3775).

E questo orientamento è ribadito con ulteriori pronunce, e solo a titolo di esempio ricordo qui Cass. 10 ottobre 2003 n. 15150; Cass. 30 luglio 2004 n. 14605; Cass. 4 maggio 2009 n. 10182; Cass. 10 novembre 2010 n. 22819; Cass. 29 agosto 2011 n. 17716; Cass. 6 maggio 2015 n. 9006.

Quindi, sostanzialmente, il giudice, in una valutazione complessiva della relazione giuridica, "e a prescindere specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge", può determinare, legittimato in ciò dall'art. 2 Cost., il "dovere di agire" ritenuto più equo.

O ancora, ad esser più chiari, attraverso e per mezzo del dovere di solidarietà, il contenuto delle legge e dei contratti possono subire deroga.

Preciso: non si tratta di condividere o meno questi indirizzi; si tratta semplicemente di rilevare che, se le cose stanno in questi termini, far riferimento ad una giurisprudenza che sempre più tende a basarsi su essa stessa, e quindi a costituire essa stessa fonte di diritto, non è cosa che possa dirsi divergente dalla realtà dei fatti.

Ed ancora, qualcosa di analogo è previsto per il contrasto al c.d. abuso del diritto, che consente parimenti la correzione di diritti/doveri nascenti dalla legge o dal contratto (v. Cass. 23 novembre 2020 n. 26568; e già Cass. 15 febbraio 2007 n. 3462; Cass. 31 maggio 2010 n. 13208; Cass. 21 dicembre 2012 n. 23823).

E infine interventi non dissimili si sono poi avuti nei campi più disparati: nell'esecuzione delle obbligazioni (Cass. 1 marzo 2000 n. 2252), nella fase di formazione del contratto (Cass. 2 febbraio 2015 n. 1786), in punto di integrazione delle clausole contrattuali (Cass. 5 marzo 2009 n. 5348), in tema di recesso *ad nutum* (Cass. 29 maggio 2020 n. 10324), in punto di riduzione di caparre e clausole penali (Cass. 16 dicembre 2019 n. 33159), in ambito societario (Cass. 11 giugno 2003 n. 9353; Cass. 12 dicembre 2005 n. 27387; Cass. 7 novembre 2008 n. 26842), e infine in materia fallimentare e di concordato preventivo (Cass. sez. un. 15 maggio 2015 n. 9935).



3.2. Il discorso non muta, a mio sommo parere, passando poi dal diritto sostanziale a quello processuale. Sotto questo profilo ricordo in primo luogo la recente pronuncia Cass. 27 gennaio 2020 n. 1730, con la quale si è affermato che il giudice “è esentato dal valutare le questioni processuali sollevate... ..quand'anche dei relativi adempimenti sussistesse effettiva necessità” se vi sono ragioni di infondatezza della causa nel merito, poiché l'attività, a quel punto “sarebbe lesiva del principio della ragionevole durata del processo”.

La pronuncia si richiama soprattutto al principio già fissato dalle Sezioni unite (Cass. sez. un. 3 novembre 2008 n. 26373) per il quale: “Il rispetto del fondamentale diritto ad una durata ragionevole del processo impone, in concreto, al giudice di evitare ed impedire comportamenti che siano di ostacolo ad una sollecita definizione dello stesso, tra i quali rientrano certamente quelli che si traducono in un inutile dispendio di energie processuali e formalità da ritenere superflue perché non giustificate dalla struttura dialettica del processo ed in particolare dal rispetto effettivo del principio del contraddittorio, espresso dall'[art. 101](#) c.p.c., da effettive garanzie di difesa ([art. 24](#) Cost.) e dal diritto alla partecipazione al processo, in condizione di parità ([art. 111](#), 2° comma, Cost., novellato), dei soggetti, nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato ad esplicare i suoi effetti”.

Detto principio veniva poi ribadito in modo sostanzialmente analogo in successivi, ulteriori provvedimenti, tra i quali qui ricordo Cass. sez. un. 22 marzo 2010 n. 6826; Cass. 8 febbraio 2010 n. 2723; Cass. 17 giugno 2013 n. 15106; Cass. sez. un. 18 novembre 2015 n. 23542; ed ancora Cass. 18 aprile 2019 n. 10839, e per la quale: “La Corte di cassazione, ove sussistano cause che impongono di disattendere il ricorso, è esentata, in applicazione del principio della ragione più liquida, dall'esaminare le questioni processuali concernenti la regolarità del contraddittorio o quelle che riguardano l'esercizio di attività defensionali delle parti”.

Soprattutto, in questo contesto, si veda la pronuncia Cass. 25 luglio 2019 n. 20152, ove sono spiegate le ragioni di tale orientamento: “il ricorrente si è limitato a denunciare la violazione dell'art. 102 c.p.c. senza prospettare l'erroneità, nel merito, della decisione impugnata e, soprattutto, senza indicare quali facoltà difensive siano state pregiudicate, non potendo vantare un interesse astratto alla regolarità del giudizio senza evidenziarne i riflessi pratici sulla decisione adottata.....L'eventuale accoglimento del ricorso determinerebbe – in sostanza- l'unico effetto di consentire un nuovo esame della controversia, con il rischio di un uso strumentale delle regole processuali e di un vulnus delle ragioni di celere definizione e ragionevole durata del processo ex art. 111 Cost.... ..In sostanza, a seguito della costituzionalizzazione del principio del giusto processo, la violazione delle regole processuali, per assumere rilievo, deve tradursi nella lesione di specifiche facoltà difensive che compete alla parte allegare e la sua deduzione deve essere sorretta da un interesse pratico, restando esclusa la necessità di regolarizzare il processo qualora non sia riscontrabile alcuna concreta contrazione dei diritti sostanziali e processuali”.

- Ebbene, al di là di cosa si possa pensare di questi orientamenti, appare chiaro un dato: la violazione delle regole processuali, per assumere rilievo, deve tradursi nella lesione di specifiche facoltà difensive che compete alla parte allegare e la sua deduzione deve essere sorretta da un interesse pratico.

Ne' segue, dunque, che il rispetto del codice di rito non è tassativo, e la violazione della legge processuale non sempre, e non necessariamente, comporta delle conseguenze; per averle deve darsi una ulteriore dimostrazione, ovvero che quella violazione ha parimenti comportato una lesione concreta delle facoltà difensive e non contrasta con il principio della ragione più liquida.

E dunque, anche in ambito processuale, mi sembra si possa affermare che l'applicazione formale del diritto ha ceduto in gran parte il passo ad un senso di giustizia rimessa alla discrezionalità del giudice, che consente allo stesso di soprassedere dalle regole se queste sono invocate senza giustificazioni di superiori ragioni; ed è di nuovo il giudice che, caso per caso, statuisce, anche in contrasto con il tenore letterale delle norme, quale sia la retta decisione da assumere.

3.3. Un terzo criterio ermeneutico che si inserisce in questo contesto è quello del c.d. “bilanciamento” dei diritti. Esso lo si trova maggiormente nel diritto costituzionale ed amministrativo, ma anche nel diritto civile non sono mancati casi di bilanciamento di diritti.



Sostanzialmente, si ritiene che se un diritto si pone in conflitto con un altro diritto, spetta al giudice “bilanciare” le contrapposte situazioni e decidere qual diritto, e in qual misura, deve prevalere sull’altro.

L’esistenza di questo criterio di interpretazione delle leggi è talmente assodato che non credo sia necessario dimostrarne qui l’esistenza; ricordo solo una tra le decisioni più emblematiche di questa tecnica, Corte Cost. 9 maggio 2013 n. 85 (la quale poi, in senso analogo, richiamava in suo seno il precedente di Corte Cost. 30 luglio 1993 n. 365).

La Corte costituzionale, con tale pronuncia, precisava infatti che: *“tutti i diritti fondamentali si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile individuarne che abbia la prevalenza assoluta sugli altri”*, e ciò, appunto, in quanto non si può accedere alla *“logica dei cc.dd. diritti tiranni, e cioè di diritti che non entrano nel doveroso bilanciamento con egual diritti, spettanti ad altri, o con diritti diversi, pure tutelati dalla costituzione, poiché altrimenti si verificherebbe la illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe tiranno nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette* (Corte Cost. 9 maggio 2013 n. 85).

Dunque, nell’economia di quanto qui si rileva, va da sé che la libertà del giudice di “bilanciare” i diritti, poiché nessuno di essi può essere tiranno degli altri, consente allo stesso una discrezionalità decisionale in grado di infrangere uno (più stretto) principio di legalità formale.

Di nuovo, anche a fronte di questo fenomeno, può osservarsi come esso consenta una giurisprudenza del caso concreto, e come dunque il riconoscimento formale di un diritto da parte della legge non assicuri più il cittadino circa l’esistenza concreta di quel diritto, poiché ogni diritto può essere rivisto, interpretato e perfino annullato dalla valutazione discrezionale dell’autorità giudiziaria, che in questo modo si rende essa stessa, secondo meccanismi che in una certa misura eccedono le regole tradizionali della *civil law*, fonte di diritto.

4. Infine, e passo al terzo aspetto evidenziato nella premessa di queste pagine, che vi sia attualmente una crisi del ruolo della dottrina e dello studio sistematico del diritto scritto, credo sia dato che non necessiti di particolari dimostrazioni, e possa considerarsi “fatto notorio”.

E invito a riflettere sulla relazione che oggi può darsi tra dottrina e giurisprudenza.

Assai raramente, infatti, una idea dottrinale riesce a trasformarsi in giurisprudenza, mentre è diventato normale che un elaborato dottrinale altro non sia se non un ossequioso *reportage* di posizioni giurisprudenziali.

Se la realtà è questa (e ritengo sia una realtà sotto gli occhi di tutti), allora, di nuovo, dobbiamo concludere che viviamo in un sistema di diritto che ha il suo “centro” nelle decisioni dei giudici.

E, anzi, direi che oggi i principali elaborati dottrinali sono *proprio* le sentenze delle Sezioni unite della cassazione. Se poi noi consideriamo “dottrina” non solo il pensiero degli accademici ma tutto ciò che costituisce libera opinione giuridica, facendo così rientrare in questo concetto i pareri degli avvocati, vediamo di nuovo che questo genere di “dottrina” praticamente non esiste più.

Agli avvocati sempre meno si richiedono pareri su questioni giuridiche, e quando li si interpella su casi di diritto, da loro si pretende sapere solo come stanno le cose, quali sono i precedenti; di nuovo, qual è la giurisprudenza.

Peraltro, oggi un avvocato non può che muoversi in questi termini, perché ogni esternazione ad un cliente di una sua opinione che non sia basata su precisi e concordi precedenti, potrebbe addirittura costituire per lui illecito disciplinare, se non fonte di responsabilità civile risarcitoria.

Seppur la legge professionale, secondo antica tradizione, garantisca *“l’indipendenza e l’autonomia degli avvocati, indispensabili condizioni dell’effettività della difesa e della tutela dei diritti”* (art. 1, l. 31 dicembre 2012 n. 247), e assicuri che *“l’avvocato è un libero professionista che, in libertà, autonomia e indipendenza, svolge le attività di cui ai commi 5 e 6”* (art. 2, l. 31 dicembre 2012 n. 247), e precisi, ancora, che l’avvocato, così come i giudici, *“è soggetto (solo) alla legge”* (art. 2, 4° comma, l. 31 dicembre 2012 n. 247), in verità, egli, sempre più, è soggetto alla giurisprudenza piuttosto che alla legge, e sempre più deve attenersi ai dettati della prima, mentre è normalmente escluso che possa avere una divergente opinione sulla seconda.



Ovviamente, non sto sostenendo che l'avvocato non possa in assoluto seguire sue personali idee, soprattutto se queste sono ben motivate; sostengo solo che oggi far ciò ha dei rischi e dei pericoli che un tempo non vi erano. In questo senso credo debbano interpretarsi talune ultime pronunce (Cass. 17 novembre 2021 n. 34993), per le quali l'avvocato ha *“doveri di sollecitazione, dissuasione ed informazione del cliente, essendo tenuto a rappresentare a quest'ultimo tutte le questioni di fatto e di diritto, comunque insorgenti, ostantive al raggiungimento del risultato, o comunque produttive del rischio di effetti dannosi e di sconsigliarlo dall'intraprendere o proseguire un giudizio dall'esito probabilmente sfavorevole”*.

E' ovvio che queste regole di deontologia forense hanno come parametri di riferimento gli orientamenti della giurisprudenza, cosicché, per un avvocato, anche solo intraprendere o proseguire un giudizio che non sostenga l'orientamento esistente e/o prevalente, anche solo non dissuadere il cliente da volere ottenere risultati diversi da quelli che emergono in base ai precedenti, anche solo non sollecitarlo a non sottostare all'opinione che su una certa questione di diritto si è già formata, può costituire per lui illecito deontologico e civile.

Poiché, infatti, la lite temeraria di cui all'art. 96, 3° comma c.p.c. si ha anche solo *“nel caso di pretestuosità dell'azione per contrarietà al diritto vivente ed alla giurisprudenza consolidata”* (così Cass. 14 ottobre 2021 n. 28226); dal che, il compito del difensore sarà appunto quello di rappresentare al cliente il *“diritto vivente”*, ovvero gli orientamenti della giurisprudenza della cassazione, ai quali dovrà attenersi senza alcuna personale iniziativa che si ponga in senso contrario o difforme.

5. Dunque, in estrema sintesi, la situazione a me sembra questa: in passato, se uno studente avesse detto agli esami che la giurisprudenza è fonte di diritto, che i giudici del merito sono tenuti a rispettare le sentenze della cassazione, e che la giustizia si rende con l'applicazione di principi generali anche in deroga al tenore letterale delle norme, probabilmente quello studente non avrebbe superato l'esame, e forse addirittura il professore gli avrebbe consigliato di passare a studi diversi rispetto a quelli di diritto.

Oggi affermazioni di questo genere continuano a non essere vere; tuttavia è fuori discussione che le stesse sono fortemente meno false di quanto non lo fossero anni addietro; e quindi, chissà, se quello studente trova un professore indulgente, può avere addirittura la speranza di esser considerato un preveggenze, da promuovere senz'altro con un ottimo voto.

Al momento, infatti:

a) da una parte il nostro sistema, per come ci è pervenuto dal diritto romano, sembra ancora reggere, e ce lo dice la stessa Corte di cassazione in un caso nel quale si è specificamente occupata di ciò, ovvero Cass. 3 maggio 2019 n. 11747.

Con quella pronuncia la Suprema Corte ha avuto modo di sottolineare che, ancor oggi, e indiscutibilmente: *“la norma giuridica trova propriamente la sua fonte di produzione nella legge (e negli atti equiparati), negli atti, cioè, di competenza esclusiva degli organi del potere legislativo”*, e ciò *“impedisce di attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto”*, poiché; *“il precedente giurisprudenziale, pur autorevole, pur se proveniente dalla Corte di legittimità e finanche dalle Sezioni unite, e quindi anche se è diretta espressione di nomofilachia, non rientra tra le fonti del diritto, e come tale non è direttamente vincolante per il giudice (salvo che, naturalmente, per il giudice di rinvio)”*.

b) Da altra parte, però, affermazioni di questo genere appaiono sempre più deboli e sempre meno corrispondenti alla vita concreta e quotidiana dell'esercizio della funzione giurisdizionale.

Se, infatti, alla Corte di cassazione si possono chiedere pareri preventivi che non potranno che essere (tendenzialmente) vincolanti nei futuri giudizi, se la carriera dei giudici è legata (anche) alle riforme dei provvedimenti che adotta, se le sentenze possono essere motivate con semplici richiami a precedenti conformi, e se i provvedimenti giurisdizionali devono essere redatti in modo tale da consentire la c.d. giustizia predittiva, che in tanto funziona in quanto tutti rispettino le decisioni già prese, e se, infine, può costituire fonte di responsabilità professionale per l'avvocato sostenere in giudizio tesi che non siano conformi ai precedenti in materia, va da sé



che, seppur si debba continuare ad escludere l'esistenza di uno *stare decisis* nel nostro ordinamento, in verità qualcosa di non diverso da quello che succede nella *common law* si sta già compiendo anche da noi.

E' evidente, e lo ribadisco, che il termine *common law* è qui usata in senso meramente riassuntivo del fenomeno e per niente preciso; con una espressione romanesca potremmo dire che si tratta della *common law de noantri*, priva ovviamente di tanti elementi che costituiscono l'essenza di quel sistema, dalla formazione pratica dei giuristi alla selezione dei giudici fra i migliori avvocati.

Il problema, però, resta chiedersi quali possano essere le conseguenze di questa nostrana trasformazione, e quali le ragioni.

Quanto alle conseguenze, ho già anticipato che esse sono difficilmente prevedibili; ma certo, trattandosi di una trasformazione dei fondamenti, i mutamenti non potranno riguardare solo aspetti secondari.

La principale trasformazione che mi permetto di indicare è quella che si possa minare il concetto stesso di "*diritto soggettivo*" e trasformare ogni diritto delle persone in meri interessi la cui protezione sia sempre rimessa alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria, e/o comunque sempre condizionata da elementi esterni.

Ed infatti, direi, il concetto di diritto soggettivo è strettamente legato ad un principio di legalità formale, e la crisi della legalità non può non essere anche la crisi dei diritti soggettivi.

Quanto alle ragioni di questa trasformazione, io penso che essa sia dovuta alla globalizzazione in atto, che inevitabilmente coinvolge anche i sistemi giuridici.

E, credo, che, in una logica di globalizzazione, i paesi di *civil law* debbano preferibilmente abbandonare le loro tradizioni in favore di quelle della *common law*, poiché quest'ultimo sistema meglio si presta ad una semplificazione dei processi, e quindi ad un contenimento della loro durata, che è l'obiettivo oggi primario.

Però, è evidente, che questa globalizzazione, portata avanti in nome della semplificazione e della immediatezza, ha per conseguenza, per i paesi di *civil law*, la banalizzazione assoluta del lavoro dei giudici e avvocati.

Entrambi, con una attività che solo *lato sensu* potrà continuare a dirsi intellettuale, dovranno solo replicare l'esistente, e ogni diversa eccezione, ogni dissertazione, ogni analisi logico/giuridica, ogni dissenso, saranno considerati quasi sempre solo perdite di tempo.

Ovviamente, questo percorso si realizzerà lentamente, a piccoli passi, di riforma in riforma; ma l'approdo sembra segnato, ed anche ineluttabile, se nessuno alza la testa.

Nel medioevo vi era il c.d. *causidico* (dal latino *causidicus*, ovvero, che: "dice la causa") il quale poteva agire in giudizio senza essere esperto di diritto.

Egli infatti si limitava a riportare i fatti; e questo era sufficiente, in quanto il *causidico* era solo un rappresentante della parte e non svolgeva ulteriori particolari funzioni.

A breve (io spero di no, ma credo di sì) ritorneremo ai *causidici*, poiché nient'altro sarà infatti richiesto agli avvocati se non rappresentare i litiganti e riferire i fatti controversi.