

**TRE NOTE SUI «PRECEDENTI» NELLA EVOLUZIONE DELLA
GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, NELLA
GIURISPRUDENZA DI UNA CORTE DI CASSAZIONE
NECESSARIAMENTE RISTRUTTURATA E NELLA
INTERPRETAZIONE DELLE NORME PROCESSUALI**

**THREE NOTES ABOUT "PRECEDENT" IN THE EVOLUTION OF THE
JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT, IN THE
JURISPRUDENCE OF A NECESSARILY RESTORED COURT OF
CASSATION AND IN THE INTERPRETATION OF PROCESSUAL RULES**

Andrea Proto Pisani¹

SOMMARIO: Lo scritto esamina tre dimensioni del precedente giurisprudenziale. La prima riguarda l'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale dalle sentenze interpretative di rigetto a quelle interpretative di accoglimento, fino alle attuali sentenze di inammissibilità alla presenza della possibilità di interpretazioni costituzionalmente orientate. La seconda riguarda la necessità di riforme strutturali della Corte di cassazione, al fine di consentirle l'emanazione di precedenti persuasivi. La terza concerne la specificità dell'interpretazione di norme processuali e dei problemi posti dai relativi mutamenti repentini di giurisprudenza.

ABSTRACT: Three comments on judicial precedents in the evolution of the jurisprudence of the Constitutional Court, in the jurisprudence of the Corte di cassazione, to be necessarily restructured, and in the interpretation of rules concerning legal proceedings.

I. - 1.1. - Si deve a Tullio Ascarelli (un giurista troppo spesso dimenticato nell'attuale dibattito su «regole e principi») l'affermazione della distanza, della differenza tra «testo» (per lo più scritto) di legge e «norma» giuridica desunta da quel testo. Mentre il testo è tendenzialmente stabile, unico, le norme desumibili da quel testo possono essere molteplici e soprattutto destinate a mutare, a modificarsi, a seconda del mutare degli altri testi, della realtà sociale o dall'interprete, ecc.; e ciò non solo in caso di testi formulati attraverso il richiamo a principi (buona fede, correttezza, giusti motivi, ecc.) o, è lo stesso, a clausole generali o a concetti extragiuridici (valore storico artistico di un bene, concorrenza, ecc.) per loro natura destinati a mutare nel tempo.

Artigo recebido em: 14/03/2018.

Artigo aprovado em: 12/10/2018 e 16/10/2018.

¹ Prof. Dr. Andrea Proto Pisani (Università di Firenze, Itália) Professor Titular de Processo Civil da Universidade de Florença, na Itália.

RDRST, Brasília, Volume IV, n.02, 2018, p 188-202, Mai-Ago/2018



La teoria anche classica dell'interpretazione (enunciata dai giuristi della prima metà del secolo scorso) è tutta chiarissima in tal senso.

Dal punto di vista della legge ordinaria nulla è cambiato nel corso degli ultimi settant'anni. Il mutamento, però, c'è stato, ed è dato dall'irrompere nel nostro ordinamento (come in quello di altri Stati) di una costituzione rigida (prima a controllo diffuso poi al c.d. controllo accentrato), tutta intrisa di principi, di valori, di regole spesso generiche, molti dei quali spesso in contrasto e quindi bisognosi di delicati bilanciamenti. E poi dall'irrompere di altre carte quali la carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. carta di Nizza), la convenzione europea dei diritti dell'uomo, i trattati europei e i loro regolamenti di immediata applicazione nei singoli Stati, ecc.

In questo contesto multilivello è alquanto evidente come l'interpretazione e i contrasti siano aumentati (giacché già prima esistevano: si pensi, per tutti, ai rapporti tra legge e regolamento) a dismisura, a prescindere dalla sempre peggiore formulazione delle leggi ordinarie (le quali spesso sono costituite da testi volutamente equivoci, in quanto frutto consapevole del dissenso fra le forze politiche che li hanno approvati).

Nel corso di questa prima parte del mio intervento mi limiterò all'esame dei rapporti legge ordinaria e Costituzione italiana.

1.2. - Come si è già accennato, prima dell'entrata in funzione della Corte costituzionale, il controllo di costituzionalità era «diffuso», cioè rimesso a tutti i giudici dell'ordinamento, con efficacia però limitata alla decisione della singola controversia.

Ciò, stante il carattere fortemente innovativo soprattutto dei «principi fondamentali» (art. 1-12) e di tutta la «prima parte» (art. 13-54) della nostra Costituzione, fece sì che, già dall'indomani del 1° giugno del 1948, sorgesse per l'interprete (teorico e soprattutto) pratico la necessità di interpretare numerosissimi testi di legge ordinaria in (come si suole dire) «combinato disposto» con il testo della Costituzione; e, in caso di difformità con la Costituzione della norma desunta in via interpretativa dal testo di legge ordinaria, di disapplicare la norma e non applicarla nella singola controversia.

Per la verità, col senno di poi le cose stavano in modo più complesso.

Una volta interpretato il testo di legge ordinaria, il giudice doveva disapplicare tutte le norme che erano in contrasto con la Costituzione (il cui testo era anch'esso soggetto ad

interpretazione), ma non quelle altre norme eventualmente desumibili dallo stesso testo di legge ordinaria e non in contrasto con la Costituzione.

Quest'ultimo rilievo consente sin d'ora di effettuare una prima riflessione (sulla quale si ritornerà anche in seguito). Ciascun testo di legge consente pressoché sempre di desumere più e diverse norme: si pensi, per addurre alcuni esempi banali, alla norma desunta dalla mera esegesi del testo, a quella desunta dalla volontà «soggettiva» del legislatore del momento in cui la legge fu emanata o invece dalla sua volontà «oggettiva» del momento in cui la legge deve essere applicata, ecc. Anche se non mi sento in teoria di escluderlo, ciascun testo di legge offre sempre la possibilità di desumere più e diverse norme. Se ciò mi sembra vero sul piano qualitativo, mi sembra doveroso però precisare subito che il numero delle norme desumibili dallo stesso testo in concreto varia notevolmente a seconda della minore o maggiore «elasticità» del testo; a seconda, cioè, del carattere più o meno specifico o più o meno generico del testo (delle singole parole da cui esso è costituito).

Detto e tentato di precisare tutto questo sulla distinzione fra testo e norma, è però da aggiungere che, come è noto, o quanto meno riguardo a quanto emerge dalle riviste o dalle rassegne di giurisprudenza, i giudici prima dell'entrata in funzione della Corte costituzionale non fecero mai o quasi mai uso di questo poter-dovere di controllo diffuso di costituzionalità.

1.3. - Con l'entrata in funzione nel 1956 della Corte costituzionale, il discorso cambia e radicalmente.

Sin dalle primissime questioni su cui la corte fu chiamata a pronunciarsi (l'esame di queste sentenze offrì ad Ascarelli di scrivere il saggio, con cui ho iniziato questo intervento, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 351) su vicende di questo tipo: il testo rimesso dal giudice di merito alla corte presentava due possibilità interpretative. La prima, di desumere da esso la norma palesemente incostituzionale denunciata dal giudice *a quo*; la seconda, di escludere questa interpretazione e desumere, dallo stesso testo di legge rimasto invariato, norme costituzionalmente legittime. In concreto l'allora vigente art. 2 t.u. di pubblica sicurezza attribuiva al prefetto per motivi di ordine pubblico di emanare ordinanze in caso di necessità e urgenza: queste ordinanze, nei casi concreti sottoposti al controllo (di rilevanza e di non manifesta infondatezza) del giudice ordinario, avevano leso le libertà (*rectius*: talune delle

libertà) previste dagli art. 13 ss. Cost.; ancora il vecchio testo del codice di procedura penale (nonostante tutti gli interventi del legislatore ordinario) prevedeva due forme di istruzione l'una chiamata sommaria, l'altra denominata ordinaria: orbene in entrambe le specie venivano compiuti atti di istruzione destinati ad avere efficacia nel prosieguo del processo, ma solo negli atti di istruzione formale era prevista la necessità del rispetto di talune forme volte a garantire il diritto di difesa dell'imputato: nel caso contrario, sottoposto all'esame della corte, nel corso del compimento di atti di istruzione sommaria non era stato assicurato il diritto di difesa.

In entrambi i casi riassunti la Corte costituzionale (probabilmente sulla base della premessa che la Costituzione avesse come destinatari anche i prefetti e i magistrati davanti ai quali si assumevano atti di istruzione) nella motivazione delle sue sentenze ebbe chiaramente ad affermare che il rispetto degli art. 13 ss. Cost. e 24, 2° comma, Cost. vincolassero anche i prefetti o i magistrati dell'istruzione sommaria penali; conseguentemente ebbe ad affermare, per un verso, che le ordinanze prefettizie non potessero mai essere emanate in contrasto con le libertà di cui agli art. 13 ss. Cost. e che, per altro verso, l'art. 24, 2° comma, Cost. imponeva che la garanzia di diritto di difesa dell'imputato dovesse essere assicurata nel corso dell'istruzione sommaria alla stessa stregua di quanto esplicitamente previsto per l'istruzione formale.

A conclusione di queste due eleganti sentenze la Corte costituzionale, ritenendo di avere assolto adeguatamente il suo compito, emanò due dispositivi di «rigetto» (si noti bene: i testi delle leggi rimanevano in piedi) «ai sensi di cui in motivazione», motivazione che aveva bersagliato (e quindi ad avviso della corte eliminato) le due norme chiaramente denunciate come incostituzionali, lasciando però così intatto il testo di legge.

Come rispose la giurisprudenza, i giudici ordinari ivi compresi quelli della Corte di cassazione? La risposta è nota: le sentenze c.d. interpretative di rigetto furono ritenute vincolanti solo nel giudizio *a quo*, ma prive di qualsiasi efficacia di precedente vincolante nei confronti degli altri giudici, ivi compreso il giudice di cassazione.

La risposta della Corte costituzionale fu semplice. Rimessa di nuovo la stessa questione, la corte prese atto del non adeguamento del giudice onorario, ribadì l'interpretazione precedentemente svolta, e ... mutò il dispositivo, trasformandolo in dispositivo di «accoglimento», dichiarativo dell'illegittimità costituzionale del testo denunciato nella parte in cui fosse interpretato in modo difforme da quanto affermato in motivazione. Ancora una volta si bersagliavano le norme

incostituzionali, ma si lasciava intatto il testo.

Per uno di quei motivi cui solo la sociologia può dare risposta, questa volta tutti i giudici ordinari si adeguarono e considerarono il precedente della Corte costituzionale come vincolante.

Pur essendo sul piano logico-strutturale e su quello della teoria del precedente, identiche, le sentenze interpretative di rigetto furono ritenute quindi non solo non vincolanti ma anche prive di forza persuasiva, mentre le sentenze interpretative di accoglimento furono ritenute tout court vincolanti.

1.4. - Nel corso degli anni successivi la questione sentenza interpretativa di rigetto - sentenza interpretativa di accoglimento sostanzialmente è stata archiviata e sono emerse le sentenze manipolative, additive, ecc., argomento su cui non intendo soffermarmi.

A seguito della radicale (e forse un po' brutale) eliminazione dell'arretrato avvenuta soprattutto sotto la spinta del pres. Saja, sono cominciate ad arrivare alla Corte costituzionale (in udienza o in camera di consiglio) sempre più frequentemente questioni relative a leggi emanate anche da solo uno o due anni, questioni rispetto alle quali non solo non si erano formati precedenti della Corte di cassazione (il cui precedente era stato sempre o quasi ritenuto dalla Corte costituzionale, se non vincolante, almeno altamente autorevole) ma non si era neanche formato un «diritto vivente», cioè una interpretazione diffusa tale da rendere opportuno, se nel senso della incostituzionalità, l'emanazione di sentenze di accoglimento (in tutte le sue sottospecie).

Fenomeno di grosso interesse è stato poi il formarsi, specie nell'ultimo decennio (ma l'orientamento comincia già a manifestarsi negli anni dello smaltimento dell'arretrato), dell'utilizzazione massiccia delle c.d. sentenze (o ordinanze) di «inammissibilità» in quanto il giudice nella ordinanza di rimessione non aveva valutato (o valutato sufficientemente) la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata (interpretazione specificatamente individuata dalla corte) del testo di legge da cui il giudice *a quo* aveva desunto la norma costituzionalmente illegittima sulla cui base aveva disposto la rimessione alla Corte costituzionale.

Difficile è assumere una presa di posizione univoca su tale orientamento.

Una la premessa su cui sarei relativamente sicuro.

Non starei troppo a lacerarmi le vesti perché la corte ha adottato un dispositivo di rigetto di rito (inammissibilità) e non di merito (interpretativo di rigetto). La differenza, anche a seguito

dell'emanazione dell'art. 360 *bis* c.p.c. nel 2009, mi sembra solo formale e incapace di incidere sull'efficacia di precedente (vincolante o no si vedrà) dell'accertamento della praticabilità dell'interpretazione costituzionalmente orientata effettuata nella motivazione.

Pur nella consapevolezza della notevole opinabilità di quanto mi accingo a dire, nell'esaminare e tentare di risolvere il problema della vincolatività o no delle decisioni (sentenze o ordinanze) di rigetto in esame, io distinguerei nettamente tra:

a) testi elastici dai quali è agevole (sulla base di un solo «combinato disposto») desumere la norma costituzionale legittima,

b) testi invece univoci, i quali consentono l'interpretazione costituzionalmente orientata solo a seguito di complessi combinati disposti con altre norme desumibili da testi altamente equivoci (testi di legge ordinari o costituzionali).

Ora mi spiego rapidamente con un esempio. Si considerino le due recenti ordinanze n. 248 del 2013 e n. 77 del 2014 (*Foro it.*, 2014, I, 382 e 2035) con le quali si è enunciata l'interpretazione costituzionalmente orientata nel senso della riducibilità anche dell'ammontare della caparra, contro l'univoca lettura dell'art. 1385 c.c. (univocità derivante dalla lettera del precedente art. 1384, esplicitamente nel senso della riducibilità della clausola penitenziale), sulla base di un complesso combinato disposto costituito dalla nullità parziale della clausola, dal principio di buona fede nella interpretazione del contratto, e dal principio della solidarietà sociale.

Mentre per le sentenze riassunte prima *sub a*) sarei favorevole a vedervi un precedente vincolante (o comunque altamente autorevole e persuasivo), per le sentenze riassunte *sub b*) avrei dubbi elevatissimi nell'attribuire loro efficacia di precedente vincolante (segnalo come Cass. 14776/14, *id.*, 2015, I, 1040, si sia, anche se a mio avviso inconsapevolmente, del tutto discostata dall'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 1385 effettuata pochissimi mesi prima dalla Corte costituzionale).

Ma vi è di più.

Sentenze (o ordinanze) dei giudici di palazzo della Consulta fondate su operazioni interpretative complesse come quelle effettuate per affermare la riducibilità della caparra sono destinate in ogni caso a incidere pesantemente sul valore della certezza nell'interpretazione della legge.

II. - 2.1. - La Corte di cassazione, come tutte le corti supreme, dovrebbe avere la funzione di assicurare l'uniforme interpretazione della legge in Italia; e ciò specie in questo periodo storico in cui il diritto italiano è destinato a convivere, molto spesso in situazione di sudditanza, con il diritto europeo o con gli enunciati della Corte internazionale di salvaguardia dei diritti fondamentali.

In questa situazione di oggettiva incertezza è indispensabile, ai fini dell'attuazione del principio di eguaglianza (art. 3, 1° comma, Cost.), che, riguardo alle questioni di diritto esista una corte superiore capace di far sì che il diritto applicato dai giudici italiani sia lo stesso a Sesto San Giovanni come a Prato o a Siracusa.

Quanto alla giustizia della decisione nell'accertamento del fatto le corti supreme non hanno (o non dovrebbero avere) nulla da dire. Al fine della giustizia della decisione nell'accertamento del fatto (che è sempre puntuale a differenza della legge), nel quasi totale silenzio della Costituzione, sono previsti due gradi di giudizio: innanzi tutto il giudice di primo grado e poi in funzione di correzione degli errori del giudice e delle parti il giudizio appello; giudizio, quest'ultimo, che, anziché scimmiettare il giudizio di cassazione, andrebbe rivisto nella prospettiva, sia pure moderata, del *novum iudicium* in fatto con tutti gli accorgimenti necessari.

Due gradi di cognizione piena in fatto sono sufficienti (salva la revocazione) ad assicurare la giustizia dell'accertamento di fatto, «nei limiti dell'umano possibile».

Nessun senso ha in questa prospettiva un ulteriore controllo dell'accertamento del fatto nel corso del giudizio di cassazione; oltre a snaturare la funzione di controllo in diritto di questa Corte suprema, si darebbe luogo ad un inutile terzo grado di giudizio, che ha a suo favore solo gli avvocati cassazionisti e quei giudici che ambiscono concludere la loro carriera presso la Corte suprema.

Probabilmente proprio per questa funzione di assicurare l'uniforme interpretazione della legge, la nostra Costituzione ha costituzionalizzato, unico fra tutti i mezzi di impugnazione, il ricorso per cassazione per violazione di legge (art. 111, 7° comma).

Evidentemente questo valore dell'uniformità dell'interpretazione del diritto non deve essere un valore statico ma, come si suole dire oggi, liquido, dinamico (è di ieri la decisione delle sezioni unite che ha affermato, pur con tutta una serie di garanzie, la non contrarietà al nostro ordine pubblico della condanna al pagamento di interessi punitivi).

La nostra Corte di cassazione dovrebbe avere — come funzione principale se non

addirittura unica — la funzione di assicurare l'uniformità della giurisprudenza per quanto concerne l'interpretazione della legge.

2.2. - Purtroppo la nostra Corte di cassazione non è in grado di assolvere questa funzione, che è la ragione stessa del suo essere, né lo sarà in futuro fino a quando non si interverrà radicalmente sulla sua struttura pagando anche il prezzo o i prezzi necessari.

I motivi di questa incapacità derivano dal numero dei ricorsi sopravvenuti (numero stabilizzatosi negli ultimi dieci-quindici anni intorno al numero di 30.000) di quelli esauriti ogni anno (circa sempre 30.000) e di quelli pendenti a fine anno (circa 100.000); nonché dal numero dei giudici addetti alla funzione di consiglieri di Cassazione civile, circa 130-140, numero che comporta che ogni giudice debba emanare oltre 230 decisioni (sentenze o ordinanze) l'anno, siano esse relative a ricorsi semplici o complessi o delicatissimi: cioè più di una decisione per giorno lavorativo.

In questa situazione (numero delle decisioni e numero dei giudici) si comprende agevolmente, per un verso, come sia un'impresa titanica ridurre l'arretrato (che comporta la durata del processo superiore ai tre anni, tre anni che vanno ad aggiungersi al numero già elevatissimo di quelli dei due gradi di merito), soprattutto, per altro verso, come il necessario moltiplicarsi dei collegi giudicanti favorisca il formarsi di decisioni difformi sulle estese questioni (il che agisce nel senso di favorire anziché dissuadere la proposizione di ricorsi per cassazione).

Difformità che le stesse sezioni unite della corte non riescono a contrastare giacché nella stessa giurisprudenza di questa più autorevole formazione della nostra Corte suprema è dato rinvenire in senso diacronico mutamenti di orientamenti giurisprudenziali sulla stessa questione o su questioni logicamente strettamente connesse: si pensi, per tutte, alle decisioni (Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, *id.*, 2008, I, 1514, e 22 dicembre 2009, n. 26961, *id.*, Rep. 2009, voce *Lavoro* (rapporto), n. 1564, cui *adde* Cass. 16 febbraio 2017, nn. 4090 e 4091, la prima *id.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*, e *Giur. it.*, 2017, 1087, con nota di richiami agli oscillanti precedenti delle sezioni unite di M. BARAFANI, *Fondamenti concettuali del dibattito sul frazionamento giudiziale del credito*; la seconda *Foro it.*, 2017, I, 2418) sull'infrazionabilità o no del credito derivante dallo stesso (o comune) fatto costitutivo e, nel caso dell'infrazionabilità, sulle sue conseguenze processuali; sulle conseguenze della mancata notifica entro dieci giorni dal ricorso

d'appello nel rito del lavoro e nel procedimento per equa riparazione (sent. 30 luglio 2008, n. 20604, *id.*, 2009, I, 1130, e 12 marzo 2014, *id.*, 2014, I, 1798, con nota di richiami), per citare solo le sentenze su questioni processuali (sulle quali, in quanto attinenti alle c.d. regole del gioco, massima è l'esigenza di certezza: v. *infra*, III).

2.3. - Se le cose dette fotografano una realtà effettivamente esistente (e non le astratte elucubrazioni di un oramai invecchiato processualcivilista), che fare?

Dal punto di vista dell'esigenza di giustizia dei cittadini e di assicurare comunque l'esigenza della ragionevole durata del processo, si potrebbe pensare a sopprimere *sic et simpliciter* il giudizio di cassazione civile in quanto esso per un verso non riesce ad assolvere la sua funzione istituzionale di assicurare l'uniforme interpretazione della giurisprudenza, per altro verso aggiunge altri tre o quattro anni alla durata dei processi civili. Una simile soluzione sarebbe però in contrasto non solo con scelte assai remote nel tempo di pressoché tutti gli ordinamenti stranieri, ma anche con il 7° comma dell'art. 111 Cost. che costituzionalizza il ricorso per cassazione per violazione di legge.

Un'altra possibilità di soluzione potrebbe essere quella di raddoppiare (o triplicare) il numero dei giudici addetti alla Cassazione civile. Ma una soluzione di tale specie (omessa ogni altra considerazione) sarebbe un tipico rimedio peggiore del male. Con essa, infatti, si ridurrebbe l'arretrato e la durata dei giudizi della Corte di cassazione, ma, stante il grosso aumento dei giudici e quindi dei collegi, si sancirebbe definitivamente la fine (quanto meno come aspirazione) della nostra corte come Corte suprema avente come finalità (principale e) istituzionale l'assicurazione della uniformità di interpretazione del diritto allo scopo di garantire il fundamentalissimo principio di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

2.4. - Riprendo quanto detto poco fa; in questa situazione, quindi, che fare?

A mio avviso, come vado sostenendo ormai da oltre vent'anni senza avere mai ottenuto alcun riscontro positivo da parte dei miei lettori o ascoltatori, una soluzione è praticabile a Costituzione invariata, purché si abbia il coraggio di pagare il prezzo necessario e di contrastare interessi corporativi.

Tenendo conto della necessità di trovare consenso espongo sinteticamente ancora una volta la mia posizione con tutta una serie di precisazioni, aggiunte, spiegazioni, riservando ad un

successivo studio (possibilmente redatto a più mani dopo un'ampia discussione collegiale) ogni ulteriore approfondimento.

Il problema centrale, come sempre più avvertito dai supremi vertici della Corte di cassazione, consiste nel prevedere dei rigidi limiti all'ammissibilità dei ricorsi per cassazione per violazione di legge, in modo tale da ridurre il numero dei ricorsi ammissibili (eccezion fatta per i regolamenti di giurisdizione e di competenza, su cui v. *infra* 2.6) a non più di 1.000-1.500 l'anno ed il numero complessivo dei giudici (compresi i presidenti di sezione) a non più di 30-40 (adeguatamente supportati ciascuno da un proprio ufficio specifico, costituito attraverso il distacco di magistrati dell'attuale ufficio del massimario).

Indicato l'obiettivo: ristrutturare la Cassazione civile in modo da consentirle di svolgere la sua funzione istituzionale di assicurare l'uniformità (liquida, dinamica) dell'interpretazione della legge, le questioni da esaminare e risolvere al massimo della chiarezza esigibile sono in ordine le seguenti:

a) come conciliare tale obiettivo con il 7° comma dell'art. 111 Cost., secondo cui contro le sentenze dei giudici ordinari e speciali è «sempre» proponibile ricorso per cassazione per violazione di legge;

b) come individuare i limiti di ammissibilità;

c) a chi attribuire il controllo di tali limiti: se infatti tale controllo dovesse essere effettuato da una delle più sezioni della corte, la soluzione non sarebbe molto diversa da quella già prevista e praticata dalla attuale VI sezione alla stregua della riforma del 2016.

a) Quanto alla questione di legittimità costituzionale posta dal 7° comma dell'art. 111 Cost., essa a mio avviso va risolta, a Costituzione invariata, tramite il bilanciamento (da parte del legislatore ordinario) del valore di cui l'art. 111, 7° comma è espressione con il valore della eguaglianza dei cittadini davanti alla legge. Qui occorre intendersi: la storia e i lavori preparatori della Costituzione stanno tutti nel senso di ritenere che la previsione dell'art. 111, 7° comma, sia stata introdotta soprattutto per assicurare l'uniformità dell'interpretazione della legge; se la disciplina vigente degli art. 360 ss. c.p.c. non consente la realizzazione di tale uniformità, si ha palese violazione del fondamentale valore espresso dall'art. 3, 1° comma, Cost. Ne segue la necessità di bilanciare tali valori tramite rigidi limiti di ammissibilità al ricorso per cassazione, modificando gli art. 360 ss. c.p.c.

b) Questi limiti di ammissibilità possono (e a mio avviso devono) essere individuati nel senso di ritenere ammissibili solo i ricorsi per cassazione che denunciino violazione di legge le quali: 1) siano di interesse generale, ivi compreso esplicitamente in tale formula l'opportunità di una modifica o di un ripensamento di precedenti orientamenti della Cassazione; 2) siano in contrasto con precedenti orientamenti della Cassazione e non ricorrano i motivi di opportunità indicati nel numero precedente.

c) Quanto al soggetto che dovrebbe effettuare tale valutazione di ammissibilità, recenti dialoghi mi inducono ad individuarlo nei magistrati addetti al settore civile della procura generale della Corte di cassazione, portando il loro numero complessivo dalle attuali 35 a 100 unità. Questa scelta sistematicamente deriva dalla circostanza che i magistrati della procura generale sono titolari del potere di proporre ricorso per cassazione nell'interesse della legge e come tali sono i più idonei ad effettuare quelle valutazioni di opportunità di cui al n. 1 della precedente lett. *b)*. Il carattere monocratico dei magistrati cui attribuire questo delicato controllo rientra in uno di quei prezzi da pagare per consentire alla Corte di cassazione di assolvere il suo compito istituzionale.

2.5. - Si potrebbe osservare, e obiettare, che le recenti riforme della Cassazione previste nel 2009 e soprattutto del 2016 già si muovono nel senso sopra riassunto.

A me non sembra.

In primo luogo esse (al di là delle formulazioni letterali) conservano come regola la ricorribilità per cassazione per qualsivoglia violazione di legge.

In secondo luogo non hanno il coraggio di sopprimere l'attuale n. 5 dell'art. 360 continuando a consentire un controllo, indiretto quanto si vuole, sull'accertamento del fatto.

In terzo luogo esse (specie quella del 2016) prevedono una generalizzata cameralizzazione del processo di cassazione, con una (normalmente) radicale riduzione del diritto di difesa delle parti: cioè, per chiamare le cose con i propri termini, attuano una vera e propria sommarizzazione del processo di cassazione. E ciò senza diminuire in modo alcuno il carico di lavoro (il numero dei ricorsi) di cui i singoli consiglieri sono chiamati ad occuparsi, se del caso prima nell'ambito della VI sezione e poi nella sezione semplice.

2.6. - Prima di concludere questa sintetica esposizione volta ad indicare la strada a mio

avviso da seguire per riattribuire ai precedenti della nostra Corte di cassazione la autorità propria di ogni Corte suprema, occorrono ancora due rapidissime integrazioni e una precisazione.

Alla Corte di cassazione, così ristrutturata, andrebbe conservata la risoluzione dei regolamenti di giurisdizione e di competenza; la loro decisione andrebbe attribuita ad uno specifico collegio di cui dovrebbero far parte sempre gli stessi giudici.

Andrebbero (nella prospettiva di quel bilanciamento di valori di cui ho più volte detto) sottratte alla ricorribilità per cassazione le decisioni in materia disciplinare, attribuendo (o limitando) il loro controllo alle corti d'appello. E ciò per il loro riferirsi a singole corporazioni e di carattere oggettivamente non generale.

Infine, quanto alla Corte di cassazione francese, che non conosce limitazioni alla ricorribilità quali quelle qui prospettate, mi sembra sia da dire (oltre che dello storico filtro costituito dal limitatissimo numero degli avvocati abilitati) che le decisioni della Corte di cassazione francese sono nella sostanza immotivate, limitandosi solo alla indicazione dei punti di passaggio logico del ragionamento (in modo alcuno esplicitato), il che contrasta con la garanzia della motivazione prevista dall'art. 111, 6° comma, della nostra Costituzione.

2.7. - Quanto, infine, alla gestione dell'arretrato attualmente pendente (e di quello pendente all'entrata in vigore della ristrutturazione proposta), esso dovrebbe essere assicurato dai giudici attualmente assegnati alle sezioni civili della Cassazione una volta dedotti quei 30-40 giudici che abbiano superato il concorso straordinario per il reclutamento dei giudici della «nuova» Corte di cassazione.

III. - 3.1. - Le disposizioni delle leggi processuali (civili, a cui limito il discorso) costituiscono, specie in materia di controversie relative a diritti disponibili, l'equivalente delle regole del gioco (al quale, spesso da fonti autorevolissime, è stato avvicinato il processo civile).

Il processo civile è costituito da una serie di atti diffusi nel tempo di attore, convenuto e giudice, secondo un ordine scandito da termini (preclusioni), ecc.

Il diritto di azione (di cui al 1° comma dell'art. 24 Cost.) non è altro che un termine riassuntivo del complesso dei poteri e doveri processuali attribuiti all'attore ed esplicitanti in atti processuali. Così il diritto di difesa (di cui al 2° comma dell'art. 24 Cost.) è il termine riassuntivo

del complesso dei poteri e doveri processuali attribuiti al convenuto, a loro volta esplicitanti in atti processuali. Ed ancora la giurisdizione (di cui al 1° comma dell'art. 111 e 102 Cost.) è il termine riassuntivo dei poteri e doveri attribuiti al giudice esplicitanti in provvedimenti (sentenze, ordinanze, decreti).

L'art. 111, 1° e 2° comma, Cost. dispone che (oltre al rispetto del principio del contraddittorio, della parità del trattamento delle parti, della terzietà e imparzialità del giudice, e oltre alla ragionevole durata del processo), «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge». Da quest'ultima previsione sembrerebbe che il processo debba svolgersi sempre secondo forme e termini predeterminati dalla legge: ed invero ciò sembra davvero essere previsto riguardo ai processi a cognizione piena del II libro c.p.c., nonché almeno ai processi di espropriazione forzata del III libro.

Se si passa però alla disciplina dei processi sommari del IV libro, ci si imbatte in una disposizione (l'art. 669 *sexies*) secondo cui «il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione ... e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda».

Ed ancora, riguardo anche ai processi a cognizione piena o alle varie specie di espropriazione forzata, per un verso si è alla presenza di testi da cui sono desumibili diverse norme (si pensi per tutte all'art. 2909 c.c. o 34 o 354 c.p.c.), nell'interpretazione delle quali occorre necessariamente ricorrere al bilanciamento di valori costituzionali (i quali sono desunti soprattutto, per un verso, dal carattere normalmente privato disponibile del diritto in contesa, per altro verso dal carattere pubblico della giurisdizione; da un lato l'interesse dell'attore a delimitare come gli sembra più opportuno l'oggetto del processo e del conseguente giudicato; dall'altro, l'interesse della giurisdizione, stante la scarsità delle risorse, alla economia dell'attività processuale e al conseguente ampliamento dei risultati del processo, ecc.).

Di qui l'inevitabile possibilità di desumere dallo stesso testo più norme anche processuali, con le altrettanto inevitabili conseguenze negative in termini di certezza, di prevedibilità, si è detto con eleganza, di calcolabilità.

3.2. - All'inizio di queste note si è partiti, quasi come vicenda normale, fisiologica, dalla possibilità almeno diacronica di desumere norme diverse dallo stesso testo.

Limitando però ora il discorso alle sole norme processuali, è da richiamare con energia l'attenzione sulla circostanza che, almeno con riferimento al nucleo forte del giusto processo, alle garanzie basilari del diritto di azione e di difesa, da sempre si è avvertita e si continua ad avvertire oggi una particolare esigenza di certezza delle regole del processo: delle regole del gioco. Questa esigenza è stata con forza più volte affermata da Virgilio Andrioli richiamandosi all'autorità di Antonio Scialoja: nei limiti sopra indicati, è meglio una regola processuale sbagliata che una regola processuale incerta. Ed è stata di recente ribadita con particolare chiarezza a seguito di un repentino mutamento di giurisprudenza delle sezioni unite (sia pure, per fortuna, in un c.d. *obiter dictum*) circa il termine perentorio entro il quale l'opponente a decreto ingiuntivo doveva costituirsi, pena l'immutabilità del decreto ingiuntivo opposto (art. 645 c.p.c., sez. un. 9 settembre 2010, n. 19246, *id.*, 2010, I, 3014; si omette per «onor di patria» di indicare il nome del primo presidente e dell'estensore).

L'emanazione di questa sentenza determinò una vera e propria ribellione degli operatori giuridici. Non tanto per l'inesattezza del mutamento giurisprudenziale, quanto per le conseguenze gravissime che esso avrebbe avuto sui processi in corso nei quali l'opponente costituendosi aveva fatto affidamento sui più ampi termini previsti dal precedente assolutamente consolidato (e come tale indiscusso) orientamento giurisprudenziale. Non a caso fu denunciata l'inammissibilità, inciviltà di un mutamento delle regole del gioco durante lo svolgimento della partita. Eppure, stante il carattere dichiarativo dell'interpretazione giurisprudenziale, era difficile escludere il suo carattere retroattivo, la sua normale applicabilità quindi ai processi in corso.

Si disse che solo la legge ha come regola efficacia non retroattiva; ma si aggiunse (v., per tutti, G. COSTANTINO, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1073 ss.) che, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, il legislatore non è libero nell'attribuire alla legge indiscriminatamente efficacia retroattiva, e si richiamarono le sentenze che avevano dichiarato la illegittimità costituzionale di leggi retroattive, per contrasto con il ragionevole affidamento causato dalla legge previgente. Di qui il banale rilievo secondo cui ciò che non è consentito al legislatore non può essere consentito alla giurisprudenza; e la deduzione di un «nuovo principio generale del processo» (così chi scrive, in *Foro it.*, 2011, I, 1173) secondo cui «il compimento di un atto processuale secondo le forme e i termini previsti dal 'diritto vivente' al momento in cui l'atto è compiuto, comporta la validità dell'atto stesso in caso di successivo mutamento giurisprudenziale in tema di

quelle forme e di quei termini».

Questa interpretazione ebbe poi l'autorevolissimo avallo (con ricchezza di approfondimenti concettuali) di Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144 (pres. Vittoria, est. Morelli), *ibid.*, 2254.

3.3. - Residua un solo problema. *Quid iuris* ove la nuova interpretazione della legge non costituisca un *obiter dictum*, ma sia suscettibile di essere applicata nello stesso processo. Qui la dottrina ha richiamato l'esperienza inglese del c.d. «prospective overruling», secondo cui la nuova interpretazione annunciata dalla Cassazione non si applica neanche al processo in corso, ma solo ai processi futuri (v. in tal senso, segnalatemi da Antonello Cosentino, esplicitamente Cass. 19 giugno 2014, n. 13972, Pres. F. Roselli, est. Napoletano, *id.*, 2014 I, 2467) (sempre che l'applicazione non contrasti con il principio dell'affidamento).