

CEDAM

RIVISTA DI
DIRITTO PROCESSUALE

FONDATA NEL 1924 DA
G. CHIOVENDA, F. CARNELUTTI e P. CALAMANDREI

GIÀ DIRETTA DA
E.T. LIEBMAN, G. TARZIA e E.F. RICCI

DIRETTORI

C. PUNZI e B. CAVALLONE

COMITATO DI DIREZIONE

M. ACONE - G. BONGIORNO

V. COLESANTI - L.P. COMOGLIO

C. CONSOLO - G. COSTANTINO

C. FERRI - R.E. KOSTORIS

S. LA CHINA - S. MENCHINI

G. MONTELEONE - R. ORIANI

A. SALETTI - B. SASSANI

F. TOMMASEO - N. TROCKER

R. VACCARELLA

Marzo-Aprile
2017

edicolaprofessionale.com/RDP



Wolters Kluwer

MUTAMENTO DEL PRECEDENTE GIUDIZIARIO E TUTELA DELL’AFFIDAMENTO DELLA PARTE

SOMMARIO: 1. Premessa: l’efficacia persuasiva del precedente giudiziario nel sistema processuale italiano. – 2. I fondamenti dell’efficacia del precedente di legittimità: il criterio della ragionevolezza della motivazione e la funzione nomofilattica della Corte di cassazione. – 3. Il mutamento del precedente giudiziario in materia sostanziale tra tutela dell’affidamento della parte e valutazione giudiziaria dei *transition costs*: l’esperienza dottrinale nordamericana e le suggestioni per il dibattito italiano.

«*Today is not only yesterday’s tomorrow; it is also tomorrow’s yesterday*» [F. Schauer, *Precedent*, 39 *Stan. L. Rev.*, 571, 573 (1987)]

1. – Qualora si prescindano dai limiti dell’efficacia vincolante del giudicato e si tralasci di considerare la decisione come il regolamento sostanziale della fattispecie dedotta in giudizio, l’autorità della sentenza, colta in una prospettiva più ampia rispetto a quella del mero rapporto processuale, degrada in quella condizione di efficacia che viene comunemente classificata sotto il nome di *precedente giudiziario* ⁽¹⁾.

È una condizione, quest’ultima, la cui incisività varia a seconda dei principi cui si ispira l’ordinamento processuale al quale appartiene l’organo giurisdizionale che abbia emesso la sentenza. Come noto, infatti, mentre i sistemi di *civil law* si orientano storicamente nel senso di ritenere la pronuncia giudiziale svincolata da uno specifico dovere di adeguamento al precedente (c.d. *persuasive precedent*), i sistemi di *common law* rinvergono invece un essenziale dato ricostruttivo proprio nella regola della tendenziale vincolatività della decisione anche in successivi casi analoghi (c.d. *binding precedent*).

Ora, non è certo questa la sede per esaminare una dottrina complessa e antica come quella del precedente giudiziario, la quale, se ha avuto il suo naturale sviluppo nel contesto di quei sistemi giuridici che hanno ricondotto all’attività giurisdizionale una funzione creativa dei diritti soggettivi ⁽²⁾, si è, nondimeno, variamente insinuata, nel corso del tempo, anche in

⁽¹⁾ Il concetto di *precedente giudiziario* è alquanto diffuso nel nostro panorama dottrinale e giurisprudenziale e ha ricevuto una certa valorizzazione anche a livello normativo (v. *infra* nel testo), sebbene il significato che spesso si attribuisce a tale espressione rappresenti soltanto la semplificazione di un fenomeno più articolato e complesso di quello emergente dalla tradizionale contrapposizione tra sistemi di *common law* e sistemi di *civil law* (v., per tutti, G. Gorla, *Precedente giudiziario*, in *Enc. giur.* XXIII, Roma 1990, 1 ss.).

⁽²⁾ Sull’evoluzione della pratica giudiziaria orientata al rispetto del precedente nei sistemi di *common law* e sulla successiva formazione di una *doctrine* del precedente che ne sancisse la vincolatività in ossequio alla regola di *stare decisis* v., per tutti, U. Mattei, *Stare*

quei sistemi giuridici che hanno elevato l'attività sanzionatoria dei diritti al rango di funzione esclusiva del legislatore. In questa sede interessa, invece, indagare quel profilo della dottrina del precedente che attiene alla sua incidenza sulla futura attività giuridica della parte e, specialmente, sull'*affidamento* che la parte abbia potuto legittimamente riporre in un dato precedente giudiziario come strumento di conoscenza degli effetti che la legge riconnette a tale attività. È questo, infatti, l'aspetto che sembra destare maggiore interesse, in considerazione non solo dell'attento esame che ad esso continua a riservare la giurisprudenza interna (anche costituzionale) sulla scorta di numerose pronunce delle corti sovranazionali, ma altresì delle suggestioni del dibattito – anch'esso, invero, mai sopito – della giurisprudenza e della dottrina di *common law* (soprattutto, come si vedrà, di quella americana) in punto di tutela dei c.d. *reliance interests* e, pertanto, dell'affidamento degli *stakeholders*⁽³⁾ nel rispetto del precedente giudiziario.

Il rapporto (ma sarebbe forse più corretto dire: la tensione) tra la teorica del precedente giurisprudenziale e la tutela dell'affidamento si coglie, nel suo maggior grado di problematicità, con riguardo alla prospettiva della *formazione* e del *consolidamento* di un precedente giudiziario e del successivo *cambiamento di opinione* con cui sia stato disatteso – vuoi improvvisamente, vuoi per una progressiva erosione ermeneutica – l'orientamento interpretativo consolidato. Se nei sistemi di *common law* il vincolo del precedente consegue necessariamente all'osservanza di una *regola giu-*

decisis. *Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano 1988, 7 ss., 185 ss.; Id., *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XIV, Torino 1996, 148 ss. Sulla contrapposizione tra funzione creativa e funzione dichiarativa della giurisprudenza di *common law*, v. W.D. Popkin, *Evolution of the Judicial Opinion. Institutional and Individual Styles*, New York – London 2007, 6 ss.

⁽³⁾ La figura degli *stakeholders* – come illustrato dalla dottrina nordamericana – allude ad un contesto soggettivo che non è limitato alle sole parti del giudizio in cui la regola inaugurata col precedente sia stata invocata per la soluzione di un caso analogo, ma si estende a coloro che, sulla scorta dell'efficacia del precedente, sono indotti ragionevolmente ad adeguare i propri comportamenti (giuridicamente rilevanti) alla stessa stregua della (o, comunque, secondo un criterio di compatibilità con la) regola sancita nel precedente. Di guisa che l'ambito soggettivo coinvolto dal precedente viene a interessare non soltanto i privati cittadini soggetti alle *rules* proclamate dalla giurisprudenza alla stessa stregua dell'assoggettamento agli *statutes* o alle norme costituzionali (e, dunque, a prescindere dalla deduzione in giudizio di un *thema decidendum*), ma anche i soggetti, per così dire, istituzionali e, specialmente, quelli che sono dotati del potere legislativo o *lato sensu* regolamentare, la cui opera concorre ed entra, quindi, in diretto rapporto con la norma giurisprudenziale. Per questi aspetti si rinvia alle considerazioni e ai richiami svolti nel terzo paragrafo, limitandosi qui a indicare, per la completezza e l'eshaustività delle osservazioni, R.J. Kozel, *Precedent and Reliance*, 62 *Emory L.J.* 1459 (2013).

risprudenziale di origine consuetudinaria, nei sistemi di *civil law* e, quindi, anche nel sistema processuale italiano, il fondamento giustificativo dell'autorità del precedente dev'essere rinvenuto nella *persuasione argomentativa*, vale a dire nell'*adesione spontanea e autonoma* a quella *regola di diritto* che è espressa nella sentenza anteriore e che è *ritenuta idonea* – in quanto *giudicata coerente con la legge vigente* – a risolvere anche l'*analogo* caso concreto (c.d. *ratio decidendi*)⁽⁴⁾. Una tale affermazione suscita, com'è naturale, una ridda di interrogativi e imporrebbe innumerevoli precisazioni che non è qui possibile sviluppare esaustivamente; nondimeno, al fine di introdurre adeguatamente l'analisi del ruolo dell'affidamento nel precedente giudiziario, pare opportuno approfondire come l'incidenza del precedente sulla decisione di casi analoghi costituisca un elemento strettamente connaturato alle regole di funzionamento dell'ordinamento processuale anche nei sistemi di *civil law*.

In essi predomina – come detto – un'efficacia non vincolante, ma meramente *persuasiva* del precedente giudiziario⁽⁵⁾, in ragione dell'indiscussa estraneità della giurisprudenza al sistema delle fonti del diritto e al conseguente disconoscimento di ogni funzione propriamente creativa in capo alla pronuncia giudiziale, quantunque – vi è da osservare – ogni opera interpretativa della norma scritta ne produca, quasi inevitabilmente, una precisazione o modificazione nella portata precettiva, così da innovare,

(4) È nota la contrapposizione tra *ratio decidendi* e *obiter dictum* ed è nota parimenti la reciproca influenza che tali concetti esercitano l'uno sull'altro, di guisa che capita spesso che l'uno sia identificato con la negazione dell'altro. Nondimeno, l'elemento di discriminazione tra i due concetti si rintraccia comunemente nella *decisorietà*, ovvero sia nella idoneità dell'argomentazione giuridica a determinare autonomamente la soluzione della controversia e, quindi, più propriamente, l'ammissibilità e/o la fondatezza della domanda giudiziale (Cass. 7 novembre 2005, n. 21490, in *Giust. civ.*, Mass. 2005, 11). Se entrambi assumono, pertanto, un rilievo specifico in rapporto alla figura del precedente e al vincolo (obbligatorio o persuasivo) di adesione da parte dei giudici successivi, è solo il principio su cui si fonda la *ratio decidendi* del precedente ad essere chiamato a governare la decisione dei casi analoghi successivamente dedotti in giudizio [J. Stone, *The Ratio of the Ratio Decidendi*, 22 *Mod. L. Rev.* 597, 600 (1959)]. Per contro, l'*obiter dictum*, essendo reso su questioni che, pur avendo stretta attinenza con il *thema decidendum*, non possiedono il requisito della decisorietà, è inidoneo a fungere da precedente e, dunque, a governare autonomamente la decisione di casi analoghi [sulla funzione anticipatoria delle future *rationes decidendi*, v. M. Abramowicz – M. Stearns, *Defining Dicta*, 57 *Stan. L. Rev.* 953 (2005); J.M. Stinson, *Why Dicta Becomes Holding and Why It Matters*, 76 *Brook. L. Rev.* 219 (2010)].

(5) Cfr. Cass. 13 maggio 2003, n. 7355, in *Foro it.* 2004, I, 1237 ss., secondo cui, in particolare, «benché non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello *stare decisis*, essa tuttavia costituisce un valore o una direttiva di tendenza, immanente nel nostro ordinamento, in forza della quale non ci si deve discostare da un'interpretazione consolidata del giudice di legittimità, investito, istituzionalmente, della funzione di nomofilachia, senza una ragione giustificativa».

in misura maggiore o minore, anche l'incidenza della regola sulla decisione del caso concreto. Questa sorta di efficacia espansiva della sentenza, venendo a dipendere da una *scelta* spontanea e autonoma del singolo giudice posteriore, tende ad esigere, per potersi imporre come precedente, quella forma di *accreditamento* della decisione (in qualche misura *compensativa* del carattere non vincolante della decisione come precedente) che consegue alla *condivisione* della sua *ratio decidendi* da parte di un certo numero di giudici posteriori. È il consolidarsi della singola pronuncia giudiziale in un orientamento interpretativo coerente e diffuso che consente, infatti, di riconoscere anche al precedente di *civil law* una forza di induzione all'adeguamento in occasione dei successivi interventi giudiziari su casi analoghi. A tal proposito, si pongono, allora, due fondamentali questioni riguardanti, rispettivamente:

– l'ambito di autonomia che ciascuna decisione successiva alla formazione del precedente conserva, allorché sia chiamata ad esprimersi su una fattispecie analoga a quella posta a fondamento della decisione che viene a costituire il precedente, e

– le condizioni in base alle quali è oggettivamente possibile riconoscere la formazione di un orientamento interpretativo che sia idoneo a ingenerare quella forza di induzione all'adeguamento in cui viene a consistere l'efficacia del precedente giudiziario.

Prima di soffermarci su tali questioni, è doveroso però precisare che l'efficacia (persuasiva) del precedente tende a trovare applicazione nei sistemi di *civil law* con riguardo principalmente all'interpretazione e applicazione della legge nella soluzione del caso concreto. Ciò costituisce, come detto, l'ovvio corollario del primato formale della legge e della esclusione della giurisprudenza dal novero delle fonti normative nei sistemi giuridici continentali, di talché, a differenza di quanto è consentito ai giudici di *common law*, la decisione giudiziaria non opera *stricto sensu* come strumento di innovazione dell'ordinamento, ma soltanto come strumento di manifestazione (in concreto) della legge⁽⁶⁾.

(6) La differenza, per quanto diffusa, non va naturalmente sopravvalutata in quanto tradisce un'evidente ed eccessiva semplificazione; se è vero, infatti, che il sistema delle fonti del diritto esige il rispetto di regole formali, non è men vero che – come accennato più sopra nel testo – l'interpretazione costituisce una componente essenziale per la determinazione della portata precettiva della norma (che è poi l'essenza stessa della norma al di là della disposizione formale che la contiene), con la conseguenza che è soltanto illusoria l'immagine della completezza e dell'autosufficienza dell'ordinamento positivo anche nei sistemi di *civil law* (v., in generale, L. Alexander – E. Sherwin, *Judges as Rule Makers*, in *Common Law Theory*, edited by D.E. Edlin, New York 2007, 27 ss.; sulla preponderante attività di

Passando ora a considerare la prima delle questioni sopra menzionate, pare indubbio, sulla scorta di una tale premessa, che l'adesione al precedente non possa prescindere – in un sistema processuale che non è governato da una regola di pura vincolatività – da un'*autonoma* analisi ermeneutica del dato normativo applicabile al caso concreto; e ciò quando anche si tratti del medesimo dato normativo già applicato al caso analogo deciso dal precedente conforme. Se è vero, infatti, che il precedente di *civil law* non offre altro che una lettura giurisprudenziale del dato normativo, non è tuttavia men vero che il giudice posteriore, anche quando intende applicare quella stessa lettura giurisprudenziale offerta dal precedente conforme, è chiamato a garantire una motivazione in diritto della *propria* decisione. Una motivazione, quest'ultima, che si realizza, appunto, mediante l'«esposizione delle ragioni (...) di diritto della decisione» (art. 132, comma 2°, n. 4, c.p.c.), ossia mediante un esame autonomo del dato normativo applicabile che consenta di individuare l'esatta portata precettiva della norma rispetto al caso concreto.

Ma è innegabile che, se si escludono gli interventi più autorevoli della giurisprudenza di legittimità, non è affatto rara l'eventualità che la *ratio decidendi* di una pronuncia di *civil law*, ogni qualvolta intenda uniformarsi al principio espresso nel precedente, poggi quasi esclusivamente sull'esistenza dell'indirizzo giurisprudenziale consolidato: ovverosia sulla semplice condivisione – talvolta addirittura implicita – di quell'argomentazione giuridica che ha condotto il precedente pronunciamento alla soluzione del caso che era stato sottoposto a quel giudice⁽⁷⁾. Sebbene un simile *iter* argomentativo finisca per sacrificare l'attività interpretativa del giudice in ordine all'applicazione della norma invocata nel caso concreto, non può dirsi, a me pare, che la sentenza sia davvero priva, neppure in questi casi, di una propria *ratio decidendi*, atteso che una tale decisione viene

statutory interpretation del moderno giudice di *common law*, v. A. Vermeule, *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Cambridge – London 2006, 183 ss.).

(7) Ed infatti, sono assai frequenti, al punto che pare davvero superfluo ogni richiamo giurisprudenziale, i casi in cui la giurisprudenza risolve il giudizio di diritto nel rinvio all'argomentazione giuridica contenuta in una precedente pronuncia (o in un indirizzo interpretativo consolidato) sulla scorta della mera condivisione del ragionamento giuridico ivi espresso, talvolta senza neppure un richiamo per esteso, ma riportando soltanto gli estremi delle relative pronunce, con omissione di qualsiasi accenno al caso concreto e, pertanto, alla problematica essenziale della analogia tra le fattispecie (N. Picardi, *Appunti sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1985, 201 ss., in part. 202; M. Taruffo, *La riforma delle norme sulla motivazione della sentenza*, in *Giur. it.* 2011, 243 ss., in part. 247).

comunque pronunciata sulla scorta di un giudizio di rilevanza, nel caso concreto, di quella specifica lettura giurisprudenziale della norma che sia stata offerta dal precedente condiviso. La *ratio decidendi* è quindi ridotta, in questi casi, ad una sorta di argomentazione *per relationem* che, pur mutuando l'interpretazione della norma direttamente dalla lettura giurisprudenziale offerta dal precedente, non perde la sua finalizzazione alla decisione del (diverso ma analogo) caso concreto sottoposto alla sua soluzione⁽⁸⁾. Del resto, lo stesso legislatore processuale, innovando la disposizione dell'art. 118, disp. att., c.p.c., sembra aver recepito un tale costume giurisprudenziale, ammettendo che la motivazione della sentenza possa esprimere le «ragioni giuridiche della decisione» anche attraverso il «riferimento a precedenti conformi». Ciò che, in effetti, può venire a mancare nella sentenza è, dunque, l'interpretazione *diretta* della norma applicabile da parte del giudice, essendo essa, per così dire, mutuata dall'espressa adesione alla lettura giurisprudenziale conforme, benché poi quel medesimo giudice debba comunque enucleare una specifica *ratio decidendi*, oltretutto, come detto, ricondurre motivatamente al caso concreto (*id est*: alla decisione delle domande ed eccezioni di parte) il giudizio di diritto formulato attraverso i «precedenti conformi»⁽⁹⁾.

2. – Se è vero, dunque, che la forza persuasiva del precedente giurisprudenziale esige una formazione autonoma della *ratio decidendi*, non è men vero che l'adeguamento alla soluzione interpretativa creata dal precedente si giustifica nella misura in cui l'indirizzo ermeneutico sia comunque contraddistinto da alcune specifiche caratteristiche, che se certamente

⁽⁸⁾ La *ratio decidendi* non costituisce, infatti, un astratto ragionamento giuridico sulla norma, bensì l'applicazione di un tale ragionamento alla soluzione del caso concreto, di talché non vi può essere un'argomentazione giuridica idonea a fondare la decisione contenuta nella sentenza senza che tale argomentazione rivesta una diretta attinenza alla soluzione delle questioni (di fatto e di diritto) che siano state dedotte in giudizio dalle parti [A.L. Goodhart, *The Ratio Decidendi of a Case*, 22 *Mod. L. Rev.* 117, 119 (1959); F. Galgano, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto impr.* 1985, 701 ss., in part. 718].

⁽⁹⁾ Nel senso che la disposizione in parola non possa legittimare una motivazione priva di una *ratio decidendi*, ancorché limitata alla «mera trasposizione (...) di una succinta e mera esposizione dei fatti e dei precedenti conformi», v. C. Cavallini, *Verso una giustizia processuale: il tradimento della tradizione*, in questa *Rivista* 2013, 316 ss., in part. 321 (il corsivo è dell'Autore). Per una visione complessivamente critica del novellato art. 118, disp. att., c.p.c. in rapporto all'art. 132, comma 2°, n. 4, c.p.c., cfr., in generale, C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, 7^a ed., Torino 2010, 262 e, più specificamente, M. Taruffo, *La riforma delle norme sulla motivazione della sentenza*, cit., 243 ss.; L.P. Comoglio, *Ideologie consolidate e riforme contingenti del processo civile*, in questa *Rivista* 2010, 521 ss., in part. 541, testo e nota 53 (ove le indicazioni sui precedenti legislativi della disposizione in parola).

non sono codificate nella legge, devono tuttavia rivelarsi coerenti con quella logica della *certezza* e della *prevedibilità* del diritto (*rectius*: della lettura giurisprudenziale del diritto)⁽¹⁰⁾ che mal sopporta un atteggiamento di *indifferenza* verso il precedente conforme. Ed è appena il caso di precisare come questa logica ispiri non solo il precetto di *stare decisis* nella giurisprudenza di *common law*⁽¹¹⁾, ma anche la regola della persuasività del precedente che anima, con accenti inevitabilmente diversi e significativamente meno rigorosi, i sistemi di *civil law*.

Orbene, accanto a quegli elementi che riguardano la formazione del singolo precedente⁽¹²⁾, e che spaziano, in particolare, dalla posizione gerarchica assunta dall'organo giudiziario alla sua composizione in sede decidente e, finanche, al grado di condivisione della pronuncia da parte dei

(10) È ampiamente condiviso che la regola del precedente sia posta a tutela di esigenze di certezza e di prevedibilità nella determinazione ovvero nella interpretazione e applicazione della legge, atteso che l'*uniformità* generata dall'adesione al precedente assicura, di per sé, la stabilità dei rapporti giuridici e, con essa, la programmabilità delle scelte compiute sulla base delle previsioni di legge. Il punto è ampiamente trattato in tutta la letteratura di *common law* che tende a individuare la giustificazione principale del vincolo del precedente proprio nella *certezza del diritto* e in una serie di corollari che rimandano alla *stabilità e prevedibilità del diritto*, al *trattamento egualitario delle parti*, alla *efficienza della tutela giurisdizionale*. Nella dottrina nordamericana v., in particolare, L.F. Powell Jr., *Stare decisis and Judicial Restraint*, 47 *Wash & Lee L. Rev.* 281, 286 (1990) [«[s]tare decisis (...) enhances stability in the law. This is especially important in cases involving property rights and commercial transactions. Even in the area of personal rights, stare decisis is necessary to have a predictable set of rules on which citizens may rely in shaping their behavior»]; J.P. Stevens, *The Life Span of a Judge Made-Rule*, 58 *N.Y.U. L. Rev.* 1, 2 (1983) (che evidenzia «[the] stabilizing effect [of stare decisis] on the private ordering of economic relationships and on the entire system of governments»).

(11) Sul valore della certezza e della prevedibilità nella giurisprudenza federale nordamericana cfr., *ex multis*, *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 577 (2003) («[t]he doctrine of stare decisis is essential to the respect accorded to the judgments of the Court and to the stability of the law»); *Vasquez v. Hillery*, 474 U.S. 254, 265-266 (1986) («[t]he decision in this case is supported by the stare decisis doctrine, the means by which this Court ensures that the law will not merely change erratically but will develop in a principled and intelligible fashion»).

(12) Se è innegabile che il precedente giurisprudenziale possa assumere rilevanza anche quando viene a consistere in un'unica pronuncia isolata, è parimenti indubbio che esso incrementi la sua autorità mediante il consolidamento in un orientamento interpretativo ovvero per il tramite dell'applicazione del precedente in una (seppur minima) pluralità di casi: S.S. Ulmer, *An Empirical Analysis of Selected Aspects of Lawmaking of the United States Supreme Court*, 8 *J. Pub. L.* 414, 431 (1959) («the [Supreme] Court has infrequently overruled precedents that have been followed two or more times. This suggests that the greater the number of instances in which a precedent case has been followed the less likely it is that the case will be overruled»); J.P. Wahlbeck, *The Life of the Law: Judicial Politics and Legal Change*, 59 *J. Pol.* 778, 783 (1997) («[a]n accumulation of decisions in which the Court has handled similar factual circumstances consistently, for instance, can enhance the stability of legal rules»).

membri del collegio giudicante⁽¹³⁾, sembra assumere rilevanza, in punto di persuasività (o non indifferenza) della decisione, il profilo della *ragionevolezza* della soluzione accolta con il precedente. Un profilo, quest'ultimo, che è connaturato alla logica del precedente vincolante, ma che assume una particolare rilevanza, io credo, anche in ordine alla formazione del precedente persuasivo di *civil law*. Ed infatti, se può dirsi che il criterio della ragionevolezza abbia svolto – e continui a svolgere – una funzione di controllo e di selezione del *binding precedent* alla stregua della natura e della qualità degli argomenti impiegati dal giudice⁽¹⁴⁾, è altrettanto sostenibile che la ragionevolezza e la coerenza dell'argomentazione operino in concreto nel senso di rafforzare, se non proprio determinare, l'adesione spontanea del giudice posteriore anche al *persuasive precedent* sul caso analogo.

Sotto questo profilo, il criterio della ragionevolezza viene a declinarsi nel senso che il giudizio di diritto espresso dalla lettura giurisprudenziale deve imporsi come una interpretazione *coerente* della legge applicata. Ciò significa che il precedente deve offrire una soluzione non solo sostenibile

(13) Sulla sostanziale irrilevanza di tale fattore negli ordinamenti di *civil law* e, in particolare, in quello italiano, ove vige il precetto del «segreto [d]ella camera di consiglio» (art. 275, comma 1°, c.p.c.), in contrapposizione alla rilevanza pubblica dell'*iter* deliberativo e delle c.d. *concurring* o *dissenting opinions* nei sistemi di *common law*, cfr. N. Picardi, *Appunti sul precedente giudiziale*, cit., 204 s.

(14) La formazione del *common law* è caratterizzata storicamente dall'impiego giudiziale del parametro della *reason* come strumento per assicurare che l'argomentazione su cui si fonda la decisione del caso concreto non sia «*inconsistent with the law as a whole*». Tale *reason*, che per i giuristi classici di *common law* è «*artificial reason*», è impiegata sia in sede di interpretazione delle (poche) leggi scritte e dei (molti) usi e precedenti giudiziari affinché la loro applicazione non conduca a risultati *inconvenient*, sia in funzione sussidiaria di completamento della stessa *common law* allorché il silenzio della legge debba essere colmato dall'esperienza e dall'osservazione del giudice [*«using all the resources the vast body of the law provides, thinking by analogy and extension from all that he [the judge] knows, to fashion a just and workable solution, just as a good contract lawyer, who is immersed in the details of the agreement and the day-to-day interactions of the parties, would do»*]: per l'evoluzione del pensiero giuridico di *common law* su questo punto, v. G. Postema, *Classical Common Law Jurisprudence (Part I)*, 2 *Oxford U. Commw. L.J.*, 155, 176, 179 (2002); Id., *Classical Common Law Jurisprudence (Part II)*, 3 *Oxford U. Commw. L.J.* 1, 11 (2003), da cui sono tratte anche le parole tra virgolette]. Di qui, l'idea – invalsa fino all'affermazione della dottrina di *stare decisis* e, poi, ampiamente recuperata dall'esperienza giurisprudenziale nordamericana (U. Mattei, *Il modello di common law*, 4ª ed., Torino 2014, 147 ss.) – che l'efficacia del precedente non costituisca un dato puramente formale («*in virtue of the judge's having so decided*»), ma il risultato di una condivisione della ragionevolezza e coerenza con l'intero sistema giuridico degli argomenti su cui si fonda il precedente, di talché «*it is always open to future judges to test any prior court's formulation of a rule or doctrine of common law in light of the legal community's shared sense of reasonableness*» (G. Postema, *op. loc. cit.*).

in base al *contesto normativo* applicabile, ma altresì equilibrata nella considerazione dei vari *interessi sociali coinvolti* nella vicenda concreta⁽¹⁵⁾, di talché possa esprimere una regola che identifichi il criterio con cui decidere la fattispecie dedotta in giudizio e, al contempo, la portata precettiva generale della norma applicata (o almeno di una parte di essa). Il precedente può, quindi, esplicitare la sua efficacia di convincimento quando offre una soluzione valevole sì per la decisione di una determinata controversia, ma anche incline, per la sua *logicità interna* e per la sua *coerenza con il sistema sociale e giuridico di appartenenza*, ad affermarsi come una regola applicabile in casi analoghi⁽¹⁶⁾.

Quello del precedente giurisprudenziale, insomma, sembra essere un valore che si afferma non già per effetto di una sorta di automatismo processuale, ma in virtù (anche) della ragionevolezza insita nell'argomentazione giuridica, alla quale consegue una propensione alla conservazione e reiterazione futura: in altri termini, non è vero che una decisione sia vincolante o persuasiva (divenga, cioè, un precedente) sol perché sia seguita e ripetuta in successive occasioni, ma è vero piuttosto che una decisione è seguita e ripetuta (diviene, cioè, un precedente) in quanto possa dirsi, anzitutto, ragionevole.

La *ragionevolezza* dell'argomentazione giuridica sembra costituire, pertanto, una fondamentale giustificazione per l'adesione alla lettura giurisprudenziale offerta dal precedente. D'altra parte, il criterio della ragio-

(15) L'apprezzamento degli interessi sociali sottesi alle questioni giuridiche trattate nella sentenza, se è, per molti versi, comune a qualsiasi pronunciamento del giudice, può dirsi particolarmente evidente in quei casi in cui la legge riconosce al giudice un certo margine di discrezionalità nella determinazione degli effetti della fattispecie. Ciò accade soprattutto nelle ipotesi di norme c.d. aperte o elastiche: nelle ipotesi, insomma, in cui la struttura della fattispecie è costruita mediante il ricorso a principi o clausole generali, che impongono al giudice di apprendere il contenuto di uno degli elementi costitutivi della fattispecie (non attraverso l'interpretazione di categorie giuridiche, ma) attraverso la ricostruzione *hic et nunc* di quel valore sociale che viene assunto come parametro precettivo. Non dissimili sono anche le ipotesi in cui la legge processuale assegna al giudice il potere di valutare discrezionalmente, in base a parametri non giuridici, l'efficacia delle prove libere, sebbene in questi casi – si è osservato – l'attività giudiziale non si situi più nell'alveo dell'opera propriamente ermeneutica della legge (come accade per le norme c.d. aperte o elastiche), ma finisca per recuperare il parametro valutativo della prova dalle massime d'esperienza (per un richiamo a queste situazioni in rapporto all'esame del vizio di motivazione ex art. 360, n. 5, c.p.c., v. espressamente F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, II, 7^a ed., Milano 2013, 438 ss.; sul punto anche S. Patti, *Ragionevolezza e clausole generali*, 2^a ed., Milano 2016, 6 ss.).

(16) Per un accenno, nella dottrina italiana, al requisito della ragionevolezza della decisione come fondamento del vincolo di convincimento v., in particolare, N. Picardi, *Appunti sul precedente giudiziale*, cit., 207 s.

nevolezza non appare estraneo nemmeno al *dato normativo* nel quale si è soliti rintracciare (se non proprio il fondamento, almeno) una indicazione dell'efficacia (persuasiva) del precedente giurisprudenziale di legittimità nel nostro ordinamento giuridico. Ed infatti, se è vero che la regola di *stare decisis* rinviene il proprio fondamento in una *rule* di origine giurisprudenziale che, senza essere codificata in alcuna legge, è contraddistinta da una così antica tradizione che ne impone naturalmente il rispetto a qualsiasi grado della gerarchia giudiziaria⁽¹⁷⁾, non è men vero che si può rintracciare una qualche base normativa anche a sostegno dell'autorità del precedente giurisprudenziale nei sistemi di *civil law*. E ciò non solo in rapporto al precedente comunitario o costituzionale, la cui rigorosa vincolatività è imposta espressamente dalla legge⁽¹⁸⁾, ma anche in relazione al precedente persuasivo prodotto dai giudici ordinari nazionali e, per quanto più rileva, dalla Corte di cassazione nell'esercizio di quella funzione che va sotto il nome, ambiguo e ridondante, di *nomofilachia*⁽¹⁹⁾.

La previsione dell'art. 65, comma 1°, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 (c.d. legge sull'ordinamento giudiziario) rappresenta, secondo una impostazione ampiamente condivisa, il punto di partenza per il riconoscimento di un'efficacia di precedente alla pronuncia della Corte; un'efficacia, più precisamente, di induzione persuasiva all'adeguamento, da parte della stessa Corte ovvero dei giudici inferiori, alla lettura giurisprudenziale offerta, per l'apunto, nel precedente⁽²⁰⁾. È consueto, infatti, affermare che il perseguimen-

(17) Sulla distinzione tra *vertical* e *horizontal precedent* nel sistema angloamericano, v. *infra* la nota 34. Sul ruolo delle corti inferiori nella formazione del precedente cfr., invece, il classico studio di A.L. Goodhart, *Precedents in the Court of Appeal*, 9 *Cambridge L.J.* 349 (1947). Per il sistema nordamericano v., recentemente, J.W. Mead, *Stare decisis in the Inferior Courts of the United States*, 12 *Nev. L.J.* 787 (2012).

(18) Per la vincolatività *erga omnes* delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale (art. 136 Cost.) v., per tutti, A. Pizzorusso, *Stare decisis e Corte costituzionale*, in *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di G. Treves, Torino 1971, 31 ss. Con riferimento, invece, alle funzioni nomofilattiche della Corte di giustizia dell'Unione europea, in rapporto anche all'art. 267 t.f.u.e., v. Corte giust., 17 febbraio 2005, n. C-453/02 *Linneweber* e n. C-462/02 *Akritidis*; rispetto all'ordinamento italiano v., da ultimo, Corte cost. 13 luglio 2007, n. 284, in *Giur. cost.* 2007, 2780 ss. (secondo cui le pronunce della Corte europea hanno «operatività immediata negli ordinamenti interni»); Cass., 2 marzo 2005, n. 4466, in *Resp. civ. prev.* 2005, 1060 ss. [secondo cui le sentenze della Corte europea hanno «il valore di ulteriore fonte del diritto comunitario (...) in quanto (...) indicano il significato ed i limiti di applicazione» delle norme comunitarie], cui *adde* recentemente Cass. 11 dicembre 2012, n. 22577, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2013, 835 ss.

(19) Cfr., per tutti, G.F. Ricci, *Il giudizio civile di cassazione*, 2^a ed., Torino 2016, 29 ss.

(20) Per l'individuazione dell'art. 65 cit. come base normativa della efficacia persuasiva del precedente di legittimità v. già, espressamente, G. Gorla, *Postilla su «l'uniforme inter-*

to di un obiettivo come quello della «esatta osservanza» e della «uniforme interpretazione» della legge⁽²¹⁾ assicura non solo una corretta applicazione della legge nel caso concreto, ma anche la formazione di una corretta lettura della norma evocata in giudizio dalle parti e, in quanto corretta, idonea ad affermarsi coerentemente in tutti i casi analoghi e salvaguardare, per tale via, quella «unità del diritto oggettivo nazionale» in cui, alla fine, vengono a ricongiungersi tutti gli sforzi nomofilattici della Corte.

Orbene, l'accennata vocazione a individuare la corretta lettura giurisprudenziale della norma consente, dunque, alla Corte di astrarre il proprio giudizio dalle esigenze del caso concreto e offrire, unitamente alla censura dei vizi della sentenza denunciati dal ricorrente, una interpretazione *istituzionale* della disposizione che sia stata invocata in sede impugnatoria. Di qui, il riconoscimento alla Corte (*rectius*: alla sua attività interpretativa) di un ruolo che, se non ha certo un'attitudine creativa del diritto, mira nondimeno ad esprimere una visione della legge che sia suscettibile di essere *replicata* in casi analoghi; ed è una caratteristica, quest'ultima, che consegue, per l'appunto, alla individuazione di quella portata precettiva della norma che possa dirsi – per lo meno in un dato momento storico – *coerente* con il sistema giuridico di appartenenza della norma e altresì con il sistema di valori sociali ad esso sotteso⁽²²⁾. Il ruolo svolto dalla Corte finisce così per operare sia nell'interesse delle parti (o almeno della parte che veda accolta la propria istanza) sia nell'interesse di valori sovraindividuali, come quello della certezza e della prevedibilità della legge, ovvero – per ricorrere all'espressione generale impiegata in varie disposizioni del codice in tema di giudizio cassatorio – nell'«interesse della legge». Un ruolo, quello tratteggiato dall'art. 65 cit., che appare, dunque, consentaneo alla stessa origine storica della Corte⁽²³⁾ e, vieppiù,

pretazione della legge e i tribunali supremi», in *Foro it.* 1976, V, 127 ss. e, più diffusamente, oltre agli Autori citati nelle note precedenti, A. Bonsignori, *Il precedente giudiziario in materia processuale*, in *Contratto impr.* 1987, 405 ss.; M. Bin, *Funzione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario*, *ivi*, 1988, 545 ss.

⁽²¹⁾ Di «singolare incrocio fra i due sostantivi e i due aggettivi» impiegati nella disposizione dell'art. 65, comma 1°, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, di talché l'esattezza sarebbe un attributo specifico della interpretazione e l'uniformità un carattere proprio della osservanza della legge, discorre efficacemente C. Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 2^a ed., Padova 2008, 214, nota 19.

⁽²²⁾ Per le critiche nei confronti di una lettura rigorosamente positivistico-formalistica della disposizione dell'art. 65 cit., cfr. soprattutto M. Taruffo, *La Corte di cassazione e la legge*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1990, 349 ss., in part. 353 ss.

⁽²³⁾ Cfr., per tutti, P. Calamandrei, *La cassazione civile*, II, Milano – Torino – Roma 1920, ora in *Opere giuridiche*, VII, Napoli 1976, 33 ss., 57 ss., 91 ss.

al progressivo riconoscimento legislativo di situazioni processuali nelle quali la funzionalizzazione del giudizio di cassazione al perseguimento di un obiettivo, per così dire, *extraprocedurale* completa e, ad un tempo, rafforza la visione nomofilattica dell'attività della Corte.

Il punto è tanto noto che, veramente, appare superfluo, in questa sede, indugiare su aspetti come la cassazione della sentenza nell'interesse della legge (art. 363, comma 1°, c.p.c.), la enunciazione (anche *ex officio*) del principio di diritto (artt. 384, comma 1° e 363, comma 3°, c.p.c.), il potere decisorio delle sezioni unite (art. 374, comma 2°, c.p.c.) o la correzione della motivazione in diritto della sentenza (art. 384, comma 3°, c.p.c.)⁽²⁴⁾. Il sistema che è dato ricostruire in ossequio a tali disposizioni suggerisce, infatti, chiaramente come la decisione della Corte debba assicurare, almeno in astratto⁽²⁵⁾, una tutela dell'interesse collettivo alla soluzione della *quaestio iuris* dedotta in giudizio (c.d. *ius constitutionis*) accanto alla tutela del più tradizionale interesse privato delle parti processuali al controllo della sentenza in punto di violazione della legge (c.d. *ius litigatoris*).

Ciò è ben documentato, del resto, anche dalle innovazioni più recenti della disciplina del giudizio di cassazione, nelle quali si rivela, a me pare, una significativa valorizzazione proprio del requisito della ragionevolezza sotteso al precedente giurisprudenziale. Ed infatti, da un lato, la previsione di un rafforzamento – seppure per il tramite di una norma ordinamentale⁽²⁶⁾ – del vincolo (temperato) di adeguamento delle sezioni semplici al precedente difforme delle sezioni unite esprime l'idea di un dialogo più serrato tra le componenti della Corte; un dialogo che, se non impone alle sezioni semplici un ineludibile (quanto inaccettabile nel nostro ordinamento)⁽²⁷⁾ rispetto del precedente, assoggetta nondimeno il dissenso (e la conseguente remissione alle sezioni unite della questione controversa) ad

⁽²⁴⁾ Accanto a questi elementi l'ordinamento processuale rinviene ulteriori indici sintomatici della funzione nomofilattica della Corte nel coinvolgimento necessario del pubblico ministero nella fase di discussione del ricorso (artt. 379, comma 3° e 380-ter c.p.c.) e, più in generale, nella garanzia costituzionale del sindacato di legittimità avverso tutte le «sentenze» (art. 111, comma 7°, Cost.): v., sul punto, V. Denti, *A proposito di Corte di cassazione e di nomofilachia*, in *Foro it.* 1986, V, 417 ss.; C. Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., 214 ss.

⁽²⁵⁾ Sulla scarsa efficacia in concreto della funzione nomofilattica svolta dalla Corte cfr. V. Denti, *A proposito di Corte di cassazione e di nomofilachia*, cit., 418; S. Chiarloni, *In difesa della nomofilachia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1992, 123 ss, in part. 125 s.

⁽²⁶⁾ Di norma «non già processuale, ma ordinamentale», in quanto espressione di un «dovere funzionale (...) tutto interno alla istituzione Cassazione», discorre, in particolare, C. Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., 220 s.

⁽²⁷⁾ Cfr., in questo senso, S. Chiarloni, *Prime riflessioni su recenti proposte di riforma del giudizio di cassazione*, in *Giur. it.* 2003, 817 ss., in part. 818, che paventava, già a

una motivazione che esprima una soluzione giuridica ispirata ad una razionalità diversa e più aderente alle specificità del caso concreto e alle esigenze complessive del sistema giuridico (art. 374, comma 3°, c.p.c.)⁽²⁸⁾.

Dall'altro lato, l'introduzione di un esame di ammissibilità del ricorso sulla scorta di un giudizio di bilanciamento tra il valore della stabilizzazione della «giurisprudenza della Corte» e quello dell'apertura al riesame della *quaestio iuris* riproposta col ricorso (art. 360-bis, n. 1, c.p.c.) evidenzia la considerazione che il legislatore ha inteso riservare non solo alle peculiarità del caso concreto, ma anche a quelle argomentazioni giuridiche che, pur concernendo un caso analogo a quelli oggetto dei precedenti conformi, suggeriscono un differente apprezzamento degli interessi e dei valori sottesi al giudizio di diritto della Corte⁽²⁹⁾.

Ecco dunque che il criterio della ragionevolezza traspare dalla stessa intelaiatura normativa che compone l'insieme di quelle situazioni processuali in cui si manifesta la funzione nomofilattica della Corte. Di talché la forza di persuasione argomentativa assunta dalla pronuncia di legittimità deve intendersi come il frutto della capacità (e del dovere) della Corte di offrire soluzioni interpretative che, essendo destinate a valere oltre il caso concreto, devono esprimere un significato della norma applicata che sia non solo coerente con il contesto normativo di riferimento, ma anche rispondente alle esigenze economico-sociali coinvolte dall'applicazione della norma al caso concreto. È solo una interpretazione di questo tipo, infatti, che può porsi come un parametro ermeneutico applicabile anche in situazioni analoghe dal giudice posteriore: non è la mera collocazione verticistica della Corte nel contesto della gerarchia giudiziaria ad imporre

commento del disegno di legge delega del 24 ottobre 2003, il rischio di una lesione alla garanzia di indipendenza della magistratura.

⁽²⁸⁾ Sulla funzione nomofilattica della norma introdotta dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 v. G.F. Ricci, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 477; F.P. Luiso, *Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni unite*, in *Giur. it.* 2003, 822 ss. V. anche A. Proto Pisani, *Su alcuni problemi organizzativi della Corte di cassazione: contrasti di giurisprudenza e tecniche di redazione della motivazione*, in *Foro it.* 1988, V, 27 ss., secondo cui l'approdo normativo raggiunto nel 2006 era già desumibile dall'art. 376, comma 3°, c.p.c.

⁽²⁹⁾ Nel senso che, malgrado il «disordine sistematico» che la contraddistingue (così G. Scarselli, *Il processo in Cassazione riformato*, in *Foro it.* 2009, V, 310 ss.), la disposizione introdotta dalla l. 18 giugno 2009, n. 69 consenta *in parte qua* non solo la modifica di un orientamento interpretativo della Corte, ma anche il suo rafforzamento, e quindi la sua conferma, alla luce delle argomentazioni comunque proposte dal ricorrente, v., in particolare, C. Consolo, *Una buona novella al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360-bis e 614-bis) va bene al di là della sola dimensione processuale*, in *Corriere giur.* 2009, 737 ss., in part. 740; R. Poli, *Il c.d. filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione*, in questa *Rivista* 2010, 363 ss., in part. 369 ss.

il riconoscimento di un valore persuasivo ai suoi precedenti (aspetto, quest'ultimo, che incide più profondamente rispetto all'operato dei giudici inferiori e ... degli avvocati che operano innanzi a tali uffici giudiziari), ma è soprattutto la funzione di tutela della legge – e cioè: l'affermazione di un'interpretazione coerente o, per l'appunto, ragionevole – ad assicurare l'affermazione del precedente di legittimità come criterio orientativo nella individuazione della portata precettiva di una norma.

3. – A ben vedere, però, il criterio della ragionevolezza può operare anche nel senso di giustificare quel tipo di decisione su un caso analogo con cui il giudice assuma un atteggiamento *critico* verso il precedente (fino ad allora) applicabile. Di qui, un esito dell'attività giudiziaria che può variare, a seconda del grado di criticità nei confronti del precedente, dall'affermazione della inapplicabilità della lettura giurisprudenziale alle peculiarità del caso concreto, fino alla vera e propria negazione di ragionevolezza del precedente in quanto regola precettiva o, comunque, lettura giurisprudenziale valevole per ogni caso analogo⁽³⁰⁾.

Ed infatti, se la stabilizzazione costituisce certamente un valore positivo della lettura giurisprudenziale di una norma, va tuttavia riconosciuto che l'allontanamento da una lettura giurisprudenziale stabilizzata, non costituisce sempre, di per sé, un aspetto negativo o, addirittura, distruttivo della logica del precedente. Esso rappresenta, invece, frequentemente l'argine alla *crystallizzazione* (o, se si preferisce, all'*immobilismo*) dell'interpretazione giurisprudenziale e, pertanto, lo strumento di apertura a quei cambiamenti giuridici e sociali che impongono un *adeguamento* o, se del caso, un *mutamento* della lettura giurisprudenziale consolidata.

Nei sistemi governati dalla regola del *binding precedent*, la possibilità del *distinguishing* e dell'*overruling* è apparsa quasi sempre connaturata, nonostante le critiche e le forti resistenze espresse soprattutto nel diritto inglese⁽³¹⁾, alla funzione di produzione del diritto che caratterizza, in quei

(30) Sul carattere necessariamente mutevole del precedente, seppure «per gravi o congrue ragioni», v., nella dottrina italiana, oltre ai tradizionali spunti di G. Gorla, *Les sections réunies de la Cour de cassation en droit italien: comparaison avec le droit français*, in *Foro it.* 1976, V, 117 ss. e Id., *Postilla su «l'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi»*, cit., 129 (da cui sono tratte le parole tra virgolette), S. Chiarloni, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti giurisprudenziali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1989, 118 ss., in part. 125 ss.; Id., *Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giurisprudenziale*, in questa *Rivista* 2001, 614 ss.; M. Taruffo, *La Corte di cassazione e la legge*, cit., 382 s.

(31) Sull'applicazione rigorosa della c.d. *doctrine of binding precedent* del diritto anglosassone, riconosciuta espressamente dalla *House of Lords* inglese nel 1898 [*London Street*

sistemi giuridici, la giurisprudenza e la stessa efficacia vincolante del precedente⁽³²⁾. È infatti l'apprezzamento degli interessi sostanziali (*sociali ed economici*) non ancora accolti dall'ordinamento positivo, e pertanto la possibilità di costituire nuove situazioni soggettive meritevoli di tutela, che induce frequentemente il giudice di *common law* ad un mutamento dell'indirizzo giurisprudenziale consolidato, allorché la valorizzazione dei nuovi interessi assicura una tutela diversa o, comunque, più efficace di quella sancita con il precedente *overruled*⁽³³⁾.

Tramways Ltd v. London County Council (1898) AC 375], e sulla limitata apertura del *Practice Statement* del 1966 con il riconoscimento della facoltà della Corte di «depart from a previous decision when it appears right to do so» [*Practice Statement* (1966) 3 All ER 77; *British Railways Board v. Herrington* (1972) AC 877], cfr. J.H. Langbein, *Modern Jurisprudence in the House of Lords: the Passing of London Tramways*, 53 *Cornell L. Rev.* 807 (1968). Assai significative sono le osservazioni critiche di A.L. Goodhart, *Precedents in the Court of Appeal*, cit., 349, 350, il quale, ancor prima del *Practice Statement*, raccoglieva le critiche verso le rigide conseguenze della regola del *binding precedent*, evidenziando come l'alternativa ad una ripetizione dell'errore non dovesse realizzarsi «by the uncertain, expensive, and dilatory method of legislation», bensì «[by] the power to reconsider occasionally the wisdom of the rules of law it [the House of Lords] had itself established». Per i riflessi nel dibattito italiano, v. M. Taruffo, *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1994, 411 ss., in part. 414 ss.; R. Mandelli, *Recenti sviluppi del principio dello stare decisis in Inghilterra e in America*, in questa *Rivista* 1979, 661 ss. Recentemente v. anche D. Freda, «Una dispotica creazione». *Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento*, Torino 2012, ove ampi riferimenti.

⁽³²⁾ L'approccio alla dottrina di *stare decisis* della giurisprudenza federale nordamericana è ben evidenziato nelle pronunce della Suprema Corte, secondo cui, se è vero che «[s]tare decisis is the preferred course, because it promotes the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process», è altrettanto vero che «[s]tare decisis is not an inexorable command» [*Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 827-828 (1991); *Helvering v. Hallock*, 309 U.S. 106, 119 (1940); *Hertz v. Woodman*, 218 U.S. 205, 212 (1910)]. Sul ruolo dell'*overruling* nella giurisprudenza nordamericana v., per tutti, S. Brenner – H.J. Spaeth, *Stare Indecisus. The Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946-1992*, Cambridge – New York – Melbourne 1995, 10 ss., 18 ss., 29 ss.

⁽³³⁾ La riflessione giuridica nordamericana riconosce anzi che tanto più il potere legislativo (e regolamentare) è attivo, tanto meno quello giurisprudenziale sia indotto a intervenire con una propria dichiarazione in materia: sulla diversa propensione al cambiamento dello *statutory precedent* e del *constitutional precedent* nella giurisprudenza federale, in ragione del diverso attivismo normativo da parte del potere legislativo, v., oltre alla celebre *dissenting opinion* di Justice Louis Brandeis in *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 405, 406-407 (1932) («in cases involving the Federal Constitution, where correction through legislative action is practically impossible, this Court has often overruled its prior decisions»), le osservazioni di W.N. Eskridge, *Overruling Statutory Precedent*, 76 *Geo. L.J.* 1361, 1362 (1988) («[t]he Court applies a relaxed, or weaker, form of that presumption when it reconsiders its constitutional precedents, because the difficulty of amending the Constitution makes the Court the only effective resort for changing obsolete constitutional doctrine. Statutory precedents, on the other hand, often enjoy a super-strong presumption of correctness») e di R.E. Barnett, *Response. It's a Bird, It's a Plane, No, It's Super Precedent:*

Ma un simile ragionamento non è estraneo nemmeno ai sistemi di *civil law* in cui il precedente giudiziario assume quanto meno una valenza fortemente orientativa per i giudici inferiori, i quali, pur restando *stricto iure* svincolati dal rispetto della decisione resa su un caso analogo, sono comunque chiamati a giustificare lo scostamento dal precedente conforme sul piano della maggiore ragionevolezza. È indubbio, ad esempio, che l'autorevolezza delle pronunce della Corte di cassazione, acquisita per il tramite della attribuzione di una funzione nomofilattica, sia tale da indurre le stesse sezioni semplici della Corte (ora anche *ex art. 374, comma 3°, c.p.c.*) e, vieppiù, i giudici inferiori⁽³⁴⁾ a *rispettare* la lettura interpretativa offerta dal giudice di legittimità, discostandosene *solo* a condizione che sia possibile addurre «*ragioni congrue, convincenti* a contestare e far venir meno l'*attendibilità* dell'indirizzo interpretativo rifiutato»⁽³⁵⁾.

Vero è tuttavia che, in questi sistemi giuridici, la giurisprudenza può vantare un potere assai più limitato nella valutazione degli interessi socio-economici non (ancora) positivizzati dall'ordinamento. Quando, infatti, l'attività giurisprudenziale è circoscritta al riconoscimento, nel caso concreto, della esistenza di un diritto soggettivo (già tutelato in generale dall'ordinamento positivo), la sua funzione finisce per esaurirsi nella *corretta individuazione della portata precettiva della norma invocata* e nella sua conseguente *corretta applicazione nel caso concreto*. Di talché, la scelta di discostarsi da un indirizzo interpretativo appare ragionevole se la sua applicazione finisce per palesare una *sopravvenuta incoerenza* rispetto al

A Response to Farber and Gerhardt, 90 *Minn. L. Rev.* 1232 (2006). Cfr. anche *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. 164, 172-173 (1989).

⁽³⁴⁾ Mentre il principio del *binding precedent* obbliga i giudici di *common law* al rispetto del precedente della *superior court* (intesa, per lo più, come organo di vertice dell'organizzazione giudiziaria: *Supreme Court, House of Lords*, ecc.) e ammette una possibilità di modifica del precedente soltanto ad opera della medesima *superior court* (c.d. *horizontal precedent*), il principio del *persuasive precedent* tollera che i giudici di prima e seconda istanza disattendano, seppure motivatamente, il precedente della *superior court* (c.d. *vertical precedent*). Su questa differenza v. D.L. Shapiro, *The Role of Precedent in Constitutional Adjudication: An Introspection*, 86 *Tex. L. Rev.* 929 (2008), che contrappone «*the question whether and to what extent higher court precedents should bind lower courts*» all'«*horizontal problem of the effect of a court's own precedents on its future decisions*»; a proposito dello «*hierarchical precedent*», v. anche E.H. Caminker, *Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?*, 46 *Stan. L. Rev.* 817 (1994).

⁽³⁵⁾ Così Cass. 3 dicembre 1983, n. 7248, in *Notiz. giur. lav.* 1984, 111 ss. (il corsivo è nostro) con riguardo alla posizione dei giudici di merito; nondimeno, un'analoga considerazione, tanto più all'indomani del novellato art. 374, comma 3°, c.p.c., sembra valere anche nei rapporti tra le stesse sezioni della Corte di legittimità (l'ordinanza di rimessione alle sezioni unite, del resto, deve essere «motivata»).

sistema legislativo vigente ovvero rispetto alla finalità complessivamente perseguita dal legislatore.

Appurato che nei sistemi di *civil law* l'impiego del canone della ragionevolezza non può consentire che la decisione si basi direttamente sull'apprezzamento di interessi socio-economici *nuovi* (non ancora, cioè, riconosciuti dall'ordinamento positivo) ⁽³⁶⁾, sembra lecito chiedersi quali siano, in questi sistemi, le *ricadute* (e i possibili *rimedi*) della scelta giudiziale di mutare una precedente decisione. Non è, infatti, troppo difficile convincersi che la scelta del giudice di disattendere un indirizzo giurisprudenziale, anche quando soddisfa le menzionate esigenze di ragionevolezza e coerenza rispetto al contesto normativo di riferimento, finisce inevitabilmente per incidere sull'*affidamento* che le parti hanno riposto nell'adesione al precedente da parte del giudice adito. L'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale costituisce, infatti, una condizione a cui il sistema giuridico tende naturalmente, in quanto ne assicura l'intrinseca coerenza e, in definitiva, la sopravvivenza. Per questa stessa ragione, però, l'uniformità interpretativa finisce anche per alimentare una situazione di *apparenza giuridica* in forza della quale coloro che si trovano nelle condizioni (fattuali e giuridiche) che sono *presupposte* da un precedente giudiziario sono indotti a considerare tale precedente come la regola precettiva che troverà applicazione anche nei futuri casi analoghi, in ossequio alla tendenza dell'ordinamento a favorire la formazione di interpretazioni giurisprudenziali che siano, per l'appunto, uniformi.

D'altra parte, la prospettiva della salvaguardia dell'affidamento è comune ad una larga parte della riflessione dottrinale e giurisprudenziale in materia; e ciò, com'è evidente, poiché la tutela dell'affidamento finisce per assicurare un trattamento egualitario in situazioni giuridiche analoghe, impedendo la formazione di orientamenti incoerenti o contraddittori che finirebbero per disorientare non solo le parti, ma tutti coloro che, trovandosi in situazioni analoghe a quelle rappresentate in giudizio dalle parti, possono vantare un interesse al compimento di quegli atti (giuridicamente rilevanti) su cui incidono le conclusioni della nuova lettura giurisprudenziale.

Ora, se con riguardo al precedente in materia *processuale* l'affidamento incolpevole della parte sembra rinvenire un'efficace forma di tutela nella

⁽³⁶⁾ Come detto, un certo margine di discrezionalità può essere tuttavia recuperato dal giudice di *civil law* con riguardo all'applicazione delle c.d. norme aperte o elastiche che rimandano all'apprezzamento di valori sociali per l'individuazione del parametro precettivo contenuto in una clausola generale: v. *supra* la nota 15.

possibilità – ora, peraltro, generalizzata – della rimessione in termini da parte del giudice⁽³⁷⁾, non poche perplessità sono suscitate, invece, dall'opportunità di prevedere strumenti di salvaguardia dell'affidamento con riguardo al precedente in materia *sostanziale*. Sebbene in una tale evenienza il problema della tutela dell'affidamento si prospetti addirittura con maggiore gravità rispetto al caso del precedente in materia processuale, gli interrogativi sull'opportunità di salvaguardare l'aspettativa dei consociati al rispetto di un tale tipo di precedente si giustificano per ciò solo che, in questo caso, le implicazioni del mutamento giurisprudenziale sono spesso considerate alla stregua di *costi di transazione* sostanzialmente *tollerabili* secondo la logica che governa ordinariamente il funzionamento di un determinato settore di attività⁽³⁸⁾. Ed in effetti, è innegabile che l'incertezza del contesto normativo rappresenti un fattore caratteristico dell'attività economica, a cui è difficile porre efficacemente rimedio se non sostenendo costi addirittura maggiori di quelli che si vorrebbero prevenire eliminando i margini di incertezza dovuti alle modifiche normative o giurisprudenziali (si pensi, ad esempio, agli investimenti necessari a comprendere la portata della nuova regola giurisprudenziale e a conformare il futuro comportamento negoziale ovvero ai costi imposti dalla necessità di ridefinire i rapporti negoziali e commerciali preesistenti al *revirement*)⁽³⁹⁾.

Tuttavia, se si cerca di affrontare il problema con minore arrendevolezza, non sembra troppo azzardato sostenere che una tutela dell'affidamento nel rispetto di un precedente in materia sostanziale non solo sia possibile, ma possa anche contenere efficacemente (senza comportare,

(37) Così, espressamente, Cass. 17 giugno 2010, n. 14627 e Cass. 2 luglio 2010, n. 15811, in *Foro it.* 2010, I, 3050 ss. Sull'applicazione della rimessione in termini *in parte qua* v., soprattutto, C. Punzi, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti di interpretazione di norme processuali*, in questa *Rivista* 2011, 1337 ss., in part. 1353; G. Ruffini, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e «giusto processo»*, *ibidem*, 1390 ss., in part. 1393 ss.

(38) Sulla sufficienza delle tecniche di controllo del rischio (quali, ad esempio, la diversificazione delle attività produttive o l'estensione delle coperture assicurative) al fine di contenere i *transition costs* dovuti ad un mutamento normativo o giurisprudenziale, v. J.E. Fisch, *Retroactivity and Legal Change: An Equilibrium Approach*, 110 *Harv. L. Rev.* 1056, 1090-1091 (1997); L. Kaplow, *An Economic Analysis of Legal Transitions*, 99 *Harv. L. Rev.* 511, 543-550 (1986).

(39) Sui *transition costs* impliciti negli interventi di *overruling* v. R.J. Kozel, *Precedent and Reliance*, cit., 1471-1485; C. Nelson, *Stare decisis and Demonstrably Erroneous Precedents*, 87 *Va. L. Rev.* 1, 63 (2001); T.R. Lee, *Stare Decisis in Economic Perspective: An Economic Analysis of the Supreme Court's Doctrine of Precedent*, 78 *N.C. L. Rev.* 643, 651-652 (2000).

cioè, eccessivi costi di transazione per le parti) gli effetti pregiudizievoli del *revirement*. Quel che pare certo è che una tutela dell'affidamento non può realizzarsi, in questi casi, attraverso un meccanismo che si limiti a salvaguardare l'aspettativa *specific*a della parte, ma va rimessa ad una valutazione *generale* con cui il giudice, allorché individua la *ratio decidendi* del caso concreto, si impegna a considerare, unitamente alle ragioni di fatto e di diritto della decisione, i possibili costi di transazione che il *revirement* finisce per provocare sulla generalità degli *stakeholders*.

Laddove, infatti, si è cercato di salvaguardare l'aspettativa individuale alla sequela del precedente, si è incorso inevitabilmente in qualche forzatura sistematica che ha finito per giustificare, in misura maggiore o minore, il rifiuto della soluzione prospettata. A tal proposito, è significativo ricordare quell'impostazione dottrinale che ha inteso equiparare la regola (processuale) sancita in una decisione innovativa (con cui, cioè, sia stato disatteso un orientamento giurisprudenziale consolidato) ad un vero e proprio *ius superveniens* inidoneo ad incidere sulla lite pendente e, pertanto, incapace di ledere l'affidamento delle parti nell'applicazione dell'indirizzo prevalente⁽⁴⁰⁾. Le osservazioni critiche rivolte a tale opinione, che pur si fonda sul valore della predeterminazione delle regole processuali, coincidono sostanzialmente, se non m'inganno, con la presa di posizione assunta, di fronte al problema che ci occupa, dalla stessa giurisprudenza di legittimità, la quale, recependo un orientamento interpretativo consolidato, ha colto un limite invalicabile per la retroattività della decisione nel carattere tipicamente *applicativo*, e così solo *dichiarativo*, dell'attività giurisdizionale⁽⁴¹⁾.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. R. Caponi, *Il mutamento di giurisprudenza costante in materia di interpretazione di norme processuali come jus superveniens retroattivo*, in *Foro it.* 2010, V, 311 ss., in part. 313 s. Va osservato che la tesi in parola è stata elaborata con riferimento all'evenienza in cui il mutamento giurisprudenziale riguardi l'interpretazione di una norma *processuale* e non *sostanziale*; nondimeno, a me pare che le conclusioni raggiunte possano essere esaminate, seppure criticamente, anche in rapporto a tale ultima categoria di norme, poiché ciò che più rileva *in parte qua* è che l'affidamento della parte *non* risulti tutelabile attraverso la rimessione in termini: e questo è proprio quello che accade sia nel caso del precedente in materia sostanziale, sia nel caso del precedente in materia processuale allorquando non si sia verificato un impedimento incolpevole (v. Cass., Sez. Un., 9 settembre 2010, n. 19246, *ibidem*, I, 3014 ss.). Sulla qualificazione della giurisprudenza di *common law* alla stregua del diritto straniero applicabile v., per l'ordinamento tedesco, W. Ernst, *Englische Judikatur als Auslandsrecht*, in T. Ackermann – J. Köndgen (Hrsg.), *Privat- und Wirtschaftsrecht in Europa. Festschrift für Wulf-Henning Roth zum 70. Geburtstag* (München: 2015), 83-106.

⁽⁴¹⁾ Cfr., in particolare, Cass., Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Foro it.* 2011, I, 2254 ss. In dottrina v. G. Costantino, *Gli orientamenti della Cassazione su mutamenti di giurisprudenza e affidamento incolpevole*, in *Foro it.* 2011, V, 150 ss.; C. Consolo, *Le Sezioni*

D'altra parte, le osservazioni ora riportate, e soprattutto la conclusione che esse lasciano scorgere, hanno una sostanziale e sorprendente consonanza con le critiche rivolte alla tecnica giurisprudenziale del c.d. *prospective overruling* nei sistemi di *common law*. Una tecnica, quest'ultima, che si è affermata soprattutto nella giurisprudenza nordamericana, tradizionalmente ispirata da una visione più «liberal» della dottrina di *stare decisis* (42), allorché l'esigenza di tutelare l'affidamento nel precedente consolidato è stata assicurata mediante una limitazione *pro futuro* dell'efficacia del nuovo corso interpretativo. Nondimeno, la sottrazione del caso concreto (43) all'applicazione della nuova regola giurisprudenziale finisce per snaturare la stessa funzione giurisdizionale, in quanto l'*overruling decision* viene ad esprimere una soluzione della controversia che, essendo governata da un principio ritenuto (ed, anzi, proclamato) inapplicabile in futuri casi analoghi, genera un'inaccettabile disparità soggettiva (44).

Le cose cambiano, però, e notevolmente, non appena si muta angolo visuale e si viene a considerare il problema della tutela dell'affidamento in una prospettiva che – come detto – superi il singolo rapporto processuale e le parti che siano in esso coinvolte. È, questa, la prospettiva offerta, in particolare, dalla più recente dottrina nordamericana (45); una dottrina che ha preso le mosse dal superamento delle motivazioni che accompagnano tradizionalmente i tentativi di tutela dell'affidamento della parte nella sequela del precedente. Il minor rigore con cui la giurisprudenza della *Supreme Court* attua la dottrina di *stare decisis* ha consentito, infatti, di

Unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «internet-addicted» e pure «veggente», in Giur. cost. 2012, 3166 ss.

(42) Così S. Brenner – H.J. Spaeth, *Stare Indecisus. The Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946-1992*, cit., 1. V. anche i richiami alla nota 32.

(43) E, con esso, delle altre controversie già insorte e pendenti su un caso analogo.

(44) Le critiche alla tecnica del c.d. *prospective overruling* sono assai diffuse nel dibattito dottrinale nordamericano (R.J. Kozel, *Precedent and Reliance*, cit., 1487) e negli stessi interventi più equilibrati della *Supreme Court* [*Harper v. Va. Dep't of Taxation*, 509 U.S. 86, 97 (1993): «[w]hen this Court applies a rule of federal law to parties before it, that rule is the controlling interpretation of federal law and must be given full retroactive effect in all cases still open on direct review and as to all events, regardless of whether such events predate or postdate our announcement of the rule»; *United States v. Carlton*, 512 U.S. 26, 33-34 (1994): «[a]n entirely prospective change in the law may disturb the relied-upon expectations of individuals»]. In dottrina v., per tutti, A.G.L. Nicol, *Prospective Overruling: A New Divide for English Courts?*, 39 *Mod. L. Rev.* 542 (1976); R.J. Traynor, *Quo Vadis, Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsibility*, 50 *Hastings L. J.* 771 (1999) ove ampi richiami.

(45) L'opinione è quella di R.J. Kozel, *Precedent and Reliance*, cit., 1459 ss.; Id., *Settled versus Right: Constitutional Method and the Path of Precedent*, 91 *Tex. L. Rev.* 1843, 1855-1863 (2012); Id., *The Scope of Precedent*, 113 *Mich. L. Rev.* 179, 204-211 (2014).

considerare l'affidamento nel precedente come un interesse a cui sarebbe arduo poter accordare altro pregio che quello dell'equità e, quindi, in definitiva, della conservazione dei valori del precedente vincolante. Al contrario, la consapevolezza che il rispetto del precedente non costituisce affatto «*an inexorable command*»⁽⁴⁶⁾ e che si offrono, quindi, spazi per un mutamento interpretativo volto ad assicurare una tutela più coerente con il sistema giuridico, ha indotto a considerare l'affidamento soggettivo, non già come un valore assoluto (meritevole, cioè, di tutela in quanto tale), bensì come un valore *strumentale* che appare meritevole di tutela nella misura in cui consente di attenuare o eliminare i *costi di transazione* imposti dal *revirement* giurisprudenziale.

Non si può dire veramente che questa impostazione dottrinale, nemmeno nel rinnovato interesse rivelato da studi recenti sulla figura dell'affidamento⁽⁴⁷⁾, abbia ricevuto l'attenzione che merita. Eppure, l'introduzione di un «*conceptual shift*» che sposti il punto di equilibrio della tutela dell'affidamento dalla «*backward-looking reliance*» alla «*forward-looking disruption*» sembra, in effetti, l'unico strumento realmente capace di superare un'insoddisfacente tutela della «*reliance qua reliance*» per consentire, invece, un efficace controllo dei «*disruptive costs of adjudicative change going forward*»⁽⁴⁸⁾. Del resto, che la tutela dell'affidamento risulti insoddisfacente allorché punti a salvaguardare le aspettative di equità del singolo rispetto a quanti abbiano beneficiato in passato dell'applicazione del precedente è ben dimostrato dal fatto che frequentemente il singolo è in grado non solo di prevedere lo sviluppo di una tendenza interpretativa⁽⁴⁹⁾, ma anche di adeguare le proprie scelte giuridiche ed economiche nel senso di attenuare efficacemente le prevedibili ricadute di un mutamento del precedente⁽⁵⁰⁾.

(46) Così *Payne v. Tennessee*, cit., 828.

(47) Nel dibattito nordamericano v. H.Y. Levin, *A Reliance Approach to Precedent*, 47 *Ga. L. Rev.* 1035 (2013).

(48) Così R.J. Kozel, *Precedent and Reliance*, cit., 1486.

(49) R.J. Kozel, *Precedent and Reliance*, cit., 1474-1478: «*[t]he assumption that stakeholders have meaningful choices about how they react to judicial decision (...) does not justify protecting reliance in the many situations in which stakeholders reactions to precedent are truly discretionary (...). Not every precedent is situated identically in terms of its probable durability. Certain precedents are plainly more likely than others to be reconsidered and overruled (...). Stakeholders remain capable of recognizing that certain precedents – such as those recently issued from a closely divided Court – are more likely candidates for reconsideration*».

(50) Nel senso che una reale esigenza di tutela della ragioni di equità del singolo, in questi casi, non sussiste, v. R.J. Kozel, *Precedent and Reliance*, cit., 1477-1478: «*notwithstanding the lack of a private insurance market, stakeholders may avail themselves of other measures to mitigate their risk in the event of an overruling. Most obviously, they can restrict*

Al contrario, adeguare la decisione nel senso che venga a corrispondere ad una soluzione idonea a contenere (o, se possibile, eliminare) i *transition costs* insiti in un *revirement* giurisprudenziale consente di spostare risolutivamente il problema:

- dal piano della preclusione del mutamento o della eliminazione dei suoi effetti pregiudizievoli per le parti e quanti abbiano compiuto scelte (giuridiche ed economiche) sul presupposto della continuazione del precedente,

- al piano della gestione efficace delle future ricadute giuridiche ed economiche di un *revirement* giurisprudenziale su tutti coloro nei cui confronti la decisione è destinata a produrre effetti e, specialmente, su quanti subiscono i limiti di una razionalità limitata o di un'asimmetria informativa⁽⁵¹⁾.

Ebbene, una siffatta tutela dell'affidamento sembra invocabile anche nel nostro ordinamento, in quanto l'idea che il precedente non costituisca «*an inexorable command*» è tutt'altro che avulsa dal sistema del *persuasive precedent*. Anche quest'ultimo, quindi, non dev'essere più considerato soltanto come il prodotto di un'attività processuale del passato rispetto al quale il giudice posteriore è chiamato a valutare l'applicabilità e, dunque, la persuasività della *ratio decidendi*, ma piuttosto come il momento nel quale si viene a formare una decisione che potrà fungere da regola precettiva (oltre che, inevitabilmente, per le parti processuali) per tutti coloro che hanno operato e opereranno nell'ambito economico-sociale rispetto al quale tale regola è destinata a trovare applicazione. La salvaguardia dell'affidamento viene così a costituire necessariamente un *criterio orientativo* nella individuazione del miglior principio regolatore della questione giuridica posta dal caso concreto, affinché la soluzione offerta dal giudice, soprattutto quando tende a *discostarsi* da un orientamento consolidato, risponda non solo alle esigenze imposte dal contesto normativo di riferimento, ma anche alle esigenze di prevenzione o attenuazione dei prevedibili costi di adeguamento al nuovo principio regolatore.

Poste queste premesse, si potrà forse anche concludere che la soluzione prospettata appare, per molti versi, difficilmente controllabile o sanzionabile; nondimeno, una prudente considerazione dei costi di transazione oggettivamente imposti da un mutamento giurisprudenziale finisce per rappresentare un profilo necessario e ineludibile, io credo, della stessa

the extent to which they make affirmative and calculated choices to exploit favorable judicial decisions as a means of achieving objectives such as profit maximization».

⁽⁵¹⁾ R.J. Kozel, *Precedent and Reliance*, cit., 1485-1496; 1496-1506.

funzione nomofilattica della Corte di cassazione. A quel che pare, infatti, una tale considerazione si rivela l'unico strumento realmente praticabile e pragmaticamente equilibrato per salvaguardare – in occasione di un *revirement* giurisprudenziale e, dunque, dell'affermazione di una soluzione più ragionevole e coerente col sistema legislativo vigente – le aspettative di coloro che erano portatori di un interesse alla conservazione di un dato indirizzo giurisprudenziale.

D'altra parte, non sembra che la giurisprudenza di legittimità trascuri una valorizzazione – forse, però, ancora troppo timida e, per molti versi, implicita – dell'incidenza dei costi di transazione insiti in talune delle sue pronunce innovative. Solo per accennare ad alcuni recenti interventi giurisprudenziali, può farsi menzione, io credo, della vicenda che ha condotto la Suprema Corte ad ammettere, in occasione della modificazione della domanda di esecuzione del contratto in domanda di risoluzione per inadempimento, l'estensione della *mutatio libelli* alle correlate istanze restitutorie e risarcitorie, sulla base della «funzione complementare» che tali istanze svolgono (anche) rispetto al rimedio volto ad ottenere la rimozione degli effetti del sinallagma⁽⁵²⁾. Ebbene, l'evoluzione giurisprudenziale sul punto – come ricostruita dal più recente e autorevole intervento della Suprema Corte – ha visto succedersi ben cinque precedenti inclini ad ammettere, sulla scorta del vincolo di accessorietà, che la variazione della tutela promossa dal contraente non inadempiente si completasse legittimamente attraverso la proposizione di un'istanza restitutoria del *praestatum* e/o risarcitoria dei danni da inadempimento⁽⁵³⁾. Un successivo intervento della Suprema Corte, espressivo di un più vasto orientamento in punto di rapporti tra rimedi contrattuali e rimedio risarcitorio, ha mutato però l'indirizzo interpretativo consolidato, enfatizzando in particolare le differenze strutturali tra l'azione risolutoria e quella risarcitoria (*sub specie* di *causa petendi* e *petitum*) allo scopo di precludere la proposizione di quest'ultima in sede di *mutatio libelli* ex art. 1453 c.c.⁽⁵⁴⁾.

Il *revirement* è stato, infine, disatteso dalle Sezioni Unite, le quali, come accennato, hanno composto il sopravvenuto contrasto interpretativo

(52) Così Cass., Sez. Un., 11 aprile 2014, n. 8510; in questa stessa prospettiva, v. anche Cass., Sez. Un., 15 giugno 2015, n. 12310, in questa *Rivista* 2016, 807 ss., con nota di E. Merlin, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*.

(53) I precedenti richiamati sono Cass. 19 novembre 1963, n. 2995; Cass., Sez. Un., 18 febbraio 1989, n. 962; Cass. 27 novembre 1996, n. 10506; Cass. 31 maggio 2008, n. 26325 e Cass. 27 maggio 2010, n. 13003.

(54) Si tratta di Cass. 23 gennaio 2012, n. 870.

in favore dell'orientamento estensivo; di talché, la conclusione della Corte, se è apparsa *prima facie* espressione di un mutamento del precedente restrittivo, si è rivelata, in realtà, conservatrice dell'impostazione più consolidata nella propria giurisprudenza, mostrando altresì attenzione – per quanto qui interessa – alle ricadute economiche che avrebbe determinato un'eventuale conferma dell'indirizzo disatteso. Ed infatti, l'estensione della *mutatio libelli* è stata accolta, se non proprio sulla scorta di una vera e propria valorizzazione dei *transition costs*, per lo meno sulla base di una analisi approfondita dell'interesse del contraente non inadempiente⁽⁵⁵⁾.

La considerazione di tali aspetti rafforza così la conclusione raggiunta dalla Corte, che, disattendendo l'orientamento restrittivo, ha palesato come il *revirement* non meriti accoglimento in quanto insensibile alle ricadute economiche nei confronti di coloro che, confidando nella possibilità di modificare nel corso del giudizio l'originaria domanda di adempimento in una domanda di risoluzione, hanno fatto affidamento sulla possibilità di ottenere il contestuale ristoro dal danno da inadempimento.

MARCELLO GABOARDI

Ricercatore nell'Università Bocconi

⁽⁵⁵⁾ Secondo la Corte, «[p]recludere la tutela complementare restitutoria e risarcitoria, vanificherebbe la finalità di concentrazione che il codice civile ha inteso perseguire accordando al contraente in regola lo *ius variandi* nel corso di uno stesso ed unico giudizio. La vittima dell'inadempimento (...) sarebbe costretta ad intraprendere un nuovo e separato processo, con la frammentazione delle istanze giurisdizionali e l'allungamento dei tempi complessivi necessari ad ottenere l'integrale soddisfazione delle proprie ragioni» (così Cass., Sez. Un., 11 aprile 2014, n. 8510, cit.).