

La nomofilachia nel pensiero di Piero Calamandrei

GIULIO DONZELLI

*Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale*

16 ottobre 2024

Riassunto

Il contributo analizza le radici del concetto di nomofilachia nel pensiero di Piero Calamandrei al fine di svolgere alcune riflessioni sui più recenti sviluppi normativi e sul loro impatto sul peso assunto dal precedente in seno al nostro ordinamento.

Parole chiave: *Nomofilachia; Piero Calamandrei; Cassazione; Precedente.*

Sono diverse le occasioni in cui Piero Calamandrei ha reso il proprio contributo scientifico e civile calandosi nel vivo dell'esperienza giuridica del suo tempo, una stagione caratterizzata da grandi riforme, come in particolare quelle degli anni Quaranta. È così che egli è entrato nella fucina del legislatore, prima nell'ambito dei lavori della Commissione ministeriale di riforma del Codice di procedura civile istituita nel 1939 dal Guardasigilli Dino Grandi, poi nell'Assemblea costituente, all'alba del nuovo ordinamento democratico. In entrambi questi consessi Calamandrei ha svolto un ruolo centrale e nel primo caso ha assunto una vera e propria funzione propulsiva.

Sui lavori della Commissione di riforma del Codice di rito si sono soffermati studi recenti¹, che hanno arricchito di nuovi elementi l'ampio e aperto dibattito sulle matrici dottrinarie del Codice di rito. Nell'ambito di tale dibattito risulta tendenzialmente condivisa l'idea che il Codice – al di là della propaganda artatamente inserita nella *Relazione al Re*² – sia il frutto non già della pretesa rivoluzione fascista degli istituti processuali, ma piuttosto del complesso processo di

¹ GUIDO ALPA, SILVIA CALAMANDREI, FRANCESCO MARULLO DI CONDOJANNI (a cura di), *Piero Calamandrei e il nuovo Codice di procedura civile (1940)*, il Mulino, Bologna, 2018.

² Cfr. *La Relazione al Re del Ministro Guardasigilli*, edizione a cura di Giulio Donzelli, in GUIDO ALPA, SILVIA CALAMANDREI, FRANCESCO MARULLO DI CONDOJANNI (a cura di), *op. cit.*, pp. 23-124. L'edizione critica, basata sul confronto tra il manoscritto di Calamandrei e il testo della *Relazione al Re* pubblicato in *Gazzetta Ufficiale*, ha consentito di far luce sulle manipolazioni di cui il testo redatto dallo studioso fiorentino era stato oggetto ad opera dei funzionari del regime fascista. Sono emerse così differenze assai significative, che dimostrano la pervasività delle modifiche, tutte marcatamente politiche, apportate al manoscritto di Calamandrei al fine di conferirgli «quel carattere fascista che esso [...] non aveva» (cfr. PIERO CALAMANDREI, *Diario*, I, 1939-1941, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 2015, p. 272).

sedimentazione e di rielaborazione degli studi giuridici che affondavano le proprie radici nella seconda metà dell'Ottocento.

In questa sede non è possibile indugiare su questa interessante pagina del nostro ordinamento, se non per rilevare che la centralità assunta da Calamandrei in seno alla Commissione di riforma è particolarmente utile per comprendere le ragioni che hanno ispirato alcune soluzioni processuali, ivi comprese quelle relative al giudizio di legittimità e alla funzione nomofilattica della Suprema Corte. Temi, questi, cui il giurista fiorentino aveva dedicato le proprie migliori energie a partire dalla giovinezza con i due poderosi volumi dell'opera *La Cassazione civile*³ del 1920, fino alla maturità, quando aveva elaborato l'esemplare voce del *Nuovo Digesto Italiano*⁴ e scritto numerosi saggi minori nel segno dell'abituale eleganza di stile e originalità di vedute.

Nel rispetto di una tradizione che era allora un fatto di cultura e che nasceva da una formazione in cui confluivano la sensibilità per la ricerca storica e l'attitudine a costruire nuovi concetti, il Calamandrei studioso della Cassazione civile svolgeva, quale corposa premessa al discorso sistematico, un'indagine ricca e preziosa su molteplici istituti che nel corso dei secoli avevano risposto all'esigenza di controllo dell'attività decisoria dei giudici e di garanzia dell'applicazione uniforme delle leggi. In questa prospettiva, l'utilità di attingere dalle esperienze passate e di confrontare la Cassazione con altri modelli di sindacato da esercitare sulle pronunce costituisce un momento essenziale del discorso⁵.

Tre sono in particolare i profili su cui si era concentrata l'attenzione di Calamandrei: 1) l'alternativa di fondo tra il modello della Cassazione e il modello della terza istanza; 2) la penetrante critica *de iure condendo* alla «mostruosità giudiziaria»⁶ delle cinque Corti di cassazione regionali; 3) la funzione nomofilattica della Suprema Corte. Va da sé che questi profili sono strettamente connessi, giacché solo il modello della Cassazione poteva assicurare la funzione nomofilattica, che a sua volta presupponeva il superamento dell'assetto delle Corti regionali.

L'alternativa di fondo tra il modello della Cassazione e quello della terza istanza ha concorso ad alimentare l'*ambiguità*⁷ del vertice della giurisdizione civile nel nostro ordinamento, con

³ ID., *La Cassazione civile*, 2 voll., Fratelli Bocca, Milano, 1920, ora in ID., *Opere giuridiche*, a cura di Mauro Cappelletti, voll. VI e VII, Morano, Napoli, 1976, riediti nel 2019 da RomaTrE-Press, a cura della Biblioteca e Archivio storico «Piero Calamandrei» del Comune di Montepulciano e della Fondazione Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei di Roma.

⁴ ID., *La Cassazione civile*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. II, Utet, Torino, 1937, pp. 981-1034, ora in ID., *Opere giuridiche*, a cura di Mauro Cappelletti, vol. VIII, Morano, Napoli, 1979, pp. 3-145.

⁵ PIETRO RESCIGNO, *La Cassazione e l'attualità del pensiero di Calamandrei*, in VINCENZO CARBONE (a cura di), *La Corte di cassazione dalle origini ai giorni nostri*, Gangemi, Roma, 2016, pp. 43-49.

⁶ PIERO CALAMANDREI, *Per il funzionamento della Cassazione unica*, in ID., *Opere giuridiche*, vol. VIII, cit., p. 370.

⁷ Chiara è l'allusione a MICHELE TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, il Mulino, Bologna, 1991.

il conseguente dipanarsi di percorsi di auspicata armonica coerenza, ma anche di potenziale lacerante divaricazione. La Cassazione italiana, infatti, si colloca storicamente al crocevia di due modelli diversi dai quali attinge elementi contrastanti che rendono particolarmente complessa la ricostruzione della struttura e del funzionamento dell'istituto, che si pretende semplice e unitario, ma che in realtà è complesso e frammentato sotto molteplici profili.

Il primo modello è quello di una Corte Suprema che svolge un controllo di legittimità “puro”, orientato ad assolvere a una funzione nomofilattica che soddisfa, mercé l'unità interpretativa del diritto, i principi di certezza e di eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge. Per assicurare tale risultato, la Corte è chiamata ad affrancarsi in certa misura, mediante la severa disciplina dei motivi di ricorso, dal peso del caso che ha dato luogo, per iniziativa del privato, al giudizio di cassazione.

Il secondo modello è invece quello di una Corte di terza istanza, che è suprema in quanto posta sempre al vertice del sistema delle impugnazioni, ma svolge il proprio controllo sulla sentenza impugnata pronunciando sul merito della controversia. La Corte non si limita così a verificare che la decisione di merito non urti contro le regole generali del diritto, ma giunge a sindacare lo svolgimento del singolo processo in tutte le sue fasi, trasformando il proprio ruolo in quello di terzo giudice della giustizia del caso singolo, tendendo a modellare l'interpretazione delle norme sulle peculiarità della fattispecie concreta, piuttosto che a configurare interpretazioni destinate a valere al di là di essa.

Mentre quest'ultimo modello è frutto delle tradizioni che affondano le radici negli ordinamenti degli Stati italiani preunitari, il primo modello è di derivazione francese e il suo consolidamento in Italia si deve in buona misura proprio a Piero Calamandrei, che ne è stato non solo il massimo teorico, ma anche il più convinto e influente sostenitore in sede di riforma del Codice di rito. Non sfugge certamente che l'impegno profuso da Calamandrei a favore del modello della Cassazione sia stato agevolato dall'operazione politica perseguita dai governi unitari di esercitare un controllo sull'ortodossia delle magistrature inferiori per consolidare un potere che andava organizzandosi in modo autoritario, centralizzato e burocratico.

Di qui la propensione ad accogliere una concezione della magistratura fortemente gerarchizzata e accentrata con al vertice la Cassazione con compiti di controllo. Concezione, questa, che si scontrava con quella della terza istanza, i cui sostenitori propugnavano un modello di magistratura orizzontale e decentrato, nel quale si riteneva che gli organi giudiziari avrebbero potuto interloquire su un piano di pari dignità e indipendenza. Ma è noto il corso degli eventi: la terza istanza, nonostante le tenaci resistenze dei suoi fautori, è stata voracemente inghiottita dalla

storia, travolta dalla forza tumultuosa del modello vincente della Cassazione, che si è rivelato presto un fattore di consolidamento dell'assetto istituzionale sorto con l'unificazione.

Sull'alternativa tra il modello della Cassazione e quello della terza istanza si innestava poi il problema dell'unità o della pluralità delle Corti di cassazione. Si tratta invero di due facce della stessa medaglia, giacché l'alternativa "Cassazione o terza istanza" richiama e dà senso all'altra: "unità o pluralità". È infatti inconciliabile con la funzione istituzionale caratteristica della Cassazione (garantire l'esatta e uguale applicazione della legge mediante l'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale) la pluralità degli organi investiti di tale funzione; mentre è perfettamente conciliabile con una pluralità di Corti decentrate la funzione di organo di terza istanza.

Calamandrei lo aveva ribadito chiaramente persino in Assemblea costituente, nei cui lavori risuonava ancora l'eco delle Corti regionali. Nella vivace dialettica con Vittorio Emanuele Orlando e con il gruppo comunista che si era fatto latore delle istanze locali a favore della pluralità delle Corti, il giurista fiorentino aveva sostenuto fermamente che la Cassazione «è un istituto [...] la cui struttura è tale che o la Cassazione è unica, ed allora serve a qualche cosa, o non lo è, ed allora non serve più a niente»⁸.

Già il Codice di procedura civile del 1865 presupponeva che la Corte di cassazione fosse unica nello Stato, ma così non era perché l'art. 285 della legge sull'ordinamento giudiziario dello stesso anno aveva lasciato in vita le preesistenti Cassazioni regionali, che erano un retaggio delle tendenze disgregatrici sopravvissute all'unificazione. Basti ricordare che, agli albori del movimento di unificazione nazionale, le Corti di cassazione erano ben quattro con sede a Torino, Firenze, Napoli e Palermo e ad esse se ne sarebbe aggiunta nel 1875 una quinta con sede a Roma.

Veniva così a verificarsi una situazione di aperto contrasto tra la *ratio* giuridica della Cassazione e la situazione in cui di fatto versava l'ordinamento italiano: un'«impressionante contraddizione in termini»⁹, sosteneva Calamandrei, al quale faceva eco Mortara, secondo cui un «viaggiatore, il quale percorreva il territorio dello Stato, passando da una provincia a un'altra trascinato dalla rapidità della locomotiva, poteva trovarsi sottoposto da ora in ora a leggi diverse in grazia delle diverse interpretazioni date dai rispettivi tribunali ad un unico testo»¹⁰.

⁸ Cfr. seduta pomeridiana di giovedì 27 novembre 1947, p. 2573. Le relazioni e gli interventi di Calamandrei in Assemblea costituente sul potere giudiziario sono oggi raccolti in PAOLO GROSSI, ENZO CHELI, GUIDO ALPA (a cura di), *Piero Calamandrei. Garanzie e limiti del potere giudiziario. Relazioni e interventi all'Assemblea costituente*, Marietti, Genova, 2016.

⁹ PIERO CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, vol. II, cit., p. 332.

¹⁰ LODOVICO MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile. Teoria e sistema della giurisdizione civile*, vol. I, Vallardi, Milano, 1923, p. 65.

Come è noto, l'unificazione delle Corti regionali che Calamandrei aveva perorato ne *La Cassazione civile* del 1920 sarebbe stata raggiunta finalmente nel 1923 con il Guardasigilli Aldo Oviglio. Anche questo complesso approdo testimonia quanto sia stato importante il contributo di Calamandrei all'evoluzione del nostro ordinamento, tanto che il magistero del giurista fiorentino ha rappresentato il fulcro delle recenti celebrazioni del centenario della Cassazione unica. Ne sono dimostrazione i due importanti convegni che la Scuola Superiore della Magistratura ha organizzato presso la Corte di cassazione per questa ricorrenza: il primo intitolato *Passato e futuro della Cassazione. A cent'anni dalla Cassazione civile di Piero Calamandrei* del 2020; il secondo intitolato *I Cento anni della Corte di cassazione "Unica"* del 2023.

Con spessore di dottrina e nitore di argomenti, le critiche *de iure condendo* mosse da Calamandrei negli anni Venti avevano già di mira l'unificazione degli orientamenti giurisprudenziali, benché tale scopo fosse ancora estraneo al diritto positivo. Secondo le leggi sull'ordinamento giudiziario del 1865 e del 1923, infatti, la Corte di cassazione era stata istituita per «mantenere l'esatta osservanza delle leggi», sicché non v'era riferimento alcuno all'unificazione della giurisprudenza, né avrebbe potuto esservi considerata la situazione di frammentazione in cui versava l'ordinamento italiano a causa della pluralità delle Corti.

Passando attraverso l'unificazione delle Cassazioni regionali nel 1923, il Codice di procedura civile del 1940 e, in particolare, l'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12) hanno attribuito alla Suprema Corte la funzione nomofilattica, scolpita icasticamente dal legislatore in questi termini: «La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni».

Come ha evidenziato Taruffo, nell'art. 65 risuona chiara l'eco dei principi che Calamandrei aveva posto al centro della sua ricostruzione razionalizzatrice dell'istituto della Cassazione¹¹, a partire dalla collocazione della Corte al vertice del sistema giudiziario quale «organo supremo della giustizia», chiamato ad assicurare, in primo luogo, «l'esatta osservanza» della legge, quale premessa necessaria della sua «uniforme interpretazione», che a sua volta è funzionale a garantire l'«unità del diritto oggettivo nazionale».

Parole, quelle dell'art. 65, che Claudio Consolo ritiene «un filo beffarde», così come «articolate dal (non a caso toscano) Calamandrei», giacché «ci si sarebbe aspettati che si fosse scritto: “esatta interpretazione ed uniforme osservanza”, mentre la scelta di rovesciare i naturali incroci fra

¹¹ MICHELE TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, cit., p. 63.

sostantivi ed aggettivi, e dunque questo chiasmo, non è [...] casuale ma sta ad indicare non solo quanto sia in realtà impossibile l'anelito ingenuo ad un giudice che offra soltanto la meno inesatta delle interpretazioni ma costantemente e, ancor più, vale a rivelare la idea autoritaria di ordinamento giudiziario che nel 1940-2 si voleva coonestare»¹².

Sull'*esattezza* invocata dall'art. 65 grava infatti la pesante ipoteca dommatica della concezione illuministica del rapporto tra il giudice e la legge. Infatuati dall'idea che la nascente codificazione avrebbe provveduto a tutto da sé, i riformatori francesi avevano creduto alle parole di Montesquieu, che in una celebre pagina aveva definito i giudici come «la bouche qui prononce les paroles de la loi», donde la fortuna del modello sillogistico della sussunzione del caso particolare e concreto nella previsione normativa generale e astratta¹³.

L'art. 65 è dunque espressione della tradizionale dottrina del formalismo positivista, secondo cui l'interpretazione della legge è il risultato di un "calcolo" concettuale a struttura logico-deduttiva, che postula un'idea dell'ordinamento giuridico come sistema di norme chiuso, completo e gerarchizzato, capace di garantire – almeno così suppone la dottrina in esame, ormai da tempo messa in discussione dalle teorie ermeneutiche dell'interpretazione – soluzioni certe e oggettive, scevre da soluzioni valutative o creative del giudice.

L'art. 65 presuppone quindi che la Cassazione faccia chiarezza nella confusione interpretativa generata dalla giurisprudenza di merito, eliminando le interpretazioni "errate" e indicando quale sia la sola interpretazione "esatta" della legge. Solo dopo aver raggiunto questo risultato, la Cassazione è chiamata ad assicurare gli obiettivi ulteriori dell'uniforme interpretazione della legge e dell'unità del diritto oggettivo nazionale. Ne consegue che l'uniformità dell'interpretazione è concepita in stretta correlazione con l'esattezza dell'interpretazione stessa, atteso che ciò che la Cassazione è chiamata a uniformare non è una qualsivoglia interpretazione della legge, bensì la sua (pretesa) interpretazione esatta.

L'*uniformità* dell'interpretazione si manifesta dunque come la costanza dell'*esatto* contenuto precettivo di una disposizione normativa in tutti i casi in cui questa viene applicata, mentre l'*unità* del diritto oggettivo nazionale è la conseguenza di questo processo interpretativo attraverso il quale la Cassazione assolve alla propria funzione istituzionale. In questa prospettiva si coglie come la

¹² CLAUDIO CONSOLO, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione, tra nuove (auspicabili) prospettive e (gravi) rischi di deriva dallo ius litigatoris*, in *Rassegna Forense*, 3-4/2014, p. 626; ID., *La base partecipativa e l'aspirazione alla nomofilachia*, in ITALIADECIDE (a cura di), *La nomofilachia nelle tre giurisdizioni. Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei Conti*, il Mulino, Bologna, 2019, pp. 161-177.

¹³ Con specifico riferimento al giudizio di cassazione, si rinvia in particolare a GIROLAMO MONTELEONE, «*Giudizio di fatto e giudizio di diritto*» nel ricorso alla Cassazione civile, in CARMINE PUNZI, *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 239-250.

nomofilachia persegua un interesse di rilievo pubblicistico, che consiste appunto nell'unità del diritto oggettivo nazionale, conseguita mediante l'esatta osservanza della legge e la sua uniforme interpretazione.

Questa impostazione pubblicistica scaturisce dalla crisi della concezione liberale della giustizia civile. Tale processo, di cui Chiovenda era stato tra gli interpreti più lungimiranti, aveva finito per attrarre il giudizio civile nell'orbita del diritto pubblico, elevando la giurisdizione, specie quella di legittimità, a funzione fondamentale dello Stato. Si comprendono così gli accenti radicali con cui Calamandrei aveva sostenuto che il compito della Cassazione fosse quello di «curarsi, più che di risolvere secondo giustizia il caso concreto, di suggerire per il futuro l'interpretazione teorica corrispondente in astratto alla volontà del legislatore», con la conseguenza che la Suprema Corte doveva essere lasciata «senza che il diretto contatto coi fatti ne intorbidasse il lavoro, al suo puro ufficio di formulazione di massime»¹⁴.

In altri termini, Calamandrei riteneva che il compito della Cassazione fosse quello di rendere «giustizia ai singoli *soltanto nei limiti in cui ciò le potesse servire per raggiungere il suo scopo di unificazione della giurisprudenza*»¹⁵. Per questa ragione il giurista fiorentino è stato il massimo teorico della concezione “pura” della nomofilachia, di cui esaltava la vocazione ieratica all'astrattezza, in quanto protesa alla garanzia dello *ius constitutionis* piuttosto che alla tutela dello *ius litigatoris*. L'istituto del ricorso per cassazione era così concepito come funzionale al perseguimento di interessi di rilievo pubblicistico, che ridondano nella certezza del diritto e nella prevedibilità della soluzione delle controversie¹⁶.

Siffatta concezione della nomofilachia è stata messa in discussione da una serie di studi, tra i quali spiccano per profondità d'indagine e acume critico quelli di Mario D'Addio¹⁷, Michele Taruffo¹⁸, Ferdinando Mazzarella¹⁹ e Andrea Panzarola²⁰. A questi Autori va riconosciuto il merito, tra gli altri, di aver indagato la struttura e la funzione della Suprema Corte non solo sul piano dell'astratta dogmatica giuridica, ma anche su quello più concreto della politica del diritto, anche

¹⁴ PIERO CALAMANDREI, *Per il funzionamento della Cassazione unica*, cit., p. 387.

¹⁵ ID., *La Cassazione civile*, cit., p. 13.

¹⁶ ID., *Fede nel diritto*, a cura di Silvia Calamandrei, Laterza, Roma-Bari, 2008, con saggi di Guido Alpa, Pietro Rescigno e Gustavo Zagrebelsky.

¹⁷ MARIO D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Giuffrè, Milano, 1966.

¹⁸ Gli scritti di Michele Taruffo sulla Cassazione civile sono raccolti ne *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, cit.

¹⁹ Si rinvia in particolare a FERDINANDO MAZZARELLA, *Passato e presente della Cassazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 26, 1972, 1, pp. 88-111; ID., *Analisi del giudizio civile di cassazione*, Cedam, Padova, 2003³.

²⁰ Si veda in particolare ANDREA PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, 2 voll., Giappichelli, Torino, 2005.

attraverso la storicizzazione della lezione di Calamandrei su cui si sono formate generazioni di giuristi.

Ne è derivato un rinnovato equilibrio tra *ius constitutionis* e *ius litigatoris*, la cui relazione si presta a essere ricostruita in termini di prevalenza piuttosto che di contrapposizione concettuale, atteso che «la Cassazione fa entrambe le cose»²¹, con la differenza che, da un lato, l'interpretazione di una disposizione è lo strumento per la decisione giusta del caso concreto e, dall'altro lato, il sindacato sul caso concreto è l'occasione per stabilire in termini generali qual è l'interpretazione corretta della disposizione.

Ius constitutionis e *ius litigatoris* sono pertanto consustanziali nel giudizio di legittimità, in quanto il primo «appare il miglior mezzo per avvicinarsi senza astrattismi al secondo»²². In questa prospettiva, la nomofilachia dismette la veste “pura” che Calamandrei le aveva confezionato per restare ancorata alla giurisdizione, rivendicando la propria natura di “prodotto clinico” che trae origine dai casi concreti, per scongiurare il pericolo che la Suprema Corte faccia «quella che Jhering derideva come clinica giuridica dei “casi fatti per le cappelliere”, insomma teste di legno»²³.

La nomofilachia “pura” patrocinata da Calamandrei appare oggi un «concetto obsolescente»²⁴, il cui ostinato e artificiale irrobustimento, per mezzo di alchimie processuali derivate dal combinato susseguirsi di una pluralità di riforme, produce effetti che non sempre possono essere giudicati con favore. Ma di ciò era ben consapevole lo stesso Maestro fiorentino, che negli scritti della maturità aveva messo in discussione i postulati epistemologici della temperie culturale nella quale si era formato e aveva abbandonato la netta distinzione tra *quaestio iuris* e *quaestio facti* che aveva costituito l'impianto logico della matrice sillogistica del giudizio²⁵.

²¹ MICHELE TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, cit., p. 66.

²² CLAUDIO CONSOLO, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione, tra nuove (auspicabili) prospettive e (gravi) rischi di deriva dallo ius litigatoris*, cit., p. 622.

²³ ID., *La Cassazione multifunzionale nella compiuta globalizzazione socio-economica (diagnosi e prognosi progredienti, al di là del puro anelito di nomofilachia)*, in *Questione Giustizia*, 3, 2017, p. 24.

²⁴ LUCA PASSANANTE, *Il postulato del “primo” Calamandrei e il destino della Cassazione civile* relazione svolta l'11 novembre 2020 nell'ambito del Convegno *Passato e futuro della Cassazione. A cent'anni dalla Cassazione civile di Piero Calamandrei* organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura presso la Corte di cassazione (<https://www.judicium.it/wp-content/uploads/2020/11/Passanante.pdf>).

²⁵ L'illusorietà della concezione illuministica dell'interpretazione della legge, cui Calamandrei aveva dedicato il saggio giovanile *La genesi logica della sentenza civile* del 1914, era emersa in modo lampante nelle conferenze messicane del 1952, quando lo studioso fiorentino aveva rilevato che nell'interpretazione era sempre decisiva l'ispirazione individuale del giudice, che è un «uomo vivo»: e quella funzione di specificare la legge e di applicarla nel caso concreto, che *in vitro* si può rappresentare come un sillogismo, è in realtà una operazione di sintesi, che si compie a caldo, misteriosamente, nel crogiuolo sigillato dello spirito, ove la mediazione e la saldatura tra la legge astratta e il fatto concreto ha bisogno, per compiersi, della intuizione e del sentimento acceso in una coscienza operosa. [...] Ridurre la funzione del giudice a un puro sillogizzare vuol dire impoverirla, inaridirla, disseccarla. La giustizia è qualcosa di meglio: è creazione che sgorga da una coscienza viva, sensibile, vigilante, umana» (cfr. PIERO CALAMANDREI, *Processo e democrazia. Conferenze tenute alla Facoltà di diritto dell'Università Nazionale del Messico*, Cedam, Padova, 1954, p. 61, riedito nel 2019 da Pacini a

Senonché, a partire dagli anni Ottanta, oberata dal peso soverchiante dei ricorsi portati al suo esame, specialmente sulla base delle doglianze veicolate tramite l'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ., la Suprema Corte è entrata in uno stato di crisi perdurante e ha sviluppato, come ha rilevato Bruno Sassani, una vera e propria «sindrome dell'assedio» a fronte di un «preteso imbarbarimento del giudizio di cassazione, ridotto ad una sorta di terza istanza e bisognoso di recuperare la purezza perduta dell'autentico giudizio di legittimità»²⁶.

Sono tornate così alla ribalta la concezione calamandreiana della funzione nomofilattica “pura” e l'idea di una pregnante garanzia dello *ius constitutionis*, come dimostra in particolare la stagione riformatrice avviata nel 2006 sotto il segno della nomofilachia. Ciò consentirebbe alla Suprema Corte – almeno secondo gli auspici del legislatore – di far fronte alla notevole mole, ignota alla Corti supreme straniere, di ricorsi che gravano su di essa, anche sotto il profilo organizzativo, se non altro per la scelta del binario processuale da seguire (camera di consiglio o udienza pubblica) a seconda che i giudizi presentino o meno valenza nomofilattica.

Tutto ciò può senz'altro destare stupore, soprattutto se si considera che la nomofilachia era stata fino ad allora sostanzialmente relegata nella periferia dell'ordinamento giuridico, nel testo del remoto regio decreto del 1941, e ha rappresentato soltanto una delle funzioni della Suprema Corte, per giunta di rilievo costituzionale quanto meno dubbio. È vero che tale funzione può desumersi in via interpretativa dal combinato disposto degli artt. 3 e 111 Cost., ma sta di fatto che i Costituenti hanno ritenuto di non accogliere la proposta – formulata proprio da Calamandrei²⁷ – di riconoscere formalmente rango costituzionale alla funzione nomofilattica della Cassazione²⁸.

Ciò nonostante, la nomofilachia ha conosciuto una vera e propria palingenesi e ha determinato un significativo incremento del peso del precedente in generale e del precedente delle sezioni unite in particolare, pur senza intaccare formalmente il principio costituzionale della soggezione del giudice soltanto alla legge. Ne è derivato l'avanzamento del processo di osmosi tra ordinamenti di *civil law* e ordinamenti di *common law*, benché le differenze ancora sussistano e non

cura di Elena Bindi, Tania Groppi, Gianmaria Milani e Andrea Pisaneschi). Sull'evoluzione del pensiero di Calamandrei si veda anche GIULIO DONZELLI, *Diritto e politica nel pensiero di Piero Calamandrei*, il Mulino, Bologna, 2022.

²⁶ BRUNO SASSANI, *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Rivista di diritto processuale*, 74, 2019, 1, p. 43.

²⁷ Cfr. seduta del 20 dicembre 1946. L'art. 12 del progetto contenuto nella *Relazione sul potere giudiziario e sulla Suprema Corte costituzionale*, presentata da Calamandrei alla seconda sottocommissione della Commissione per la Costituzione, disponeva quanto segue: «Contro le sentenze pronunciate in ultimo grado da qualsiasi organo ordinario o speciale è sempre ammesso il ricorso alla Corte di cassazione, *istituita per mantenere l'unità del diritto nazionale attraverso la uniformità della interpretazione giurisprudenziale* e per regolare le competenze fra i giudici».

²⁸ GIULIANO SCARSELLI, *La nomofilachia e i suoi pericoli*, in *AmbienteDiritto*, 23, 2023, 1, pp. 1-20; ANDREA PANZAROLA, *Una lezione attuale di garantismo processuale: le conferenze messicane di Piero Calamandrei*, in ID., *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Cacucci, Bari, 2021, in particolare pp. 161-164.

siano di poco conto. Desta pertanto perplessità la tesi – sostenuta dalla Corte di cassazione²⁹ e da alcuni suoi autorevoli magistrati³⁰ – secondo cui il nostro ordinamento avrebbe recepito il principio dello *stare decisis* “in versione debole”.

Si potrebbe obiettare che, se tale principio significa valore *vincolante* del precedente (o *doctrine of binding precedent*), allora esso non è suscettibile di graduazione: il vincolo c'è o non c'è, *tertium non datur*³¹. Eppure, il panorama giuridico entro cui ci muoviamo è troppo accidentato per essere ricondotto a questa rigida logica binaria e, infatti, il processo di convergenza tra sistemi di *civil law* e di *common law* avanza non già sul terreno della vincolatività del precedente, che trova l'ostacolo dell'art. 101, comma 2, Cost., ma su quello, più insidioso, dell'irrigidimento dell'ordinamento attraverso una serie di istituti che conferiscono sempre maggiore rilievo al precedente³².

Si tratta invero di tendenze risalenti, che Calamandrei aveva colto con lungimiranza già negli anni Venti del secolo scorso, quando aveva affermato che l'«*auctoritas rerum similiter iudicatarum*, anche se non si vuol considerarla come fonte di diritto obiettivo, esercita un grande influsso sullo

²⁹ Cfr. in particolare Cass. civ., Sez. VI-2, ord., 26 luglio 2016, n. 15513. Appare invece maggiormente condivisibile l'orientamento delle Sezioni Unite, secondo cui, «benché non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello *stare decisis*, essa costituisce, tuttavia, un valore o, comunque, una direttiva di tendenza immanente nell'ordinamento, stando alla quale non è consentito discostarsi da un'interpretazione del giudice di legittimità, investito istituzionalmente della funzione della nomofilachia, senza forti ed apprezzabili ragioni giustificative» (cfr. *ex plurimis* Cass. civ., Sez. Un., 31 luglio 2012, n. 13620; Cass. civ., Sez. Un., 12 ottobre 2022, n. 29862).

³⁰ Di «forma attenuata» del principio dello *stare decisis* discorrono LUIGI LOMBARDO, *Il sindacato di legittimità della Corte di cassazione*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 90; GIOVANNI CANZIO, *Calcolo giuridico e nomofilachia*, in ALESSANDRA CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, il Mulino, Bologna, 2017, pp. 169-173; ID., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in ALESSANDRA CARLEO (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, il Mulino, Bologna, 2018, pp. 27-34; PIETRO CURZIO, *Il giudice e il precedente*, in *Questione Giustizia*, 4, 2018; GIOVANNI AMOROSO, MARIO ROSARIO MORELLI, *La “funzione nomofilattica” e la “forza” del precedente*, in MARIA ACIERNO, PIETRO CURZIO, ALBERTO GIUSTI (a cura di), *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, Cacucci, Bari, 2020³, pp. 465-495; RENATO RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Il Foro Italiano*, 2016, V, p. 279; ID., *Il precedente nella giurisprudenza*, in ALESSANDRA CARLEO (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, cit., p. 95.

³¹ VALENTINA CAPASSO, *Il ricorso per cassazione avverso... la giurisprudenza. Contro uno stare decisis «all'italiana»*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, LXXIII, 2019, 2, pp. 627-651.

³² Tali istituti sono oggetto di acuta e approfondita indagine da parte degli studiosi del processo civile e non è possibile indugiare su di essi in questa sede, se non per indicare alcune delle innovazioni principali: *a*) il vincolo delle sezioni semplici ai principi di diritto enunciati dalle sezioni unite della Corte di cassazione, in modo da dare stabilità a questi principi, imponendo un particolare procedimento per il loro mutamento (art. 374, comma 3, cod. proc. civ.); *b*) l'ampliamento dei casi in cui il Procuratore generale presso la Corte può chiedere l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge (ma irrilevante per le parti del processo) e la possibilità che questo principio di diritto sia pronunciato d'ufficio anche nel caso di ricorso della parte dichiarato inammissibile (art. 363 cod. proc. civ.); *c*) la riduzione, tra i motivi del ricorso per cassazione, dell'ambito del vizio di motivazione e l'esclusione assoluta di tale vizio nei casi di doppia conforme sui medesimi fatti (art. 360 cod. proc. civ.); *d*) l'udienza pubblica limitata alle sole decisioni di una «questione di diritto di particolare rilevanza» (art. 375, comma 1, cod. proc. civ.) e la decisione degli altri ricorsi in camera di consiglio; nel primo caso la decisione è emanata con sentenza, mentre nel secondo caso essa assume la forma dell'ordinanza; *e*) il rinvio pregiudiziale del giudice di merito alla Corte di cassazione per la risoluzione di «una questione esclusivamente di diritto», quando, tra gli altri requisiti, essa «è suscettibile di porsi in numerosi giudizi» (art. 363-bis cod. proc. civ.).

svolgimento pratico del diritto: e ogni professionista legale sa che anche nell'età nostra [...] molti dibattimenti giudiziari si riducono ad essere una lotta di precedenti giurisprudenziali»³³.

A un secolo di distanza, queste parole preservano intatta la loro attualità, mettendo in guardia dai potenziali pericoli della nomofilachia, che può concorrere tanto a una maggiore certezza del diritto quanto, appunto, all'irrigidimento dell'ordinamento, limitandone l'evoluzione pretoria, che, al netto di gravi oscillazioni e contrasti, ha consentito di raggiungere approdi assai significativi, come ad esempio in materia di diritto alla riservatezza e all'identità personale, di diritto alla salute e di danno biologico, di responsabilità aquiliana e da inadempimento, di abuso di dipendenza economica e di protezione del contraente debole³⁴.

Questo è senz'altro un pregio dei sistemi di *civil law* e va scongiurato il pericolo che l'evoluzione dell'ordinamento sia sacrificata sull'altare di una certezza del diritto che può rivelarsi presto stantia. Proprio per questo Calamandrei aveva affermato che «unificazione della giurisprudenza non significa [...] immutabilità della interpretazione giudiziaria, che vorrebbe dire *stasi del diritto*», ma vuol dire piuttosto «tendenza alla uniformità della interpretazione giudiziaria *nello spazio* (in modo che in un certo momento la stessa norma giuridica sia interpretata nello stesso modo in tutto il territorio dello Stato), ma *non nel tempo* (in modo che non sia esclusa la evoluzione giurisprudenziale del diritto, cioè la possibilità di sostituire in un momento successivo, purché in maniera uniforme per tutto lo Stato, una nuova interpretazione, socialmente più adeguata allo spirito del tempo, a quella precedentemente accolta, che si dimostri superata)»³⁵.

La nomofilachia, dunque, esprime il proprio valore euristico *nello spazio* più che *nel tempo*. Nel solco della lezione di Calamandrei si è sostenuto che la stabilità degli orientamenti giurisprudenziali, connaturata alla certezza del diritto e presidiata dalla Cassazione, «non è un valore assoluto ma metodologico» che, nell'inarrestabile evoluzione della giurisprudenza, confluisce dinamicamente nel «dovere funzionale di ragionevole mantenimento della soluzione

³³ PIERO CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, vol. II, cit., p. 68.

³⁴ GUIDO ALPA, *I contrasti di giurisprudenza e la nomofilachia*, in *Rassegna Forense*, 3-4, 2014, pp. 599-604; ID., *La responsabilità civile. Principi*, Utet, Torino, 2018², in particolare pp. 229-384; ID., *La giurisprudenza e le fonti del diritto*, in *Lo Stato*, 2019, n. 2, pp. 335-343; ID., *Il ruolo nomofilattico della cultura giuridica*, in ITALIADECIDE (a cura di), *La nomofilachia nelle tre giurisdizioni. Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei Conti*, cit., pp. 137-147, dove l'Autore rileva che molte esigenze di tutela non sarebbero state soddisfatte «se non si fossero aperti i cancelli all'interpretazione evolutiva, costituzionalmente orientata, sensibile alle esigenze sociali. Si che imbrigliare la creatività a beneficio della certezza e della continuità implica la scelta di fossilizzare l'interpretazione del giudice e la creatività degli avvocati» (p. 143).

³⁵ PIERO CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., p. 136. Tale profilo è stato messo in luce in particolare da GIOVANNI VERDE, *Conclusioni*, in GUIDO ALPA, VINCENZO CARBONE (a cura di), *Giurisdizione di legittimità e regole di accesso. Esperienze europee a confronto*, il Mulino, Bologna, 2011, pp. 233-242.

ragionevolmente conseguita»³⁶. Ne consegue che il problema della stabilità non si pone quando «una corte suprema muti orientamento e non segua passivamente i propri precedenti», ma solo «quando queste variazioni sono troppo frequenti, arbitrarie, casuali, prive di seria giustificazione, come non di rado accade nella giurisprudenza della nostra Corte di cassazione»³⁷.

Una diversa concezione della nomofilachia, che miri a operare *nel tempo* più che *nello spazio*, si risolverebbe fatalmente in un irrigidimento dell'ordinamento e in una paradossale eterogenesi dei fini, tale per cui ciò che siamo soliti chiamare “diritto vivente” rischia di recidere ogni legame con la vita dell'ordinamento e divenire, per così dire, sempre meno “vivente”³⁸. Lo ha affermato chiaramente anche la giurisprudenza costituzionale quando ha sottolineato che la «decisione dell'organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione»³⁹.

Nessuna soluzione immediata, e men che meno miracolosa, può essere imposta alla stabilità degli orientamenti giurisprudenziali, soprattutto attraverso riforme che conferiscano sempre maggiore rilievo al precedente. Come tutte le attività di carattere retorico-argomentativo, anche la giurisprudenza di legittimità si inserisce nella dimensione del ragionevole, del plausibile, del convincente, del verosimile, sicché la Suprema Corte può assolvere virtuosamente alla propria funzione nomofilattica solo se le sue pronunce sono assistite da un carattere autenticamente *persuasivo*, che si dimostri capace di *convincere*, prima ancora che di *decidere*.

³⁶ GIUSEPPE BORRÈ, *L'evoluzione della Corte nel diritto commerciale e del lavoro, nel diritto pubblico e processuale civile*, in *La Corte di cassazione nell'ordinamento democratico. Atti del Convegno tenutosi a Roma il 14 febbraio 1995 in occasione dei 50 anni dal ripristino dell'ordinamento democratico*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 252.

³⁷ MICHELE TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, p. 30.

³⁸ LUIGI ROVELLI, *Certezza del diritto: dalla legge all'interpretazione consolidata e possibile eterogenesi dei fini*, in *Ars Interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica*, VIII, 2019, n. 1, pp. 135-146.

³⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 230 del 2012, ove viene affermato che «le stesse Sezioni unite possono trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole, come in più occasioni è in fatto accaduto». Ciò non significa, precisa la Corte costituzionale, che gli orientamenti della Cassazione non aspirino «ad acquisire stabilità e generale seguito», ma piuttosto che questi sono «connotati solo “tendenziali”, in quanto basati su una efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente “persuasivo”».



diritto & religioni