



[Processo Civile](#)" class="voce">

In difesa della nomofilachia. Prime notazioni teorico-comparate sul nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione nel progetto di riforma del Codice di procedura civile di Carlo Vittorio Giabardo

di [Carlo Vittorio Giabardo](#)

22 giugno 2021

In difesa della nomofilachia. Prime notazioni teorico-comparate sul nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione nel progetto di riforma del Codice di procedura civile
di Carlo Vittorio Giabardo

Sommario. 1. Premessa. – 2. La vocazione nomofilattica del rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione. 3. Il ruolo normativo delle Corti di vertice – 4. La selezione delle questioni di diritto “a rilevanza nomofilattica” (note di diritto comparato). - 5. I criteri di ammissibilità del rinvio pregiudiziale. - 6. L’efficacia e il vincolo del principio di diritto. 7. Riflessioni di chiusura.

[Art. 362 bis c.p.c. “*Rinvio pregiudiziale*”:

«Fuori dei casi in cui procede in base agli articoli 394 e 400, il giudice di merito può disporre con ordinanza il rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte per la risoluzione di una questione di diritto necessaria per la definizione anche parziale della controversia, quando ricorrono le condizioni di cui al secondo comma.

Il rinvio può essere disposto dal giudice quando:

- 1) la questione di diritto sia nuova o comunque non sia stata già trattata in precedenza dalla Corte;
- 2) si tratti di una questione esclusivamente di diritto e di particolare rilevanza;
- 3) presenti particolari difficoltà interpretative;
- 4) si tratti di questione che, per l'oggetto o per la materia, sia suscettibile di presentarsi o si sia presentata in numerose controversie dinanzi ai giudici di merito.

Il giudice, se ritiene di disporre il rinvio pregiudiziale, assegna alle parti un termine non superiore a quaranta giorni per il deposito di memorie contenenti osservazioni sulla questione di diritto.

Con l'ordinanza che formula la questione dispone altresì la sospensione del processo fino alla decisione della Corte.

Il primo presidente, ricevuta l'ordinanza di rinvio pregiudiziale, con proprio decreto la dichiara inammissibile quando mancano una o più delle condizioni di cui al secondo comma.

Se non dichiara l'inammissibilità, il primo presidente dispone la trattazione del rinvio pregiudiziale dinanzi alla sezione semplice o, in caso di questione di particolare importanza, alle sezioni unite, per l'enunciazione del principio di diritto.

La Corte, sia a sezioni unite che a sezione semplice, pronuncia in pubblica udienza.

Il provvedimento con il quale la Corte definisce la questione di diritto è vincolante per il giudice nel procedimento nel cui ambito è stato disposto il rinvio. Il provvedimento conserva il suo effetto vincolante anche nel processo che sia instaurato con la riproposizione della domanda»]

1. Premessa

Tra le molte novità di grande rilievo contenute nel progetto di riforma del Codice di procedura civile elaborato dalla cd. “commissione Luiso” (dal nome del Presidente, il professor Francesco Paolo Luiso) presentato lo scorso maggio [1], spicca – per importanza sistematica e innovazione

ordinamentale – l'introduzione del rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione (art. 6-bis, lett. g. del Progetto, che introduce il nuovo art. 362 bis c.p.c.), ricompreso tra gli Emendamenti definitivamente firmati dalla Ministra della giustizia, la professoressa Marta Cartabia (Emendamento-13)[\[2\]](#).

Attraverso questo meccanismo si offre al giudice del merito la possibilità di richiedere alla Corte di Cassazione (che può decidere sia a sezioni semplici sia, in casi di particolare importanza, a sezioni unite) di esprimersi in via preventiva e in maniera vincolante nel caso di specie sull'interpretazione di un punto controverso di diritto. La pronuncia della Corte, che giustamente opera qui in udienza pubblica, servirà poi da guida, da indicazione *quasi normativa* per i casi vertenti sulla medesima questione. Non basta, infatti, che la questione esegetica sia rilevante, anche solo parzialmente, per la definizione del giudizio concreto; questa dovrà presentare alcune caratteristiche tassativamente previste che la rendano - per così dire - "di interesse pubblico", a pena di inammissibilità. Essenzialmente: (a) esser nuova, o comunque non esser già stata trattata dalla Corte in precedenza; (b) esser di particolare importanza (l'autonomia di questa condizione è, però, discutibile, v. *infra*), (c) presentare particolari difficoltà interpretative e (d) essere suscettibile di riproporsi in numerose controversie, presenti e future.

Questi requisiti fanno intendere un punto importante, che merita di essere enfatizzato da subito: la pronuncia della Corte è semplicemente *occasionata* dal giudizio a cui si riferisce, ma ha una portata ben superiore. I giudici supremi si esprimeranno *grazie a* la vicenda, ma non solo *per* quella (anzi, questa è la parte marginale). La causa è un pretesto perché la voce della Corte si faccia sentire da tutti. Certo, i destini del caso concreto saranno inevitabilmente segnati, ma in ogni caso non vuole essere questa la funzione principale dello scioglimento della difficoltà interpretativa. Il senso è quello di fornire una guida (anzi, qualcosa di più) che si estenda e che *irradi* l'intero ordinamento (*irradiare* mi sembra la parola più appropriata: di «*radiating effect of court decisions*» si parla, nel contesto del *common law*, proprio per indicare questa influenza ordinamentale e normativa delle sentenze[\[3\]](#)).

2. La vocazione nomofilattica del rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione

Il rinvio pregiudiziale alla Corte suprema in sé non rappresenta una novità nel panorama del diritto comparato. L'immediato riferimento, come la stessa *Nota Illustrativa* riconosce, è la *saisine pour avis* dell'ordinamento francese. Questo strumento, in vigore dal 1992, di cui agli artt. 1031-1 e seg. del *Code de procédure civile* e L441-1 e seg. del *Code l'organisation judiciaire*, viene preso a modello quasi letteralmente. La *Cour de cassation* (o anche il *Conseil d'Etat*) può essere

infatti adita preventivamente «sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges»[\[4\]](#). Con l'importante differenza però che, come dice il nome stesso (*avis*), la pronuncia non è formalmente vincolante nemmeno per il giudice *a quo*. *Mutatis mutandis*, anche il ben noto rinvio pregiudiziale alle Corte di Giustizia di cui all'art. 267 TFUE, per quanto riguarda il diritto dell'Unione europea, presenta importanti analogie[\[5\]](#).

Come in queste due ipotesi, l'introduzione va dichiaratamente nella direzione di potenziare la funzione nomofilattica (nel nostro caso, della Corte di Cassazione), in linea con le principali linee di riforma degli ultimi anni che hanno interessato il processo civile italiano e il giudizio di legittimità in particolare[\[6\]](#).

Lo scopo dichiarato è difatti quella di porre un rimedio alla lentezza nella formazione e nella fissazione di orientamenti chiari su punti controversi, considerati evidentemente essenziali nel loro ruolo che definiamo - senza timore - *normativo* (v. *infra*. Par. 2). La Cassazione, investita del rinvio, ha l'opportunità di pronunciarsi nell'immediatezza del sorgere dell'incertezza interpretativa nelle corti di merito, senza attendere che un caso giunga alla sua attenzione attraverso gli ordinari mezzi di impugnazione, mentre nell'attesa si formano letture contrastanti. L'effetto sperato è quello che, grazie alla pronta soluzione del quesito esegetico, si prevenga il contenzioso futuro (o comunque si chiuda quello già sorto sulla medesima questione). La *Nota Illustrativa* fa riferimento alla ben nota *querelle* circa il soggetto onerato a promuovere istanza di mediazione obbligatoria nell'opposizione a decreto ingiuntivo (l'opponente o l'opposto?): solo nel 2020 le Sezioni Unite, investite della questione, si sono espresse, mentre per anni sia in dottrina sia in giurisprudenza (non solo di merito) vi erano state vedute discordi[\[7\]](#).

Si potrebbe obiettare che non è sempre bene pronunciarsi subito, rapidamente, su una questione interpretativa difficile. L'obiezione ha fascino. Soprattutto se il dilemma è nuovo, recente, *appena nato*, occorre che le argomentazioni si sviluppino, si affinino, evolvano, si scontrino, trovino l'appoggio di questa o quella parte della dottrina, la quale a sua volta contribuirà a chiarificare gli aspetti positivi dell'una o dell'altra lettura; col tempo, poi, sorgeranno questioni pratiche che, forse, non erano state intraviste prima (la prassi è sempre imprevedibile) e sulle quali si sedimenteranno altre letture, contribuendo così al formarsi di una consapevolezza matura. Ma – come ha detto, forse sconsolatamente, Jean Buffet, all'epoca presidente della 2ème chambre della *Cour de cassation*, a proposito della *saisie pour avis* – «certains luxes ne sont plus possibles»[\[8\]](#).

3. Il ruolo normativo delle Corti di vertice

Facciamo un passo indietro e mi sia consentito partire da una premessa *filosofica* generale. Tutti gli ordinamenti contemporanei condividono una necessità: e cioè che, all'interno del sistema giuridico, non vi sia il caos interpretativo. Nelle questioni di diritto - forse la sola area tra quelle della conoscenza umana dove sia così sentita questa esigenza - c'è bisogno di qualcuno che parli "con l'autorità del Papa" (*with the authority of the Pope*: così si esprime il grande processualista statunitense Owen Fiss)[**\[9\]**](#); e un altro studioso inglese (Peter Goodrich) discorre della necessità di un "supremo arbitro del significato" (*supreme arbiter of meanings*) delle parole della legge[**\[10\]**](#). Vogliamo che il linguaggio del diritto sia il linguaggio dell'obiettività, e di questo linguaggio non può che esserne custode il giudice. Sappiamo che ogni *enunciato normativo* esprime sempre più *norme* (una per ogni interpretazione possibile), ma vogliamo sapere quale sia quella, sola, che debba guidare il comportamento. Nel diritto - potremmo dire - è necessario che vi sia l'*ipse dixit* [**\[11\]**](#).

Mi spingo anzi a dire che questa esigenza fa parte del concetto di diritto così come noi lo conosciamo. Si potrebbe, forse, immaginare un ipotetico ordinamento dove le interpretazioni divergano, e anche di molto, pur all'interno del recinto semantico tracciato dalle parole; però, in un siffatto mondo, occorre esser consapevoli che sia il valore (morale) dell'uguaglianza dei consociati davanti alla legge (il "trattare situazioni uguali in maniera uguale", laddove per "uguale", s'intende naturalmente "uguale agli occhi del diritto") sia quello (latamente economico) - al primo strettamente collegato - della prevedibilità (*calcolabilità*) delle decisioni giudiziarie e quindi delle conseguenze dei propri comportamenti, sarebbero sacrificati[**\[12\]**](#). Poiché questi valori sono considerati essenziali per i moderni stati di diritto, bisogna trovare forme per garantirne l'effettività.

Ora, questa funzione è assegnata alle Corti di vertice, le quali hanno (anche) il compito, tutto pubblico, di "ricondurre a unità" la polifonia di interpretazioni che, fisiologicamente e in misura maggiore o minore a seconda del contesto giuridico-culturale, si verificano tra coloro che sono chiamati ad applicare il diritto.

Questa dimensione pubblica dell'attività uniformatrice non può passare in secondo piano. Fa parte della natura stessa delle Corti di vertice la protezione dell'interesse collettivo alla «*uniforme interpretazione*» della legge e all'«*unità del diritto oggettivo*» (così si esprime l'art. 65 dell'ord. giud.; tra parentesi, tralascio volutamente qui il riferimento alla «*esatta osservanza*»: a prescindere dalla questione se possa in astratto darsi, o no, "esattezza" nell'interpretazione giuridica, non coincide forse questa con l'uniformità della stessa? Se ammettiamo il ruolo creativo della giurisprudenza - e mi sembra che rimangano pochi spazi per dubbi - allora

l'interpretazione esatta sarebbe null'altro che quella uniforme data dalla Cassazione, e viceversa [\[13\]](#)).

Come è stato recentemente dimostrato in maniera credo definitiva, si usano impropriamente le espressioni *ius litigatoris* e *ius constitutionis* per identificare, rispettivamente, la protezione dell'interesse delle parti e quella dell'interesse “del diritto in generale”, nei giudizi di legittimità (dall'analisi storica risulta che esse descrivano, rispettivamente e semplicemente, l'errore di fatto e l'errore di diritto[\[14\]](#)). Ma la duplicità, l'ambivalenza, la *tensione* anzi tra l'esigenza della protezione dei diritti soggettivi, e quindi la cassazione di tutte le sentenze di merito giuridicamente non corrette, da un lato, e quella di assicurare l'unità, l'armonia del diritto, rimane in tutta la sua radicalità. La dottrina più attenta ha rimarcato a lungo la presenza di questi “due volti” che sempre più difficilmente sono chiamati a convivere[\[15\]](#). Loïc Cadet ha parlato a questo proposito di funzione *disciplinare* e funzione *normativa* della Corte di Cassazione francese per indicare, rispettivamente, l'attività di supervisione del rispetto della legalità, e quindi di censura delle sentenze non conformi a diritto, e quella di guida orientatrice, dovuta alla sua posizione apicale; l'una retrospettiva, volta a sanzionare l'errore, l'altra prospettiva, proattiva[\[16\]](#). E la tendenza in atto dimostra chiaramente verso quale dei due estremi oscilli il pendolo, nel caso in cui questi due valori entrino in conflitto – ed è evidente che, pragmaticamente (non concettualmente), questo conflitto accada. L'esperienza insegna che non si possono volere (o meglio, ottenere) entrambe le cose in massimo grado. D'altronde, l'uso dell'espressione *rôle normatif*, riferita alla *Cour de cassation* - provocatoria se vogliamo, specialmente nell'ordinamento francese - si è imposta negli studi più recenti Oltralpe (paiono lontani i tempi del giudice *bouche de la loi*) e indica bene l'inevitabile trasformazione in atto, una delle grandi tendenze del nostro tempo su scala globale[\[17\]](#).

4. La selezione delle questioni di diritto “ad alto valore nomofilattico” (note di diritto comparato)

La naturale funzione pubblico-normativa delle corti di vertice fa sì che queste, sempre più spesso, siano chiamate a selezionare e a pronunciarsi solo su casi - per così dire - “ad alto valore nomofilattico”.

Le corti supreme di *common law* sono un esempio lampante. Accantoniamo la Corte Suprema Federale Statunitense (modello assai distante per i nostri fini), che pure ha le sue tecniche per scegliere quando esprimersi e quando è meglio *star zitti*[\[18\]](#), e diamo uno sguardo al sistema inglese. Quando – spessissimo - l'*Appeal Panel* della *Supreme Court* del Regno Unito si trova a

rifiutare di pronunciarsi su un caso, negando, nella sua immensa discrezionalità, il *permission of appeal*, la maggior parte delle volte lo fa sulla base del fatto che le parti «*do not raise an arguable point of law of general public importance*»; cioè, letteralmente, il punto di diritto sollevato dai litiganti non presenta un sufficiente grado di importanza pubblica generale, un livello di proiezione che vada al di là di ciò che può interessare coloro che sono coinvolti nel giudizio [19]. Ma chi decide se il punto di diritto è adeguatamente, sufficientemente, importante? E soprattutto, e prima ancora: sulla base di quali criteri oggettivi è possibile operare un simile giudizio? Difficile dirlo. È la stessa *Supreme Court* ad auto-selezionare i ricorsi meritevoli sulla base di questa formula stereotipata (e fino a pochi anni fa senza nemmeno richiamarsi a questa). La scelta non è motivata e non può esser censurata. La stessa dottrina inglese sottolinea questa aleatorietà, ma senza che ciò si traduca in una aperta obiezione: «*It is not possible to say, for any particular case, what general factors led to permission to appeal being granted. It is, however, possible to test [...] which factors are associated with success*» [20]. L'interesse privato, e quindi il problema della correttezza o meno della sentenza, è pressoché assente dalla valutazione della *Supreme Court*.

Questo funzionamento è in linea con la tradizione giudiziaria di quel Paese. Una tale soluzione sarebbe difficilmente percorribile all'interno della nostra cultura giuridica. Lascerebbe al giudice un così ampio margine di apprezzamento su cosa decidere (o *non* decidere) che sarebbe assai mal tollerato; e questo anche a tacer della presenza, in Italia, dell'art. 111, comma 7, Cost. che garantisce il diritto al ricorso per cassazione contro tutti i provvedimenti definitivi che decidono su diritti (il che, come è stato correttamente denunciato, finisce col porsi paradossalmente in contrasto con le esigenze di nomofilachia e necessiterebbe, pertanto, un serio, ma improbabile, ripensamento [21]).

Il bisogno di formare giurisprudenza con caratteristiche di *quasi normatività* su ricorsi ad alta valenza nomofilattica, però, è assai sentita anche dai paesi di *civil law*. La *saisine pour avis* consultiva francese, a cui s'è già fatto cenno, è un chiaro esempio. Ma ci sono anche altri meccanismi che possono essere apprezzati. In Spagna, ad es., uno dei fattori legittimanti il ricorso per cassazione è la presenza del cd. *interés casacional* (art. 477, commi 2 e 3, *Ley de Enjuiciamiento Civil*): tra le altre ipotesi, il *Tribunal Supremo* può pronunciarsi in quanto sia dimostrato questo interesse, che sussiste, ad es., nel caso in cui (a) la sentenza impugnata sia contraria alla giurisprudenza (*doctrina jurisprudencial*) del *TS*, (b) esistano contrasti giurisprudenziali sul punto, e (c) la norma applicata non sia in vigore da più di cinque anni, sempre che non sia già intervenuta una pronuncia sul punto da parte del *TS*. Quest'ultimo

requisito, in particolare, mi pare degno di essere riportato, in quanto in linea sia con quello della *question de droit nouvelle*, nella *saisine pour avis*, sia con la “novità della questione di diritto” nel testo provvisorio dell’art. 362 bis c.p.c. Sembra che si vadano delineando, nel panorama comparato, corti supreme chiamate a dare – mi si perdoni l’improprietà – quasi *interpretazioni autentiche* dei testi normativi nuovi.

Sempre lungo questa linea, nel 2016, sempre in Spagna, nel nuovo *recurso de casación contencioso-administrativo* si fa riferimento al (discussissimo) concetto di *interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia* (art. 88, *Ley Orgánica 7/2015*). Questo interesse oggettivo potrà essere vautato, tra le varie ipotesi, quando la sentenza impugnata «*afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso*», cioè sia idonea a influenzare un gran numero di situazioni, o di per sé, o perché *trascende il caso oggetto del processo*[\[22\]](#). Non c’è bisogno di sottolineare il parallelismo evidentissimo con il requisito della “*suscettibilità, per l’oggetto o per la materia, della questione di diritto di presentarsi in numerose controversie dinanzi ai giudici di merito*”, nel testo provvisorio del futuro art. 362 bis, comma 2, n. 4 c.p.c.

È noto, infine, che anche nell’ordinamento italiano i giudici di legittimità sono chiamati, talvolta, a selezionare discrezionalmente i ricorsi sulla base della loro “importanza” o “rilevanza”. In questi casi, l’azione in qualità di custodi di un interesse che trascende quello delle parti in causa è manifesta. Si potrebbe ribattere – e giustamente – che la Corte di Cassazione agisce *sempre* a tutela (anche) dell’interesse pubblico. Tutte le sue pronunce sono dotate per natura di una particolare autorevolezza che fa sì che il loro *dictum* si estenda sempre oltre il caso specifico. Le ultime riforme hanno proprio enfatizzato questo ruolo guida della giurisprudenza *tout court* della Corte Suprema[\[23\]](#). Vero. Ma vi sono momenti in cui questo interesse pubblico è assolutamente preponderante o addirittura esclusivo.

Il ricorso e la pronuncia del principio di diritto nell’interesse della legge è l’emblema più tipico. Derivato già dall’antico istituto francese post-rivoluzionario del ricorso da parte di un *commissaire du roi dans l’intérêt de la loi*, codificato in Italia all’art. 363 c.p.c., potenziato e rinvigorito nel 2006, delinea un meccanismo per il quale la Cassazione, su richiesta del Procuratore Generale rivolta al Primo Presidente (commi 1 e 2), o anche d’ufficio (comma 3), può pronunciarsi sulla corretta interpretazione di un punto di diritto senza che questo abbia effetti sulla fattispecie concreta, qualora le parti non possano (più) impugnare l’originaria sentenza o in caso di dichiarata inammissibilità[\[24\]](#). Ma questa pronuncia – puntualizza l’art. 363 c.p.c. – può avvenire solo «*se la Corte ritiene che la questione decisa è di particolare importanza*» (requisito, a

voler essere precisi, stabilito testualmente solo per la pronuncia d'ufficio e per l'eventuale assegnazione, da parte del Primo Presidente, alle Sezioni Unite). Del resto, della pronuncia i destinatari non sono le parti coinvolte, ma l'intera classe dei giuristi, anzi, i consociati tutti. La rubrica avrebbe potuto dire “*ricorso, o principio, nell'interesse di tutti*” o “*nell'interesse della collettività*”, ma la formula usata è più pregnante, evocativa: “*ricorso, o principio, di diritto nell'interesse della legge*”. La legge (il diritto) è portatore di un interesse suo proprio. Il diritto, che deve essere custodito, viene *personificato*. (Ma attenzione; il rinvio pregiudiziale si differenzia profondamente, dal punto di vista concettuale, dall'enunciazione del principio nell'interesse della legge: mentre quest'ultimo, è, per così dire, *astratto*, il primo è pur sempre funzionale alla decisione della causa, e quindi è espresso *in concreto*, sebbene con vocazione generale).

Ancora: l'art. 374, comma 2 c.p.c. stabilisce che le Sezioni Unite si pronunciano (oltre che nell'ipotesi di conflitto di giurisprudenza) quando il ricorso presenta «*una questione di massima di particolare importanza*». La formula è leggermente differente, ma la sostanza non pare cambiare. *Importante*, anzi *particolarmente importante* è la parola chiave. Anche in questo caso la valutazione è discrezionale (“*Il primo presidente può disporre*”) e non c'è un diritto delle parti a vedere la propria causa discussa da questa particolare composizione. La Corte qui agisce al di là dell'interesse delle parti, a beneficio innanzitutto “del diritto in quanto tale”.

È chiaro che, in tutti questi tipi di valutazioni, importanza e rilevanza non hanno, né dovrebbero mai avere, una caratterizzazione soggettiva. Non si intende importante *per le parti* o importante anche solo nel senso *concreto* del termine (mi spiego: immaginiamo, ad es., una controversia sulla chiusura di un impianto produttivo cruciale il quale svolge una funzione sociale immensa nel contesto di riferimento; il punto interpretativo di diritto in una tal lite avrebbe una indubbia “importanza” per le sue ampie ricadute fattuali, ma non rientrerebbe, per questa sola ragione, entro l'alveo di applicazione delle norme ricordate). Ne segue pertanto una conclusione non da poco: l'importanza, o rilevanza che dir si voglia, non andrebbe mai misurata dal punto di vista economico, dal valore della controversia, che è qualcosa di contingente. Una causa da un miliardo di euro può anche non presentare nessun aspetto giuridico problematico, discusso, né di centralità sistematica né utile per risolvere casi futuri; e viceversa, una causa di pochi centesimi ben può riferirsi, ad es., a un rompicapo interpretativo di diritto affrontato da tempo in dottrina o in giurisprudenza con pluralità di vedute e idoneo, se non risolto, a generare un contenzioso di massa[25]. Anzi; sarebbero proprio le controversie che, normalmente, hanno minor valore quelle che necessitano maggiormente di interventi nomofilattici, proprio per l'attitudine delle questioni di diritto in esse contenute a presentarsi più frequentemente nel

corpo sociale.

5. I criteri di ammissibilità del rinvio pregiudiziale

Riflettere, anche comparativamente, su questi aspetti mi sembra utile in quanto la locuzione «*particolare rilevanza*», riferita alla questione di diritto, è ripetuta anche nel testo del futuro art. 362 *bis*, comma 2, lett. 2) c.p.c. qui in esame; locuzione che viene poi ulteriormente ribadita (nella dizione alternativa della “*particolare importanza*”) al successivo comma 6, che regola l’ipotesi in cui il rinvio pregiudiziale deve essere deciso non dalla sezione semplice, ma dalle Sezioni Unite (cosicché parrebbero esserci, a voler essere meticolosissimi, due distinti giudizi di importanza/rilevanza; uno, il primo, ai fini dell’ammissibilità del rinvio pregiudiziale e decisione da parte della sezione semplice, e l’altro, successivo e qualificato, ai fini dell’assegnazione eventuale alle Sezioni Unite. Tra le questioni *particolarmente rilevanti*, dovranno essere selezionate quelle... *particolarmente importanti*; una sorta di “importanza di secondo grado”, come a dire che, nel caso di assegnazione alle S.U., il quesito deve essere, enfaticamente, *estremamente, sommamente importante*).

Qualche aspetto tecnico.

Il rinvio è richiesto dal giudice *a quo*, che agisce in totale autonomia; le parti, al più, potranno sollecitare la sua azione. Come negli incidenti di costituzionalità, si è voluto attribuire alla sola autorità giudiziaria la facoltà di aprire questa parentesi che, alla stessa maniera, sospende il processo d’origine (sospensione cd. “impropria”, in quanto il giudizio che si apre non verte sulla dichiarazione di diritti). Avrebbe il legislatore potuto stabilire l’obbligatorietà di questo rinvio? La risposta è risolutivamente negativa; la *potestas interpretandi* del diritto non è di competenza esclusiva della Corte di cassazione, e pertanto la - per così dire - cessione del diritto-dovere di *ius dicere* non avrebbe potuto che essere discrezionale [\[26\]](#).

Opportunamente si prevede che, prima di giungere all’attenzione della Corte, il rinvio debba passare un “filtro” a cura del Primo Presidente. Il testo dell’art. 362 *bis* c.p.c. elenca i requisiti che la questione di diritto deve possedere a pena di inammissibilità. Dalla lettura del testo, si ricava che dovrebbero essere tutti contemporaneamente presenti per superare il vaglio: “*Il primo presidente, ricevuta l’ordinanza di rinvio pregiudiziale [...] la dichiara inammissibile quando mancano una o più delle condizioni*» (dal che si deduce che l’assenza anche solo di una delle qualità rende il rinvio irricevibile).

I problemi interpretativi che questa lista solleva non sono pochi, ma non sono nemmeno insuperabili. Un adeguato sviluppo giurisprudenziale contribuirà a chiarire le incertezze che

saranno via via sollevate (è prevedibile che sarà la “novità” della questione quella che darà luogo alle maggiori incognite: si potrebbe, ad es., utilizzare questo meccanismo per sollevare un nuovo quesito interpretativo, riferito però a una disposizione sulla quale la Corte si sia già pronunciata? Immaginiamo che la Corte, in sede di rinvio pregiudiziale, abbia interpretato la disposizione D nella forma D1, escludendo l’interpretazione D2. Potrebbe, poco dopo, un altro giudice, in altro processo, chiedere alla Corte di pronunciarsi sul medesimo testo, argomentando però D3, per la prima volta? Propenderei, forse, per la risposta negativa, più aderente alla formulazione della legge, che riferisce la novità alla questione, non all’argomentazione spesa: ma mi sembra che il discriminio tra le due non sia poi così preciso^[27]. E ancora: come si misura la suscettibilità della questione di presentarsi in numerose altre controversie? Come dovrà motivare il giudice *a quo* sul punto?).

A questo riguardo, mi preme sottolineare un ultimo aspetto. Alla luce dei criteri, mi pare di poter dire che il requisito dell’importanza di cui al comma 2, lett. 2, non sia tanto una qualità autonoma della questione, ulteriore e separata dalle altre, bensì una forma per ricoprendere, in una sola parola, le caratteristiche enumerate. La lista stessa già dà corpo a questo giudizio di meritevolezza. Mi sembra evidente, infatti, che una questione di diritto che sia al contempo nuova, sia oggettivamente difficile e sia idonea a presentarsi in un vasto contenzioso di serie, sia per ciò stesso importante, senza bisogno di ulteriori argomentazioni.

6. L’efficacia e il vincolo del principio di diritto

La disposizione, infine, specifica che «*Il provvedimento con il quale la Corte definisce la questione di diritto è vincolante per il giudice nel procedimento nel cui ambito è stato disposto il rinvio*».

Il riferimento, testualmente, è *al giudice* (singolare), non *ai giudici*. A prima vista, sembrerebbe quindi che il vincolo si produca solo nei confronti dell’autorità postulante. Cosicché, se il rinvio è stato disposto dal Tribunale, la Corte d’Appello potrebbe re-interpretare diversamente la questione, non essendosi l’organo di secondo grado spogliatosi volontariamente del potere di decidere il diritto. Insomma, qualcuno potrebbe esser tentato di sostenere che l’aver abbandonato il proprio potere di *ius dicere* vincoli solo chi lo ha voluto e non potrebbe estendersi agli altri gradi. Questo ragionamento, però, non convince ed è contrario allo spirito della disposizione^[28]. La pronuncia in sede di rinvio pregiudiziale (esattamente come quella sul principio di diritto in sede di rinvio “ordinario” ex art. 384, comma 2 c.p.c.) è un *rechtliche Beurteilung*, un “giudizio giuridico” definitivo. Con la sua decisione, richiesta, la Cassazione crea - nel senso *kelseniano* del termine - la norma specifica e individuale che risolve, una volta

applicata, una volta per tutte il conflitto[29]. Vi è quindi una scissione temporale e soggettiva tra *interpretazione* e *applicazione* (o, se vogliamo, con altra terminologia, tra *interpretazione in astratto* e *interpretazione in concreto*): due attività che, però, normalmente, sono realizzate in forma contestuale e che pertanto devono essere considerate in maniera unitaria. Nel testo, quindi, la parola giudice va intesa come generica “autorità giudiziaria” del processo in corso. Si aggiunga che la definitività di questo giudizio è anzi talmente intensa da sopravvivere, esattamente come accade nell’art. 392 c.p.c., persino in un eventuale giudizio futuro (vincolando così un altro giudice), instaurato tra le medesime parti e sul medesimo oggetto di causa (evidentemente, in caso di estinzione del primo; cd. effetto *ultrattivo*). Tutti i giudici del merito del procedimento sono quindi obbligati *ex lege* ad uniformarsi a quanto statuito dalla Corte senza poterlo rimettere in discussione; se ciò non avviene, il soccombente potrà dolersene con le impugnazioni (se in sede di legittimità, per errore di diritto).

Per quanto forte, però, tale vincolo sul procedimento in corso non è assoluto. Innanzitutto, così come nel giudizio di rinvio “ordinario”, è da ritenersi che questo cessi davanti allo *ius superveniens* (o, ovviamente, in caso di intervenuta dichiarazione di incostituzionalità della norma da applicare o di intervenuta sentenza della Corte di Giustizia). Aggiungerei – ma sono consapevole che l'affermazione è problematica e discutibile – che il vincolo venga meno anche qualora nel frattempo sia mutato l'orientamento della Cassazione su quello stesso punto di diritto[30]. Se prendiamo davvero sul serio l'affermazione per la quale gli orientamenti consolidati sono - secondo una concezione realistica e non formalistica - fonti del diritto (nella misura in cui possiedano certe caratteristiche di autorevolezza e stabilità), allora la loro successione nel tempo dovrebbe essere parificata a quella delle leggi. D'altronde, come può apparire ingiusta l'applicazione di una disposizione che non è più vigente (e che è cambiata, evidentemente perché non considerata più adatta), parimenti appare ingiusta l'applicazione di una interpretazione che nel frattempo è stata apertamente sconfessata e rinnegata (e quindi parimenti considerata non più adatta) dallo stesso organo che l'aveva originariamente pronunciata. A maggior ragione, ritengo che la Corte stessa, se investita nuovamente del ricorso con le impugnazioni, potrà cambiare l'originaria opinione (a meno che quella non fosse stata emessa dalle Sezioni Unite, nel qual caso dovrà operare l'art. 374, comma 3, c.p.c. che impone la rimessione a queste ultime). Ci si aspetta però che questo accada raramente, stante la necessità di una (relativamente intensa) stabilità delle pronunce interpretative.

Il valore del provvedimento interpretativo non è, né avrebbe potuto essere, formalmente vincolante per tutti gli altri giudizi, presenti e futuri. La sua efficacia è identica alla pronuncia

del principio a seguito di cassazione con rinvio, *ex art. 383 c.p.c.* (il nuovo art. 362 *bis* c.p.c. parla proprio, testualmente, di *principio di diritto*). È chiaro, però, che la sua forza è concepita, nel disegno complessivo e alla luce della *ratio* della norma, come particolarmente intensa. A mio avviso, comunque, queste distinzioni analitiche non devono preoccupare troppo. La dicotomia tra *efficacia pienamente vincolante* ed *efficacia solo persuasiva* dei precedenti non ha mai convinto appieno; è noto, infatti, che questi possono essere *più o meno* vincolanti, a seconda di quanto siano effettivamente seguiti e rispettati, oppure no, nella realtà. (Ammesso che di “precedente”, nei sistemi continentali, e specialmente in Italia, possa parlarsi: e la risposta, a stretto rigore, dovrebbe essere negativa, in quanto, nella nostra tradizione, per “precedente” intendiamo una regola compilata sotto forma di “massima”, cioè in termini generali e astratti, laddove invece nell’universo di *common law* questo è l’applicazione di una regola a un caso concreto[\[31\]](#)). I comparatisti sanno bene che, da un lato, mentre nel *common law* il precedente può rappresentare un ostacolo più facilmente superabile di quanto si pensi (i giudici possono discostarsene attraverso le note tecniche del *distinguishing* e dell’*overruling*; la vincolatività è questione culturale, prima ancora che normativa), d’altro lato tutti i sistemi di *civil law* vanno verso una maggior stabilità della giurisprudenza, la quale, sotto certe condizioni, ben può considerarsi diritto vivente (e vigente)[\[32\]](#).

7. Riflessioni di chiusura

Come si è cercato di mettere in luce, l’introduzione del rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione rappresenta un tassello ulteriore verso una corte sempre più dotata di un ruolo *quasi* normativo. Aggiungiamo “*quasi*”, perché la stabilità e la forza dell’interpretazione della Cassazione è (deve essere) pur sempre tendenziale, aperta all’evoluzione e alle buone ragioni, non granitica. La sua forza non va misurata col metro del formalismo, ma con quello della fattualità (cioè la *responsività* ai fatti) e dell’effettività[\[33\]](#).

L’assunzione di questo ruolo, peraltro, è una delle grandi tendenze in atto a livello comparato. Le ragioni di questa traiettoria sono sicuramente complesse e non è questa la sede per indagarle; a livello generale, bisognerebbe risalire al mutamento che sta avvenendo circa il ruolo del giudice, all’importanza sempre più cruciale del diritto giurisprudenziale e, ancora più a monte, alla crisi del formante legislativo *tout court* (in breve: alle ragioni della post-modernità giuridica, nel senso tecnico dato a questo vocabolo da Paolo Grossi)[\[34\]](#). La nostra non è più l’epoca della “vocazione per la legislazione” o per la “scienza giuridica” (come scriveva Savigny[\[35\]](#)), bensì quella per la giurisdizione[\[36\]](#).

Parecchie implicazioni discendono da questa presa d'atto. Una delle molte è che i giudici (e quelli supremi in particolare) devono avere piena consapevolezza della magnitudine di questo compito, e quindi della necessità di svolgerlo con equilibrio e misura. Il rimedio al pericolo di una Corte che si pone «*di fronte alle regole come un Titano del diritto sempre più protetto, ma anche sempre più chiuso, nella sua Torre*» (il che sarebbe sommamente negativo^[37]) sta, probabilmente, nel *dialogo*. Non intendo solo il dialogo con la legge o il dialogo con la dottrina^[38]. Mi riferisco qui al dialogo con le corti di merito, nel più ampio quadro di una *nomofilachia discorsiva*^[39]. D'altro canto, è il giudice del merito che solleva (se lo ritiene) la questione, è dal caso specifico che il quesito origina, ed è ai giudici del merito che la questione ritornerà per essere effettivamente seguita; ed è evidente che la Corte né dovrà, né potrà, essere insensibile alle istanze che dal merito provengono.

[1] V. Proposte normative e note illustrate, disponibile in <https://www.giustiziainsieme.it/it/processo-civile/1754-le-proposte-di-interventi-in-materia-di-processo-civile-e-di-strumenti-alternativi>. Vedi, in generale, E. D'Alessandro, *La riforma della giustizia civile secondo il Piano nazionale di ripresa e resilienza e gli emendamenti governativi al d.d.l. n. 1662/S/XVIII. Riflessioni sul metodo*, in *Giustizia Insieme*, 31 maggio 2021, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/processo-civile/1758-la-riforma-della-giustizia-civile-secondo-il-piano-nazionale-di-riresa-e-resilienza-e-gli-emendamenti-governativi-al-d-d-l-n-1662-s-xviii-riflessioni-sul-metodo-di-elena-d-alessandro>, G. Scarselli, *Osservazioni al maxiemendamento 1662/S/XVIII di riforma del processo civile*, in *Giustizia Insieme*, 24 maggio 2021, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/news/121-main/processo-civile/1747-osservazioni-al-maxiemendamento-1662-s-xviii-di-riforma-del-processo-civile>, B. Capponi e A. Panzarola, *Questioni e dubbi sulle novità del giudizio di legittimità secondo gli emendamenti governativi al d.d.l. n. 1662/S/XVIII (breve contributo al dibattito)*, in *Giustizia Insieme*, 21 maggio 2021, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/news/121-main/processo-civile/1744-questioni-e-dubbi-sulle-novità-del-giudizio-di-legittimità-secondo-gli-emendamenti-governativi-al-d-d-l-n-1662-s-xviii-breve-contributo-al-dibattito>.

[2] In senso critico, su questa introduzione, B. Capponi, *È opportuno attribuire nuovi compiti alla Corte di Cassazione?*, in *Giustizia Insieme*, 19 giugno 2021, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/processo-civile/1811-e-opportuno-attribuire-nuovi-compiti-all-a-corte-di-cassazione-di-bruno-capponi>. Per un primo sguardo d'insieme circa le novità in materia di giudizio di legittimità, R. Frasca, *Considerazioni sulle proposte della*

Commissione Luiso quanto al processo davanti alla Corte di Cassazione, in *Giustizia Insieme*, 7 giugno 2021, <https://www.giustiziainsieme.it/it/processo-civile/1779-considerazioni-sulle-proposte-della-commissione-luiso-quanto-al-processo-davanti-all-a-corte-di-cassazione>.

[3] M. Galanter, *The Radiating Effect of Courts*, in K. Boyum – L. Mather (a cura di), *Empirical Theories About Courts*, New York, 1983, 115 e seg.

[4] Da tempo l'istituto ha attirato l'attenzione della dottrina italiana; cfr. già C. Silvestri, *La saisine pour avis della Cour de Cassation*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1998, 495 e seg.

[5] Così come, per certi aspetti, l'art. 420 bis c.p.c. (*Accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti e accordi collettivi*) e anche l'incidente di costituzionalità; lo rileva B. Capponi, *È opportuno attribuire nuovi compiti alla Corte di Cassazione?*, cit.

[6] Nomofilachia è parola senza dubbio bellissima: “custodire i *nomoī*”, un compito tanto nobile quanto necessario; su questo, penso non si possa non essere d'accordo. I disaccordi intervengono, piuttosto, sull'uso che di questa esigenza ne è stato fatto, ossia per giustificare interventi e prassi giudiziarie, stratificatisi poi nel tempo, non sempre apprezzabili, perché tutte volte alla riduzione o comunque al respingimento massivo dei ricorsi; cfr. B. Sassani, *La deriva della cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2019, 74 e seg. Ma vedi poi le considerazioni di E. Scoditti, *La nomofilachia naturale della Corte di cassazione. A proposito di un recente scritto sulla «deriva della Cassazione»*, in *Foro It.*, 2019, V, 415 e seg. Sulla nomofilachia, tra la sterminata letteratura, si rimanda a F. Di Stefano, *Giudice e precedente: per una nomofilachia sostenibile*, in *Giustizia Insieme*, 3 marzo 2021, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/processo-civile/1598-giudice-e-precedente-per-una-nomofilachia-sostenibile>

[7] Il riferimento è a Cass. Sez. Un. 18 settembre 2020, n. 19596 (cfr., *ex multis*, M. Mocci, *La Corte di Cassazione chiarisce a chi spetti l'onere di promuovere la mediazione a seguito di un decreto ingiuntivo*, in *Giustizia Insieme*, 20 novembre 2020, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/processo-civile/1360-la-corte-di-cassazione-chiarisce-a-chi-spetti-l-onere-di-promuovere-la-mediazione-a-seguito-di-un-decreto-ingiuntivo>).

[8] Jean Buffet, *Pour aller plus loin : exposé de Jean Buffet*, 29 marzo 2000, disponibile in https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_15/presentation_saisine_avis_8018/loin_expose: «*La saisine pour avis* «a été conçu comme un instrument mis à la disposition des juges du fond [...] destiné à remédier [...] à la lenteur de la formation de la jurisprudence, puisqu'il faut attendre plusieurs années avant qu'une difficulté ne remonte jusqu'à la Cour de Cassation. [...] Certes

certains autres, plus minoritaires, ont trouvé le procédé fâcheux et pervers en soulignant que seule une longue maturation préalable d'une affaire, enrichie d'opinions divergentes des tribunaux et de débats doctrinaux, permet à la Cour de Cassation de dire le droit d'une manière sûre. [...] Mais certains luxes ne sont plus possibles».

[9] O. Fiss , *Objectivity & Interpretation*, in 34, *Stanford Law Review*, 1982, 755. Va precisato che, nel suo scritto, Fiss ricollegava questa autorità alla funzione giudiziale *tout court*, in termini puramente descrittivi; ma ritengo che la formula esprima bene, a livello di immagine evocata, l'esigenza normativa propria delle corti di vertice.

[10] P. Goodrich , *Reading the Law*, Oxford University Press, 1986, 188.

[11] La ragione, fondamentalmente, è che il linguaggio del diritto è un *linguaggio amministrato*; innanzitutto dal legislatore, certamente, ma anche dalla giurisprudenza. Sul concetto di linguaggio amministrato, fondamentale i contributi di Mario Jori, e spec. *Definizioni giuridiche e pragmatica*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1995, 109 e seg.

[12] Trovo che valga la pena insistere su questa dimensione morale ed economica al tempo stesso dei valori di uguaglianza e certezza. Insuperate, sul punto, le riflessioni di P. Calamandrei, *Fede nel diritto* (1940), a cura di S. Calamandrei (con saggi di G. Alpa, P. Rescigno, G. Zagrebelsky), Roma-Bari, 2008, spec. 83 e seg., e l'introduzione di G. Zagrebelsky, *Una travagliata apologia della legge*, 3 e seg.

[13] La sottile argomentazione è di S. Chiarloni, *Un ossimoro occulto: nomofilachia e garanzia costituzionale dell'accesso in cassazione*, in C. Besso, S. Chiarloni (a cura di), *Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto*, Napoli, 2012, 19 e seg.

[14] G. Scarselli, *Sulla distinzione tra ius constitutionis e ius litigatoris*, in *Questione Giustizia*, 13 gennaio 2017, 13 gennaio 2017, in https://www.questionejustizia.it/articolo/sulla-distinzione-tra-ius-constitutionis-e-ius-litigatoris_13-01-2017.php

[15] M. Taruffo, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991; Id., *Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2014, 35 e seg.

[16] L. Cadet, *Problèmes et perspectives de la Cour de cassation française*, in C. Besso, S. Chiarloni (a cura di), *Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto*, Napoli, 2012, 55 e seg., ma spec. 58. V. anche Id., *Le rôle institutionnel et politique de la Cour de Cassation en France: tradition, transition, mutation?*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2011, 191 e seg.

Di *funzione proattiva*, in questo senso, parlava anche M. Taruffo, in quello che è il suo ultimo studio sul tema, *Sobre la evolución del Tribunal de Casación italiano* (e ivi riferimenti ai lavori precedenti), in J. Nieva Fenoll, R. Cavani (a cura di), *La casación hoy, cien años después de Calamandrei*, Marcial Pons, 2021, 8 e seg.

[17] V., a questo proposito, l'ampio studio di D. Lanzara, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, Paris, 2017. Anche F. Marchadier (a cura di), *Le rôle normatif de la Cour de cassation. Étude annuelle 2018*, Paris, 2018.

[18] Su questo argomento, v. la bella analisi di V. Barsotti, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino, 1999.

[19] Lo si apprende anche solo scorrendo il sito ufficiale della *Supreme Court*, nella sezione dedicata alle ultime impugnazioni negate, <https://www.supremecourt.uk/news/permission-to-appeal-march-april-2021.html>. Il riferimento normativo, per chi vuole, è la *Practice Direction 3, Applications for Permission to Appeal*, §3.3.

[20] C. Hanretty, *Who Gets Heard? Permission to Appeal Decisions*, in Id., *A Court of Specialists: Judicial Behavior on the UK Supreme Court*, Oxford UP, 2020, 55.

[21] Con chiarezza, S. Chiarloni, *Un ossimoro occulto: nomofilachia e garanzia costituzionale*, cit., 20: «*Ci troviamo qui di fronte ad uno dei casi più eminenti di eterogenesi dei fini perseguiti da una norma processuale assurta al rango di garanzia costituzionale. Proprio la garanzia del ricorso contro tutte le sentenze ha determinato l'impossibilità per la Corte di cassazione di assicurare l'uniforme interpretazione e applicazione della legge. La ragione è semplice e può venir racchiusa in un detto della saggezza popolare: tot capita tot sententiae*». Su questa eterogenesi dei fini, anche Id., *Riflessioni minime sui paradossi della giustizia civile*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2019, 131 e seg.; Id., *Ragionevolezza costituzionale e garanzie del processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2013, 521 e seg. Da ultimo, Sergio Chiarloni è tornato su questo aspetto nel saggio, in lingua spagnola, *Nomofilaxis y reforma del juicio de casación*, nel già ricordato libro di J. Nieva Fenoll, R. Cavani (a cura di), *La casación hoy, cien años después de Calamandrei*, Marcial Pons, 2021, 17 e seg.

[22] Anche se, nella giurisprudenza spagnola, questo requisito è stato interpretato piuttosto restrittivamente; per tutti, J. Huelin Martínez de Velasco, *El interés objetivo en la nueva casación contencioso-administrativa*, in 22, *Anuario de la facultad de Derecho de Madrid*, 2018, 355 e seg.

[23] Il riferimento è soprattutto agli artt. 360 bis, n. 1, c.p.c. e 118, 1 comma, disp. att. c.p.c.

[24] In senso critico, B. Capponi, *La Corte di cassazione e la “nomofilachia” (a proposito dell’art. 363 c.p.c.)*, in *Judicium*, 6 aprile 2020, in <https://www.judicium.it/la-corte-di-cassazione-e-la-nomofilachia-art-363-c-p-c/>

[25] Ritengo quindi che l’accesso alle corti supreme non debba *mai* essere giustificato sulla base del valore economico in gioco. Lo rilevavo incidentalmente in C. V. Giabardo, *Considerazioni sparse in tema di tutela processuale degli small claims*, nota a Cass. 27 gennaio 2017, n. 2168, in *Giur. It.*, 2017, 1598 e seg.

[26] In questo senso, B. Capponi, *È opportuno attribuire nuovi compiti alla Corte di Cassazione?*, cit.

[27] La *Nota Illustrativa*, su questo punto, non è d’aiuto. A proposito della novità della questione, così dice: «tale presupposto sarà sussistente tutte quelle volte in cui venga in rilievo l’interpretazione di un testo normativo di recente emanazione. Tuttavia, la “novità” deve essere intesa in modo più ampio, quale assenza di precedenti espressi dalla giurisprudenza di legittimità: in altre parole, lo strumento in esame potrà essere utilizzato anche con riferimento a normative meno recenti che, tuttavia, non siano state esaminate dal giudice della nomofilachia».

[28] Nella *Nota Illustrativa*, difatti, il riferimento al giudice è assente. Così è scritto: «*Il principio di diritto espresso dalla Corte di cassazione è vincolante nel procedimento nell’ambito del quale è stata rimessa la questione*».

[29] Nella teoria di Kelsen ogni decisione giuridica *crea* la norma particolare (cfr. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, a cura di S. Cotta e Treves, Milano, 1959 (ed. or., 1945), I, 135).

[30] Cosa che, ad oggi, nel giudizio di rinvio non accade. Cfr., da ultimo, Cass., ord. 19 ottobre 2020, n. 22657 (con mia nota critica, *Note critiche sull’irrilevanza del mutamento di giurisprudenza nel corso del giudizio di rinvio*, in *Giur. It.*, 2021, in corso di stampa). V. anche A. Briguglio, «*Creatività* della giurisprudenza, *mutamento giurisprudenziale e giudizio di rinvio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1984, 1380 e seg.

[31] Con chiarezza, M. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2007, 709 e seg.; Id., *Dimensioni del precedente giudiziario*, *ivi*, 1994, 411 e seg. L. Passanante, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018, 61.

[32] S. Chiarloni, *Un mito rivisitato: note comparative sull’autorità del precedente giurisprudenziale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2001, p. 629.

[33] Per i necessari riferimenti, P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma – Bari, 2016, spec. Cap. II, *Sulla odierna fattualità del diritto*, 37; G. Benedetti, “*Ritorno al diritto*” ed ermeneutica dell’effettività, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2017, 3.

[34] P. Grossi, *A proposito de ‘il diritto giurisprudenziale’*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2020, 1 e seg.; Id., *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, ivi, 2017, 869 e seg. Id., *Il giudice civile. Un interprete?*, ivi, 2016, 1135 e seg.

[35] F. C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814.

[36] N. Picardi, *La vocazione per il nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2004, 41 e seg. e anche in *Studi in onore di G. Tarzia*, Milano, 2005, Vol. I, 179 e seg.

[37] L’espressione è di B. Capponi, *È opportuno attribuire nuovi compiti alla Corte di Cassazione?*, in fine.

[38] Sul fenomeno della “dottrina delle corti”, v. i contributi di G. M. Berruti, C. M. Barone, R. Pardolesi, M. Granieri e E. Scoditti, in *La giurisprudenza fra autorità e autorevolezza: la dottrina delle corti*, in *Foro It.*, 2013, 181 e seg.

[39] R. Conti, *Nomofilachia integrata e diritto sovrnazionale. I ‘volti’ delle Corte di Cassazione a confronto*, in *Giustizia Insieme*, 4 marzo 2021, <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-civile/1599-nomofilachia-integrata-e-diritto-sovrnazionale-i-volti-delle-corte-di-cassazione-a-confronto-di-roberto-conti>