

26 SETTEMBRE 2018

Il valore del precedente: attuale dimensione del diritto “vivente”

di Salvatore Sica

Professore ordinario di Istituzioni di diritto privato
Università degli Studi di Salerno

Il valore del precedente: attuale dimensione del diritto “vivente”*

di Salvatore Sica

Professore ordinario di Istituzioni di diritto privato
Università degli Studi di Salerno

Sommario: 1. Del rinnovato interesse per il precedente "vincolante". 2. Il precedente tra teoria delle fonti e dei formanti. 3. I pericoli del diritto "vivente" senza equilibrio tra formanti.

1. Del rinnovato interesse per il precedente "vincolante"

Il tema del precedente e del suo ruolo nell'esperienza giuridica italiana di recente ha assunto uno spazio crescente nel dibattito, e non soltanto degli addetti ai lavori¹.

Soprattutto esso sembra essersi affrancato dall'ambito specifico – anche se irrinunciabile – della riflessione dei cultori del processo civile, consentendo che all'elaborazione di una “teoria del precedente” – ammesso che ne sia possibile una – partecipino sempre più frequentemente studiosi di teoria generale, (del processo e non), cultori del diritto sostanziale, e, a vario titolo, economisti e sociologi.

Ciò ha una giustificazione precisa e comprensibile nella misura in cui la questione non è soltanto della “nomenclatura” delle regole processuali della decisione più o meno vincolante; senza dubbio ai processualisti va riconosciuto il merito indiscusso di aver favorito un simile dibattito con il proprio

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Il dibattito sul valore del formante giurisprudenziale in Italia ha origini risalenti, affondando le proprie radici negli anni Trenta del secolo scorso. In materia, tra i molteplici contributi, si segnalano, in ordine cronologico, quelli di: W. BIGIAMI, *Appunti sul diritto giuridiziaro* (1933), Padova, 1989; L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967; G. GORLA, *Giurisprudenza*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970; L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975; M. CAPPELLETTI, *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, pp. 774 ss.; P.G. MONATERI, *L'occhio del comparatista sul ruolo del precedente in Italia*, in *Contr. impr.*, 1988, pp. 192 ss.; G. GORLA, *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990; M. BIN, *Il precedente giudiziario*, Padova, 1995; M. TARUFFO, *Per un'analisi comparata del precedente giudiziario*, in *Ragion pratica*, 1996, pp. 55 ss.; U. MATTEI, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Digesto civ.*, XIV, Torino, 1996, pp. 148 ss.; R. RODORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, c. 279 ss.; G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'evoluzione storica e teoria*, Napoli, 2007; E. CALZOLAIO, *Riforma del processo di cassazione e precedente giudiziale: riflessioni nella prospettiva della comparazione «civil law-common law»*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 2009, pp. 1003 ss.; F. GALGANO, *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contr. impr.*, 2012, pp. 77 ss.; P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, pp. 869 ss.; G. VETTORI, *La giurisprudenza fonte del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, pp. 869 ss.; A. RICCIO, *La giurisprudenza fonte del diritto*, in *Contr. impr.*, 2017, pp. 857 ss.; A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale*, Padova, 2018.

fondamentale apporto, soprattutto in tema di ricorso per cassazione, in senso ampio, dalla disciplina della sua formulazione c.d. ammissibile, a quella della portata oggettiva e soggettiva del giudicato.

Ma credo che siano maturi i tempi perché una simile riflessione si estenda alle problematiche più ampie delle fonti del diritto o – per meglio dire, dei suoi formanti –, della distinzione tra regole e norma giuridica, della “certezza” del diritto e perché, in ultima analisi, si finisca per approdare al quesito fondamentale sulla dimensione attuale del diritto in un contesto che vede l'affievolimento dei suoi connotati tradizionali – territorialità, precettività ed effettività –².

La stessa espressione “diritto vivente”³, non soltanto è tornata notevolmente in auge dopo un periodo, per dir così, di affievolimento, ma ha visto il fiorire di una molteplice teorizzazione e, quel che più conta, ha ricevuto, in una qualche maniera, una sua formalizzazione legislativa con la l. n. 69 del 2009, che, nell'apportare le ormai cicliche, scoordinate e talora contraddittorie modifiche al processo civile, ha introdotto nell'art. 118, primo comma, disp. att. c.p.c., la previsione che la motivazione della sentenza “consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche delle decisioni, *anche con riferimento ai precedenti conformi*”⁴.

Ecco allora che diventa pressante l'interrogativo non sulla sola nozione di diritto vivente, ma sulla sua portata attuale.

² Come rilevano R. SACCO - P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, 2015, pp. 233-234, «una nuova prospettiva si è diffusa [...]. Ogni sistema giuridico era stato [...] legato ad un'area, entro la quale la sua applicazione era doverosa, e fuori della quale esso mancava di ogni autorità. Ma una nuova realtà si fa strada, da quando il precedente giurisprudenziale che conta ha preso a circolare, per imitazione, da un paese ad un altro, da quanto strati giuridici sovranazionali, ovviamente applicabili nello spazio dello stato, hanno preso a seminare il culto per i valori di cui sono testimoni anche là dove la norma da applicare sarebbe quella statale». Idee analoghe ricorrono in: N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001; S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006.

³ Sul diritto vivente si rinvia, per tutti, a F. SANTORO PASSARELLI, *A proposito del «diritto vivente»*, in *Iustitia*, 1993, p. 54 ss., che si è espresso in termini critici; L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Digesto civ.*, VI, Torino, 1990, p. 445 ss.; C. ESPOSITO, *Diritto costituzionale vivente*, Milano, 1992.

⁴ Realizzando così una motivazione c.d. *per relationem*. Per un approfondimento su questa disposizione, si rinvia a: M. TARUFFO, *La riforma delle norme sulla motivazione della sentenza*, in *Giur. it.*, 2011, c. 243 ss., che si esprime in termini critici sulla reale portata innovativa della novella (v. p. 246); F. SANTANGELI, *Commento agli artt. 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c.*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2010, pp. 822 ss.; M. ACIERNO, *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, pp. 437 ss. In proposito è stato chiarito da Cass. 12 febbraio 2013, n. 3340, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, che «la motivazione di una sentenza può essere redatta *per relationem* rispetto ad altra sentenza, purché la motivazione stessa non si limiti alla mera indicazione della fonte di riferimento: occorre che vengano riprodotti i contenuti mutuati, e che questi diventino oggetto di autonoma valutazione critica, in maniera da consentire poi anche la verifica della compatibilità logico-giuridica dell'innesto motivazionale», nonché da Cass. 6 settembre 2016, n. 17640, in *Giust. civ. Mass.*, 2016, che «la possibilità del "riferimento a precedenti conformi", così esplicitamente consentita, non deve intendersi limitata ai precedenti di legittimità, secondo un'istanza di tutela pervasiva della funzione nomofilattica, ma si estende, nell'ambito di un più ampio disegno di riduzione dei tempi del processo civile, anche a quelli di merito del medesimo tribunale o della medesima corte di appello, ricercandosi palesemente per tale via il beneficio della utilizzazione di riflessioni e di schemi decisionali già compiuti per casi identici o caratterizzati dalla risoluzione di identiche questioni».

Come è stato autorevolmente scritto di recente, con l'espressione diritto vivente si indica un «sistema di precetti che si impongono ai consociati, in un determinato momento storico, in forza di un operante rapporto tra testo e contesto, essendo il contesto caratterizzato anche dalla prevalente interpretazione che di quel determinato testo è stata riconosciuta»⁵.

Per troppo tempo si sono registrate resistenze – direi, in primo luogo culturali – di stampo neopositivista, ad accettare l'idea dell'equilibrio inevitabilmente instabile del “dato normativo” sottoposto al “cimento” applicativo⁶.

Né sembra convincere la posizione di chi, prendendo atto della crisi delle fonti del diritto, si spinge, pessimisticamente, a postulare l'eclissi in sé del diritto (e in particolare del diritto civile)⁷. Né probabilmente è appagante – e sempre senza una prospettiva di respiro – assumere l'inevitabilità dell'“incertezza” del diritto⁸ o, se si preferisce, abbandonarsi all'“incalcolabilità” del diritto, approdo tipico di coloro che, smarrite le certezze date dal positivismo formalista, si sentono all'improvviso persi; peggiore ancora forse può risultare la tesi secondo cui la sola “calcolabilità” del diritto è quella di stampo economico, funzionale al rafforzamento del mercato⁹, dove la “certezza” del diritto si risolve nella valutazione ponderata dei rischi dell'incertezza, ridotti il più possibile a “variabile” neutra.

Un simile contesto è ancora più delicato ove si consideri, si è detto, la metamorfosi delle prerogative tradizionali degli ordinamenti statali per effetto della globalizzazione, della circolazione dei modelli giuridici, della pervasività del diritto (in specie, privato) europeo.

Al deficit crescente di precettività ed effettività dell'ordinamento – inteso nei termini in cui lo abbiamo conosciuto negli ultimi due secoli – non si può rispondere con la mera moltiplicazione delle regole di dettaglio; la disciplina giuridica di Internet – e le debolezze del diritto tradizionale che essa mette a nudo, sino al limite della sua impotenza¹⁰ – dimostra che vi è forse meno bisogno, appunto, di regole, ed invece necessità del ritorno del Diritto, inteso come sintesi di interessi filtrati alla luce di opzioni valoriali.

⁵ N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 20.

⁶ Sulla necessità di liberarsi da ogni ipostasi di segno formalistico, si vedano le riflessioni di N. LIPARI, *Il diritto civile*, cit., pp. 296 ss.

⁷ C. CASTRONOVO, *L'eclissi del diritto civile*, Milano, 2015. in part. pp. 87 ss..

⁸ Per riprendere un'espressione di P. GROSSI, *Sull'odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, pp. 921 ss.,

⁹ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 255, scrive: «lo Stato, indiscusso protagonista giuridico della modernità, si dimostra sempre più incapace di ordinare giuridicamente la società, e la legge sta lasciando il suo trascorso ruolo di strumento essenziale di diritto. Stiamo, ormai, vivendo l'esperienza di poteri diversi da quello politico - in primo luogo, il potere economico - impegnati nel coniare nuovi e più congeniali istituti giuridici; e stiamo parimente vivendo una proiezione che è sempre più globale, che tende ad astrarre dalle confinazioni spesso insensate delle frontiere statuali».

¹⁰ Osserva N. IRTI, *Norma e luoghi*, cit., p. 66, che «[s]i delineano problemi giuridici, gravi e inattesi. Gli scambi si disgiungono dall'accordo: offerta e scelta convergono sulle cose (le quali, dismessa ogni tangibile fisicità, ci appaiono in semplici figure). La perdita dei luoghi non consente l'immediata individuazione del diritto applicabile.

Il tema del richiamo ai valori, infatti, fa da sfondo alla riflessione in essere. Non si tratta di un tentativo di riproporre ipostasi, che si risolverebbero in un fattore di chiusura.

Viceversa, è indispensabile comprendere che, come è stato rilevato, la decisione in base a “razionalità sussuntiva” non è più in grado di fornire certezze, o quantomeno, non ne offre di più di quante ne può assicurare la decisione radicata sui valori¹¹.

2. Il precedente tra teoria delle fonti e dei formanti

La premessa svolta non è estranea – ed anzi lo condiziona – al dibattito sul significato del precedente nel nostro sistema ordinamentale.

Ogni discorso al riguardo, perché abbia un senso sostanziale e non sia “ipotecato” o, se si vuole, soffocato dalle dispute sulle sole regole processualistiche, va anche ricondotto alla verifica dell’attuale incidenza dei formanti nell’emersione della norma, intesa quale “regola, operativa” applicabile al caso concreto o alla classe di casi ad essa riconducibili.

Il profilo dei formanti – creatori della norma giuridica e fattori di implementazione del diritto vivente – come è noto si deve alla riflessione comparatistica¹².

Da ultimo si intensifica il riferimento all’apporto del diritto comparato e sembra “preistorico” il dilemma di qualche decennio fa sul se la comparazione giuridica sia metodo o scienza¹³. Semmai vanno sottolineate le avvertenze di coloro che mettono in guardia da un generico approccio comparatistico che può condurre ad approssimazioni o semplificazioni concettuali¹⁴.

Il dove giuridico attende nuovi criteri». Sia consentito altresì il rinvio a S. SICA - G. GIANNONE CODIGLIONE, *La libertà fragile. Pubblico e privato al tempo della rete*, Napoli, 2014.

¹¹ N. LIPARI, *Il diritto civile*, cit., pp. 3 ss., ma si veda pure ID., *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013; P. GROSSI, *Sull'odierna "incertezza"*, cit., p. 944, scrive: «[l]a legge esige di essere obbedita senza essere interpretata [...]. I principii pretendono, al contrario, di essere interpretati, in ragione della loro indeterminatezza ed elasticità. Qualità queste (pregi per chi vi guardi con occhio storicistico, difetti per chi si rifà volentieri alle geometrie immobili rese possibili da leggi generali ed astratte) che hanno bisogno dell'interprete, sia esso dottrinario o giudice o semplice pratico; un interprete che non è chiamato tanto a spiegare e chiarire, bensì investito di una funzione valutativa che gli permetta di individuare il principio nel concreto dell'esperienza e convertirlo in strumento efficacemente disciplinatore del magma sociale. L'asse portante della nostra civiltà post-moderna è necessariamente spostata da un nomoteta (troppo spesso impotente o sordo) all'interprete, soprattutto al giudice».

¹² V. R. SACCO, *Legal formants: a dynamic approach to Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, Parte 1, Vol. 39, n. 2, 1991, pp. 1 ss.; ID., *Legal formants: a dynamic approach to Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, Parte 2, Vol. 39, n. 2, 1991, pp. 343 ss.; ID., *Formante*, in *Dig. civ.*, VIII, Torino, 1992, pp. 438 ss.

¹³ Come noto, negli anni Cinquanta autorevolissimi studiosi hanno aderito alla tesi secondo cui la comparazione altro non sia altro che un metodo della ricerca giuridica, si vedano H.C. GUTTERIDGE, *Comparative Law*, Cambridge, 1949; R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Parigi, 1950.

¹⁴ Come rilevato in R. SACCO - P. ROSSI, *Introduzione*, cit., pp. 6-7, un tale modo di intendere la comparazione è stato definitivamente superato: «[l]'idea che collega comparazione e constatazione delle concordanze era destinata

È il caso di chi evoca l'esperienza anglosassone in tema di precedente, segnalando – e in taluni casi esaltando – il modello dello *stare decisis* come strumento di certezza “dinamica” del diritto, in un processo simmetricamente opposto a quello che era stato definito di *Civilisation de la Common Law*¹⁵.

In altre parole, sarebbe naturale il percorso che conduce alla giurisprudenza come fonte ed opporvisi risulterebbe frutto di miopia e di provincialismo culturale.

In realtà, a tacere della generica (ed inaccettabile) definizione *omnibus* di *Common Law* (è risaputo che non di ma dei *Common Law* occorre discorrere), questa lettura comparatistica di superficie, magari ascrivibile a chi per lungo tempo ha guardato con perplessità o supponenza intellettuale l'elaborazione degli autori attenti ad esperienze giuridiche "altre", rischia di essere fuorviante. È certo, infatti, che le categorie “unificanti”, che tendono a riassumere in classificazioni fenomeni magari soltanto in parte coincidenti mal si addicono ad una seria ricerca comparatistica.

Si prenda il caso del valore del precedente: soltanto una banalizzazione ricostruttiva può prescindere dal presupposto ineludibile dei contesti, trascurando che per il *Common Law* “*Fact is Law*”, mentre il teorema della sussunzione da sempre, nel diritto continentale, è fondato sul binomio “Fatto e diritto”.

Di contro, semmai, pur nella consapevolezza del pericolo di un'ulteriore generalizzazione approssimativa, non è improprio affermare che la lezione fondamentale del diritto comparato, in materia, sia lo smascheramento della non assolutezza della ricostruzione di matrice francese, che si fonda sul celebre insegnamento di Montesquieu, che vedeva, in *De L'Esprit des lois*, il giudice come *être inanimé*, “mera bocca che pronuncia le parole della legge”¹⁶.

Troppa acqua è passata sotto i ponti dell'esperienza giuridica, in particolare continentale, perché possa reggere ancora il modello tripartito secondo il quale il legislatore è il formante principale, espressione della capacità politica di selezione di interessi; la dottrina si confronta con il dettato legislativo, che, anche senza assecondare una deriva meramente esegetica, è tuttavia il riferimento principale se non esclusivo, mentre, dal canto suo, il giudice è espressamente – nel nostro caso costituzionalmente (art. 101 Cost.) – sottoposto alla legge.

Le motivazioni della crisi di un simile schema ricostruttivo sono molteplici e spesso sono concause.

ad essere messa in crisi non appena il giurista romanista scoprisse i sistemi di *common law* e non appena il giurista dello standard culturale euroamericano scoprisse il diritto dei paesi asiatici. O per queste ragioni, o per altre, la versione ispirata alla ricerca dell'unità non sopravvisse oltre i tempi della prima guerra mondiale».

¹⁵ H.P. GLENN, *La civilisation de la common law*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1993, pp. 559 ss.

¹⁶ C.L. MONTESQUIEU, *L'Esprit del lois* (ed. a cura di S. Cotta), Torino, 1973, p. 278. Sulla c.d. scuola dell'esegesi, si rinvia a J. BONNECASE, *L'école de l'exégèse en droit civil*, Parigi, 1924. Per le una sintesi delle tappe che hanno portato in Franca alla riscoperta del valore formativo del precedente, invece, si veda R. SACCO - P. ROSSI, *Introduzione*, cit., pp. 203 ss.

Si pensi alla stagione della legislazione speciale o della decodificazione, rilevante più che altro per la manifestazione del “balbettio” del legislatore, incapace di un disegno complessivo o di sistema, in conseguenza della crisi dell’ autorità politica prima e statale poi¹⁷.

Ma non è detto che tale processo vada associato ad una negatività: il modello del centralismo del legislatore va in *default* anche in connessione all’ emersione dei valori costituzionali ed alla correlata esigenza di un’ interpretazione, appunto, costituzionalmente orientata e, da ultimo, “comunitariamente” orientata.

Insomma pare trovare conferma l’ insegnamento di Jhering che esorta a considerare i mutamenti del contesto storico, sociale ed economico, poiché non si può credere “nell’ immutabilità dei concetti giuridici”¹⁸.

E sembra riecheggiare più forte il monito bettiano, quanto all’ interpretazione giuridica di un ordinamento di diritto positivo, a non arrendersi “al senso originario della norma”, atteso che “occorre fare un passo avanti, perché la norma lungi dall’ esaurirsi nella sua primitiva formulazione, ha vigore attuale ed è destinata a passare e a trasformarsi nella vita sociale a cui deve servire”¹⁹.

Dunque, *das lebende Recht* è anche *droit flexible* basato sui principi che sono o emanazione o *medium* dei valori, epoca per epoca, preferiti.

Ma un diritto così concepito è il risultato di un’ incessante opera di bilanciamento e, quel che più conta, impone o presuppone l’ equilibrio dei formanti ed il loro reciproco apporto.

3. I pericoli del diritto "vivente" senza equilibrio tra formanti

Il discorso sul precedente deve tenere conto del descritto quadro di riferimento. Non è, infatti, senza significato l’ abbandono dell’ idea della norma che si interpreta in maniera ancillare e si applica al caso concreto.

Se l’ interpretazione, finalizzata all’ applicazione risente – forse, ha sempre risentito – del contesto in cui si cala la previsione normativa, diventa necessario il contributo di una “comunità interpretativa”, che è composta, più o meno, dal legislatore, che di solito, fa la prima mossa, la dottrina, che attribuisce una gamma di significati al postulato legislativo, e la giurisprudenza, che assicura l’ indispensabile adeguamento fra testo e contesto²⁰.

¹⁷ N. IRTI, *L’ età della decodificazione*, Milano, 1979; R. SACCO, *Codificazione, ricodificazione, decodificazione*, in *Digesto civ.*, Agg. V, Torino, 2010, pp. 319 ss.

¹⁸ R. VON JHERING, *Geist des römischen Recht auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 1838, IV ed., Leipzig, 1988, p. 314.

¹⁹ E. BETTI, *L’ interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, p. 17 e p. 34.

²⁰ N. LIPARI, *L’ interpretazione giuridica come fatto comunitario (Spunti di riflessione)*, in *Per Saturam. Studi per Saverino Caprioli*, II, Spoleto, 2008, p. 539; ID., *Il diritto civile*, cit., p. 51: «[d]ottrina e giurisprudenza creano interagendo. [...]

I molteplici indizi – anzi, probabilmente sono prove – dell'introduzione nel nostro ordinamento di un modello di “precedente vincolante”, pur estraneo alla nostra cultura giuridica, di per sé non sarebbero allarmanti. E tali indizi sono facilmente rinvenibili.

Alludo, per esempio, all'art. 384, comma 2, c.p.c. ove si discorre di “effetto vincolante” della decisione di Cassazione quando, accolto il ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, viene enunciato il principio “al quale il giudice di rinvio deve uniformarsi”²¹; oppure si pensi all' art. 393 c.p.c. che, per l' ipotesi di estinzione del giudizio di rinvio, precisa che la sentenza della Corte di Cassazione “conserva il suo effetto vincolante anche nel nuovo processo che sia instaurato con la riproposizione della domanda”.

Ma di precedente vincolante si può discorrere anche in relazione alle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

In apparenza, in tutte le altre ipotesi, non sarebbe configurabile il dovere del giudice di conformarsi alle decisioni precedentemente emesse dagli altri giudici, di pari grado o di grado superiore. Il condizionale è tassativamente d'obbligo. Basti por mente all'art. 374, comma 3, quanto all'incidenza delle Sezioni Unite della Cassazione sulle sezioni semplici²², o all'art. 118, comma 1, disp. att. c.p.c. di cui si è già fatto cenno.

Entrambe non si limitano ad offrire la conoscenza di un diritto interamente formato, ma contribuiscono alla stessa formazione del diritto, all'interno di una collettività che è l'unica in grado di offrire i parametri di giustizia per la verificabilità delle soluzioni offerte. Esse finiscono inevitabilmente per parlare ai consociati, dei quali sono peraltro le più attente ascoltatrici, anche quando la legge pretende [...] di essere l'unica a parlare».

²¹ In caso di impugnazione della decisione del giudice di rinvio, da tale principio la stessa Corte di Cassazione non potrà distaccarsi, neppure se fosse *medio tempore* mutata la propria giurisprudenza, c.d. *autoprecedente*. In proposito v. Cass. 31 luglio 2006, n. 17442, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Rinvio civile*, n. 20, relativa alla vecchia formulazione dell'art. 384 c.p.c., ma tutt'oggi valevole (v., da ultimo, Cass. 15 novembre 2017, n. 27155): «l'enunciazione del principio di diritto vincola il giudice di rinvio che ad esso deve uniformarsi anche se nel frattempo siano intervenuti mutamenti in seno alla giurisprudenza di legittimità. Ugualmente la Corte di cassazione, nuovamente investita del ricorso avverso la sentenza pronunciata dal giudice di merito, deve giudicare muovendo dal medesimo principio di diritto precedentemente enunciato e applicato dal giudice di rinvio, senza possibilità di modificarlo neppure sulla base di un nuovo orientamento della stessa Corte, salvo che [...] la norma da applicare in relazione al già enunciato principio di diritto risulti successivamente abrogata, modificata o sostituita per effetto di *jus superveniens*, comprensivo sia dell'emanazione di una norma di interpretazione autentica sia della dichiarazione di illegittimità costituzionale». Conformi: Cass. 28 maggio 2003, n. 8485, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Cassazione civile*, n. 294; Cass. 24 maggio 2007, n. 12095, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, p. 5; Cass. 21 agosto 2004, n. 16518, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Rinvio civile*, n. 13.

²² Secondo R. RODORF, *Stare decisis*, cit., c. 284, tale disposizione merita attenzione in quanto rappresenta la prima affermazione da parte dell'ordinamento del valore legale del precedente. In termini analoghi si è pure espresso A. RICCIO, *La rivitalizzazione legislativa della funzione nomofilattica della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2006, pp. 825 ss., p. 827. Ha ritenuto l'art. 374 norma di grande valore sistematico A. CARRATTA, *Pronuncia a sezioni unite*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007, pp. 405 ss., p. 412. Una norma analoga si ritrova sia nella disciplina della Corte dei Conti (art. 1, comma 7, d.l. 15 novembre 1993, n. 453, conv. con mod. nella l. 14 gennaio 1994, n. 19, modificato dall'art. 42 della l. 69/2009), che del Consiglio di Stato (art. 99, comma 3, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104).

Di estrema rilevanza è poi, l' art. 360 bis c.p.c. che prevede, quale causa di irricevibilità del ricorso in cassazione il caso in cui il provvedimento impugnato ha deciso la questione di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa²³.

E sempre al pericoloso “crocevia” tra precedente rilevante e dichiarazione di inammissibilità del ricorso si colloca l'art. 348 *ter.* c.p.c. (introdotto con l'art. 54 l. n. 134/2012), laddove stabilisce che: “all'udienza di cui all'art. 350, il giudice, prima di procedere alla trattazione, sentite le parti, dichiara inammissibile l'appello, a norma dell'art. 348 *bis*, I comma, con ordinanza succintamente motivata, anche mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e il riferimento a precedenti conformi”²⁴.

Apertis verbis, la non vincolatività del precedente nella nostra esperienza giuridica appare sempre più una mera affermazione tralatticia.

Certo le giustificazioni teoriche all'incremento di effetto vincolante del precedente sono numerose, anche se prevalentemente concentrate sull'esigenza di prevenire fenomeni di disomogeneità degli orientamenti, di imprevedibilità delle soluzioni giudiziarie, e, in estrema analisi, di disparità e incertezza del diritto, come si è già sottolineato in precedenza.

Dunque, chi ha paura del diritto vivente?

Razionalmente e culturalmente è antistorica la battaglia contro il diritto vivente. Fa, però, spavento il diritto vivente se rapportato allo squilibrio tra formanti e se, di conseguenza, si assiste ad un precedente impermeabile ai formanti normativi e tutto interno alla sola genesi giurisprudenziale autoreferenziale.

Non si può ignorare la debolezza attuale del legislatore: normative censurabili sin dal piano lessicale riflettono, in realtà, l'incapacità politica di fare sintesi al più alto livello degli interessi e valori in gioco. Addirittura non è mistero che un legislatore “balbettante” ed incerto, specie in relazione a “temi sensibili”, adotti testi legislativi dolosamente preordinati all'implementazione o integrazione giurisprudenziale²⁵.

²³ Sul punto è però intervenuta la fondamentale Cass. S.U. 6 settembre 2010, n. 19051, in *Foro it.*, 2010, c. 3333 ss., che ha interpretato la disposizione enunciando il seguente principio di diritto: «[l]a Corte *rigetta* il ricorso, perché manifestamente infondato, se, a momento in cui pronuncia, la decisione di merito si presenta conforme alla propria giurisprudenza e il ricorso non prospetta argomenti per modificarla». In proposito si vedano le osservazioni di G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 6 ss.; S. ZORZETTO, *Le sezioni unite civili e la giurisprudenza della Cassazione*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, pp. 400 ss.

²⁴ In tema M. BOVE, *La pronuncia di inammissibilità dell'appello ai sensi dell'art. 348 bis e 348 ter c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, pp. 389 ss. Per un inquadramento nel più ampio contesto della riforma, v.: A. MOTTO, *Gli interventi legislativi sulla giustizia civile del 2011 e 2012*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, pp. 575 ss.; M. COMASTRI, *Note sulla recente riforma della Cassazione e dell'appello*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, pp. 685 ss.

²⁵ A tale sorte sembrano destinate le ultime due più rilevanti riforme in tema di diritti civili e, segnatamente, la l. 20 maggio 2016, n. 76, recante *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, nonché la l. 22 dicembre 2017, n. 219, recante *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*.

Dal canto suo, la dottrina pare aver smarrito la capacità di ricostruzione (e, dunque, “guida”) sistematica. Si moltiplicano le rassegne giurisprudenziali o le opere indotte dai precedenti giurisprudenziali.

Per esemplificare, sembra un miraggio il contesto in cui maturò la celeberrima pronuncia, in quel caso della Corte Costituzionale, n. 184 del 1986²⁶, sul danno biologico, vera espressione della sinergia tra la dottrina e la giurisprudenza, cui il legislatore darà seguito (neppure compiuto) più tardi.

Anzi, a ben riflettere, dietro il fenomeno delle sentenze – soprattutto, ma non soltanto, di cassazione – che fanno sfoggio di dottrina (si è usata l’espressione, al riguardo, di “dottrina giurisprudenziale” o anche di “giurisprudenza dottrinale”²⁷), si cela una spinta ulteriormente e pericolosamente autoreferenziale.

Urgente si fa la necessità di riflessione, allora, sul riequilibrio dei formanti, che passa sì da un più complessivo sforzo culturale, per un’auspicabile ripresa di autorevolezza (si dica pure, politica) del legislatore, ma che, *medio tempore*, prevenga innovazioni normative che rafforzino la spinta della giurisprudenza di dialogare soltanto al suo interno.

In questa prospettiva paiono interessanti e da incentivare gli sforzi dell’avvocatura istituzionale per pervenire ad una giurisdizione “condivisa”, dove la decisione sia espressione anche dell’apporto difensivo, in fatto e in diritto.

Nella stessa irrinunciabile prospettiva si colloca l’impegno per l’inserimento in Costituzione del ruolo dell’avvocato.

In attesa che i formanti trovino un nuovo equilibrato assetto, occorre che quello giurisprudenziale si liberi dalla tentazione di passare da *bouche de la loi* a interprete *esclusivo* del sentire sociale.

²⁶ Corte cost. 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, c. 2053 ss.; tra i molteplici commenti a tale pronuncia si ricordano quelli di G. ALPA, *Danno biologico - Questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, pp. 547 ss.; M. DOGLIOTTI, *La corte costituzionale riconosce la risarcibilità del danno alla salute*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, pp. 700 ss.; G.B. FERRI, *Il risarcimento del danno biologico nel sistema della responsabilità civile*, in *Giur. cost.*, 1986, pp. 1716 ss.

²⁷ V. F.D. BUSNELLI, *Azioni risarcitorie e "principi giurisprudenziali"*, in *Contr. impr.*, 2014, pp. 8 ss.