

## NOMOFILACHIA E DIRITTO GIURISPRUDENZIALE<sup>(\*)</sup>

di Giovanni Canzio

SOMMARIO: 1. Sulla crisi del sistema dei precedenti. – 2. Nomofilachia e postmoderno. – 3. Nomofilachia e calcolabilità. – 4. Nomofilachia e fattispecie. – 5. Nomofilachia e fonti. – 6. Nomofilachia e solipsismo. – 7. La modernità della nomofilachia. – 8. La nomofilachia discorsiva. – 9. Lo *stare decisis* attenuato. – 10. L'entimema giudiziale.

### 1. Sulla crisi del sistema dei precedenti.

A differenza di altre Corti supreme europee (non parliamo di quella americana o inglese, che per noi sono inaccessibili), la Corte suprema italiana tratta in media ottantatremila ricorsi l'anno.

Pertanto, le discrasie nella lettura dei precedenti, ovviamente da evitare, soprattutto se le decisioni vengono dal massimo consesso delle Sezioni unite, sono nell'"ordine delle cose".

Nonostante più volte l'attenzione del legislatore sia stata richiamata su questo fenomeno, e cioè sull'"assedio" della Corte di cassazione, soltanto ora si comincia a vedere un po' di luce.

Mi riferisco alla recente riforma del processo civile di cassazione (d.l. 31 agosto 2016, n. 168, convertito dalla l. 25 ottobre 2016, n. 197).

Come già avviene in Francia, Germania, Spagna e altrove, finalmente anche da noi sarà possibile trattare con il rito dell'udienza pubblica, e quindi definire con sentenza, la sola quota di ricorsi che hanno valenza "nomofilattica" e che hanno quindi un rilievo tale da poter assumere i connotati del "precedente" in senso stretto.

Del resto, è una regola matematica: la forza e l'efficacia di un precedente è inversamente proporzionale alla quantità e al numero dei precedenti; più precedenti ci sono, meno forte è ciascuno di essi (c.d. inflazione dei precedenti).

Nasce da qui il bisogno di riforme incisive, che configurino un'autentica "Corte del precedente", in luogo di una mera "Corte della revisione".

---

\* Il presente scritto è il testo, integrato da note, dell'intervento svolto dall'Autore all'incontro-dibattito in occasione della pubblicazione di *Diritto Pubblico*, n. 2/2016, su "Giudici e legislatori". Il contributo è destinato al n. 1/2017 della medesima rivista, che ringraziamo per averne consentito la pubblicazione anche su *Diritto penale contemporaneo*.

Si è disposti ad accettare di buon grado il ricorrente addebito circa le disfunzioni del sistema dei precedenti, a condizione che si ricerchino le vere cause del fenomeno, non tutte nelle mani dei giudici di cassazione<sup>1</sup>.

## 2. Nomofilachia e postmoderno.

Nell'analisi sulle cause delle disfunzioni e sulle possibilità di recupero del sistema dei precedenti è centrale il tema dell'*inventio*, quale peculiare attività di ricerca giudiziale<sup>2</sup>.

A questo tema è associato l'altro – non meno impegnativo – se il diritto giurisprudenziale possa costituire un “formante” dell'ordinamento, o almeno un “co-formante” insieme alle altre fonti del diritto<sup>3</sup>.

Nel cuore di questi problemi, il giudice di legittimità si misura con la “nomofilachia”.

La fonte primaria dell'istituto risale alla disposizione dell'art. 65 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, norma che le riforme ordinamentali non hanno toccato e che è giunta intatta fino a noi.

Attribuita alla Corte di cassazione la qualità di “organo supremo della giustizia”, la norma le conferisce la funzione di assicurare “l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale”.

Non solo l'istituto della nomofilachia ha conservato inalterata la sua base normativa dal 1941 ad oggi; negli ultimi lustri, esso ha manifestato una nuova forza espansiva, se è vero che il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, si intitola “Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica”.

“Nomofilachia” non è più solo un termine accademico, dunque, ma è ormai anche un termine normativo.

Evidentemente, il legislatore ha deciso di rilanciare questo concetto operativo in funzione di governo dell'impetuosa fluidità del diritto contemporaneo.

La nomofilachia è la risposta legislativa alla postmodernità del discorso giuridico.

---

<sup>1</sup> Spunti preziosi – ad esempio sulla crisi del normativismo e le tecniche di legistica – emergono dal dibattito *Giudici e legislatori*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2016, p. 483 ss.

<sup>2</sup> Per la “funzione inventiva” del giurista, P. GROSSI, *Ordine, compattezza, complessità. La funzione inventiva del giurista, ieri ed oggi*, Napoli, 2012, poi in ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, 2<sup>a</sup> ed., Roma-Bari, 2015, p. 95 ss.; sul ruolo del “giudice inventore” nella complessità postmoderna, ID., *Il giudice civile. Un interprete?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1135 ss.

<sup>3</sup> Per la teoria dei “formanti giuridici”, R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *39 The American Journal of Comparative Law*, 1991, p. 1 ss., p. 343 ss.

### 3. Nomofilachia e calcolabilità.

Il lessico matematico e geometrico dell'art. 65 ("esatta osservanza", "uniforme interpretazione", "unità del diritto") contrasta con tutto ciò che agevolmente riconosciamo nel diritto giurisprudenziale, la poliedricità, la pluralità e la ricchezza, connotazioni che derivano dall'essere la scienza giuridica una *soft science* e non una "scienza dura".

Vero che, in qualche modo, nella legge ordinamentale del 1941 precipitava un razionalismo formale di stampo weberiano.

Per Max Weber, la macchina della giustizia e il giudice quale partecipa del funzionamento della macchina sono strumenti della certezza del diritto in funzione propulsiva del sistema economico: la "calcolabilità del diritto" è la condizione preliminare dello sviluppo dei traffici<sup>4</sup>.

L'attuale diffusione di questa visione economicistica non può far velo al suo carattere sostanzialmente irrealistico.

Irrealistico se non altro per la grave crisi che oggi attraversa la "fattispecie", paradigma unificante della dogmatica razionale.

### 4. Nomofilachia e fattispecie.

Cardine dell'apparato formale di marca weberiana, la fattispecie consente di perseguire la certezza del diritto attraverso meccanismi razionali di tipo sillogistico.

Il giudice opererebbe come una sorta di "automa", rendendo il diritto "prevedibile, calcolabile, applicabile" nella genericità di casi simili e uguali.

La teoria razionalistico-formale dimentica *l'ubi consistam* della giurisdizione, rivendicando unità e semplicità, laddove l'analisi postmoderna evidenzia pluralità e complessità.

Oggi si riconosce che quel paradigma unificante – la fattispecie – è in crisi profonda.

Molti cultori del diritto civile vivono con pessimismo la disgregazione della fattispecie.

Sono intrisi di questo cupo sentimento i lavori di Natalino Irti, lo studioso cui dobbiamo l'accostamento tra "crisi della fattispecie" e tramonto della "calcolabilità weberiana"<sup>5</sup>.

Carlo Castronovo ha intitolato un libro all'"eclissi" del diritto civile<sup>6</sup>.

Nicolò Lipari ha destrutturato numerose categorie della tradizione dogmatica<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922, ed it. a cura di P. Rossi, *Economia e società*, Milano, 1961.

<sup>5</sup> N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 987 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 11 ss.; ID., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 917 ss.

<sup>6</sup> C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

<sup>7</sup> N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013.

La crisi sembra potersi dirigere verso un approdo nichilistico.

## **5. Nomofilachia e fonti.**

Le ragioni della crisi sono note, tra queste la proliferazione delle fonti, in termini non solo quantitativi, ma anche qualitativi, ch  talvolta l'interprete neppure   in grado di individuare la fonte che regola il caso.

Il giudice deve confrontarsi con fonti "non nazionali" e col diritto giurisprudenziale convenzionale o eurounitario.

L'alterazione del sistema tradizionale delle fonti   accentuata dalla struttura decisionale "multilivello".

Tra le decisioni della Corte costituzionale, della Corte di giustizia, della Corte dei diritti dell'uomo non c'  una relazione piramidale.

Quando si parla del "dialogo tra le Corti" non si utilizza un termine astratto, ma si riconosce che, senza una dialettica tra le istanze decisionali, una dialettica talvolta anche "muscolare", non   possibile trovare la regola del caso fra i livelli equiordinati del sistema.

## **6. Nomofilachia e solipsismo.**

Poi c'  il linguaggio del legislatore, che non   mai stato del tutto prescrittivo, ma che oggi   molto meno prescrittivo di un tempo.

Quel linguaggio   divenuto sempre pi  descrittivo e programmatico.

Si pensi alle clausole generali, che tanto sollecitano gli studiosi del diritto civile, e quindi l'equit , la buona fede, la solidariet  costituzionale.

Intessuta nella trama normativa, la clausola generale conduce l'esegesi a uno stadio assiologico, esigendo che l'interprete si confronti con i "valori" del caso concreto.

Occorre evitare che tutto ci  determini incalcolabilit  del diritto, imprevedibilit  della decisione e disuguaglianza dei cittadini.

Non giova che a dipanare questo intreccio sia chiamato un giudice monocratico, non giova cio  la rinuncia dell'ordinamento al bene della collegialit .

Quella del "giudice monade"   una scorciatoia inutile e pericolosa, che rischia di alimentare forme di solipsismo giudiziario.

Isolato nel suo potere, il giudice perde l'equilibrio del dialogo.

## **7. La modernit  della nomofilachia.**

La nomofilachia   l'antidoto pi  forte all'incertezza e alla fluidit  dell'esperienza giuridica postmoderna.

  chiaro tuttavia che l'istituto non pu  essere pensato come lo era nell'ordinamento del 1941.

L'evocazione del legislatore del 2006 va messa sotto il segno del rinnovamento.  
Non è più tempo di esattezza matematica e unità del diritto, giustizia meccanica e giudici automa.

In particolare, dobbiamo guardarci da una nomofilachia "verticale", riservata alla Corte di cassazione e declinata in senso gerarchico.

La nomofilachia moderna non può essere che "orizzontale", "circolare" e "cetuale".

Essa trova il naturale punto di sintesi nella Corte di cassazione, ma è promossa dai giudici di merito, i primi a confrontarsi con la fluidità sociale; e torna ai giudici di merito, che misurano gli effetti pratici della giurisprudenza di legittimità.

Non le magistrature soltanto, bensì tutto il "ceto dei giuristi" fa nomofilachia.

Fondamentale è il ruolo critico della dottrina, alla quale compete l'analisi delle soluzioni e l'elaborazione delle alternative.

Ancora, la moderna nomofilachia non può essere che "dinamica", poiché una nomofilachia "statica" costruisce una "gabbia della ragione"<sup>10</sup>.

La nomofilachia deve mettere nel conto la fallibilità e l'obsolescenza dell'interpretazione giurisprudenziale, ponendo ascolto alle voci che si levano da una società in continua evoluzione.

## 8. La nomofilachia discorsiva.

L'obiettivo di contenere la liquidità del diritto postmoderno resta affidato alla nomofilachia come procedura di formazione del precedente.

Questa concezione "procedurale" si ispira alla teoria discorsiva elaborata da Jürgen Habermas<sup>11</sup>.

La decisione giudiziale è un "agire comunicativo orientato all'intesa", retto da una "etica del discorso" basata sulla forza degli argomenti e non sugli argomenti della forza.

Una regola procedurale della nomofilachia si trova nella disposizione dell'art. 374 c.p.c., introdotta dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40: la Sezione semplice della Corte di cassazione che intenda distaccarsi da un precedente delle Sezioni unite – perché «non

---

<sup>8</sup> Sulla crisi della nomofilachia e dei valori che essa persegue, S. CHIARLONI, *In difesa della nomofilachia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 123 ss.

<sup>9</sup> Per l'idea della "comunità interpretativa", N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1153 ss.

<sup>10</sup> Felice espressione di Pino Borrè, per il quale la nomofilachia non è un valore assoluto, ma solo un metodo, è il dovere funzionale di tener ferma la soluzione ragionevole finché non ne emerga un'altra più rispondente all'evoluzione sociale (G. BORRÈ, *La Corte di cassazione oggi*, in *Il diritto giurisprudenziale*, a cura di M. Bessone, Torino, 1996, p. 157 ss.).

<sup>11</sup> J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt a.M., 1981, ed. it. a cura di G.E. Rusconi, *Teoria dell'agire comunicativo*, Bologna, 1986; ID., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, Frankfurt a.M., 1992, ed. it. a cura di L. Ceppa, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996.

condivide», dice la norma – deve rimettere la questione alle Sezioni unite con un’ordinanza motivata.

Quindi, si riconoscono la fluidità e la fallibilità del precedente, seppur formatosi al massimo livello dell’ordinamento giudiziario, e tuttavia si costruisce una regola di metodo che conferisce ordine discorsivo al dinamismo nomofilattico.

### 9. *Lo stare decisis attenuato.*

Ormai una forma attenuata di *stare decisis* ci avvicina ai sistemi di *common law*.

La dicotomia classica basata sulla diversa forza del precedente – “vincolativo” in *common law* e solo “persuasivo” in *civil law* – mostra oggi la corda.

Infatti, metodiche codificate di formazione del precedente approssimano un originale modello di *stare decisis*<sup>12</sup>.

Lungo questa prospettiva, un ruolo essenziale esercita la motivazione dei provvedimenti.

La legittimazione della giurisdizione e della magistratura si fonda proprio sulla motivazione, quale spiegazione razionale della decisione.

Il processo è il luogo del contraddittorio fra ragioni.

Del resto, il termine “ragione” è usato dai codici di rito anche per gli atti di parte, se è vero che i difensori quando impugnano devono esplicitare le ragioni di confutazione.

Così, il giudice che disattende un precedente deve opporre ad esso ragioni nuove.

### 10. *L’entimema giudiziale.*

Quanto detto finora riguarda essenzialmente la *quaestio iuris*, ma la *inventio* del giudice concerne anche e primariamente la *quaestio facti*.

La ricostruzione del fatto si basa sull’inferenza di probabilità e sul sillogismo del verosimile (l’entimema aristotelico), il che reclama *a fortiori* una giustificazione congrua e partecipata.

Anche in ordine al fatto, quindi, non solo in ordine al diritto, il contraddittorio e la motivazione sono presidî di legalità razionale; sono, in ultima analisi, fonti di legittimazione<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> In qualche misura, è stato accolto l’invito a “codificare la nomofilachia”, in funzione di un avvicinamento allo *stare decisis* anglosassone e alla *doctrina legal* spagnola: F. GALGANO, *Stare decisis e no nella giurisprudenza italiana*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 1 ss.

<sup>13</sup> M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 11 ss.