

FUNZIONI DELLE CORTI SUPERIORI NEL SECOLO XXI

FUNCTIONS OF HIGHER COURTS IN THE 21ST CENTURY

Teresa Arruda Alvim*

Professore associato nei corsi di laurea, specializzazione,
master e dottorato della Pontificia Università Cattolica di San Paolo.

RIASSUNTO: Di tutte le funzioni delle Corti Superiori trattate dalla dottrina classica, quella che sembra essere la più tipica dell'epoca in cui viviamo è quella *paradigmatica*. In alcuni paesi, anche di tradizione civilista, questa funzione *paradigmatica* è diventata *normativa*. Questo fenomeno ha finito per implicare l'allontanamento dal dogma secondo cui i fatti non vengono esaminati nei tribunali di vertice.

PAROLE CHIAVE: Funzione *paradigmatica*, funzione *normativa*, importanza dei fatti, dialogo con la società

ABSTRACT: Of all the functions of Supreme Courts addressed by classical doctrine, the one that seems to be most typical of the era we are living in is the *paradigmatic* function. In some countries, even civil law jurisdictions, this *paradigmatic* function has become *normative*. This phenomenon has ultimately led to the depart from the dogma that facts are not examined in the highest courts.

KEYWORDS: *Paradigmatic* function, *normative* function, importance of facts, dialogue with society

SOMMÁRIO: 1. INTRODUZIONE.— 2. ORIGINI.— 3. FUNZIONI CLASSICHE DELLE CORTI SUPERIORI: 3.1. Funzione *nomofilattica*; 3.2. Funzione *uniformatrice*.— 4. FUNZIONI CONTEMPORANEE DELLE CORTI SUPERIORI: 4.1. Funzione "*dikelógica*"; 4.2. Funzione *paradigmatica*; 4.3. Dalla funzione *paradigmatica* alla funzione *normativa*. La partecipazione del potere giudiziario alla creazione del diritto. L'importanza dei fatti.— 5. CONCLUSIONE.— BIBLIOGRAFIA.

* <https://orcid.org/0000-0002-9606-0010>.

1. INTRODUZIONE

La mia relazione si pone l'obiettivo di dimostrare che le società del xx secolo hanno finito per esigere dalle corti superiori un ruolo differente da quello originario.

Le corti "di vertice" espletano ancora alcune delle funzioni concepite al momento della propria creazione, ma nel tempo ne hanno assunte altre, provenienti dalla necessità di servire a società molto diverse da quelle che esistevano all'epoca in cui furono costituite.

Le nuove funzioni che, attualmente, le corti superiori esercitano nel mondo, con maggiore o minore intensità, hanno, a quanto ci pare, causato la demolizione di due dogmi: il primo è che le corti superiori non esaminano i fatti; e il secondo — che è evidente nella concezione che si ha del potere giudiziario nei paesi di *civil law*, fin dall'istituzione della teoria della tripartizione dei poteri — è che il giudice non partecipa alla costruzione del diritto.

Cercheremo di dimostrare che per l'attività interpretativa, com'è concepita attualmente, molte volte si rende assolutamente necessario l'esame dei fatti affinché si stabilisca il *senso della norma*.

Mostreremo anche che, con il passare del tempo, diventa sempre più difficile per il legislatore disciplinare in modo minuzioso la realtà, il che lascia uno spazio interpretativo significativo ai magistrati, generando molto spesso decisioni contrastanti. Dinanzi a tale quadro, se non si rafforzerà significativamente la funzione uniformatrice e paradigmatica delle corti superiori, e talvolta perfino la loro funzione normativa, si avrà un'intollerabile offesa al principio d'uguaglianza e rimarrà compromessa la forma sistematica del diritto, la sua unità e la sua coesione.

2. ORIGINI

Le corti superiori sono nate dall'antica necessità di un controllo centralizzato dell'amministrazione della giustizia. Quest'esigenza era sentita persino prima della Rivoluzione francese.

Sotto l'*ancien régime* esisteva, in Francia, il *Conseil des parties*, espressione del potere esecutivo. Con l'intenzione di eliminare qualunque traccia del vecchio regime, i riformisti, figli della rivoluzione, ritennero opportuno creare invece un organo legato al parlamento. Esso doveva avere la funzione di controllare le decisioni giudiziali e verificare se queste fossero state assunte in conformità alla legge.¹ Al tempo della sua costituzione, non si voleva che tale organo fosse parte del potere giudiziario.

¹ Calamandrei (2019), p. 381.

Questo organo avrebbe evitato che i giudici si sentissero superiori alla legge.² E così, la *Cour de cassation* francese nacque (in Francia), non essendo esattamente una corte o un tribunale. Essa avrebbe dovuto funzionare *auprès du corps législatif*.

Tale circostanza può essere vista come il risultato di una rivalità tra parlamento e potere giudiziario.

È noto, d'altronde, che una delle cause della Rivoluzione Francese fu il desiderio di *evitare l'arbitrio dei giudici*. Per questo parve opportuno prevedere che l'organo incaricato di esercitare il controllo sulla conformità delle decisioni giudiziali alla legge rimanesse estraneo al potere giudiziario: in questo modo si sarebbe potuta controllare la legalità della decisioni dei giudici.

Siccome, per tale ragione, la Corte di cassazione francese non era una vera e propria corte, essa non decideva nessun caso: annullava semplicemente decisioni giudiziali ritenute contrarie alla legge.

Solo successivamente, nel periodo napoleonico, la Corte di cassazione venne inclusa nel potere giudiziario. Questo è il modello della Corte di cassazione italiana.

In questo quadro, chiaro è come l'esame dei fatti di causa fosse assolutamente escluso alla Corte di cassazione. La funzione di queste corti era, ed è tuttora, nella maggior parte dei casi, quella di dichiarare se una determinata decisione viola il testo di legge.

Le corti superiori possono esaminare i fatti nella versione loro fornita dalla decisione contro la quale si è proposta l'impugnazione. In alcuni casi, è persino ammesso il riesame delle prove dedotte nei precedenti gradi di giudizio. Tuttavia, quasi mai si ammette avanti alle corti superiori l'assunzione di nuove prove.

Anche se non è sempre facile distinguere tra una "*quaestio facti*" e una "*quaestio iuris*", la dottrina è stata indotta ad elaborare questa distinzione perché vi sono taluni istituti che possono essere usati soltanto ove venga in gioco una questione di diritto. Uno di questi istituti è proprio il ricorso in Cassazione nonché, in generale, i ricorsi indirizzati ai tribunali superiori negli ordinamenti di *civil law*.

Questo è vero per l'ordinamento francese dove, secondo Calamandrei, si è concepito il primo modello di Corte di cassazione; ed è altrettanto vero per la Corte di cassazione italiana. Negli ordinamenti francesi ed italiano, infatti, si ritiene che i giudici superiori devono "scoprire" il vero significato della norma. Scoperto tale significato, la norma viene messa a fianco della decisione giudiziale la cui legalità si vuole controllare, per verificare se la norma sia stata violata.

Per certi versi qualcosa di simile accade anche nei tribunali superiori di altri ordinamenti di *civil law*.

² Calamandrei (2019), p. 381.

È interessante osservare come la storia della Corte di cassazione francese mostri come questa abbia sempre più ampliato la nozione di questione di diritto.

In un primo momento si riteneva che soltanto leggi chiare, espressione di concetti precisi, avrebbero potuto essere violate. Quelle che avessero consentito una certa dose di discrezionalità al giudice, rinviando a concetti vaghi o indeterminati, non avrebbero mai potuto essere veramente violate.³

Lo stesso si può dire dell'attività della Corte di cassazione italiana. Nella concezione originale, essa non cassava decisioni giudiziali che interpretassero "una legge oscura".⁴

È interessante osservare che anche in Francia, dove si è riconosciuto che la Corte di cassazione ha, in una certa misura, anche un ruolo normativo, è evidente che questa correzione della decisione giudiziale è oggi più rilevante quando si tratta della violazione, da parte della decisione giudiziale, di norme che contengono concetti indeterminati.⁵

Scopo della Corte era di evitare che il giudice contraddicesse il potere legislativo. Secondo la concezione tradizionale delle corti superiori — specialmente quelle di Cassazione — infatti, la giurisprudenza non dovrebbe essere uniformata, bensì distrutta, poiché le decisioni giudiziali dovrebbero essere pronunciate in modo esatto e preciso in conformità alla legge, senza alcuna sua interpretazione.⁶

3. FUNZIONI CLASSICHE DELLE CORTI SUPERIORI

Storicamente, si indicano due funzioni fondamentali delle corti superiori: (i) la funzione nomofilattica e (ii) la funzione unificatrice.

Secondo alcuni studiosi queste due funzioni, essendo fra loro legate in modo indissolubile, ne rappresenterebbero, in realtà, una sola.⁷ Adottiamo, però, in

³ "Plus tard, on a généralement rejeté le conceptualisme basé sur la distinction entre les notions définies et les notions indéfinies. Mais la tendance originale de la Cour à délimiter strictement son contrôle sur les juges du fond a été favorisée par une autre théorie, développée notamment par M. Chenon. Le point de départ de cette théorie est la distinction entre les notions légales ayant une signification précise et déterminée par la loi et les notions légales comportant une certaine latitude d'appréciation. Selon cette théorie, les magistrats de cassation ne peuvent contrôler la légalité de la qualification des faits que dans le premier cas. Pour les autres notions, au contraire, on nie la possibilité d'une opération logique : l'attribution de la qualification est considérée comme le résultat d'une *appréciation morale* en présence de l'ensemble des circonstances de la cause ; la qualification est en pareil cas jugée comme inséparable de la constatation de fait et, par conséquent, non susceptible de contrôle". Habscheid (1968), p. 88.

⁴ Calamandrei (2019), p. 426.

⁵ "La funzione giurisdizionale e normativa può avere significato reale soltanto qualora la Corte realizzi un lavoro pedagogico per mezzo delle proprie decisioni, cosa che richiede il tempo di stendere motivazioni lunghe". Nell'originale: "A função jurisprudencial e normativa só pode ter um significado real se a Corte fizer um trabalho pedagógico por meio de suas decisões, o que demanda tempo para fazer motivações longas". Cadet (2017), p. 14.

⁶ Silva (1999), pp. 145-165.

⁷ Sánchez (2002), p.33 e ss.

questa relazione, la posizione sostenuta da Calamandrei, per il quale, nonostante la funzione uniformatrice chiarisca e integri quella nomofilattica, l'una non implica necessariamente l'altra. Il maestro italiano giustifica il suo punto di vista osservando che le ipotesi di cassazione non comprendono soltanto i casi in cui ci sia una pluralità simultanea di interpretazioni discordanti.⁸

La dottrina tradizionale italiana ancora descrive la funzione della Corte di cassazione soprattutto come funzione nomofilattica.⁹

Esaminiamo ognuna di esse, indicando, inoltre, i mutamenti che hanno subito nel corso del tempo.

3.1. Funzione nomofilattica

La funzione nomofilattica del ricorso di cassazione, come si è visto poco sopra, è stata largamente trattata da Calamandrei nella sua classica opera sulla cassazione civile.¹⁰ Per il maestro fiorentino, con l'applicazione corretta della legge alla soluzione di una lite s'intenderebbe far valere l'interesse pubblico e l'interesse delle parti. Per le parti, dunque, la corretta applicazione della legge consisterebbe nella soddisfazione di un interesse secondario, mentre il loro interesse primario consisterebbe nell'accoglimento della pretesa dedotta.

⁸ Calamandrei (1920), p. 104.

⁹ “La funzione di c.d. ‘nomofilachia’, assegnata per la prima volta alla Cassazione dall’art. 65 della l. 30 gennaio 1941, n. 12, è rimasta formalmente invariata fino ai giorni nostri: ora come allora, con il suo esercizio la Corte di vertice assolve al suo ruolo di organo di controllo posto a difesa del diritto obiettivo, tessendo il raccordo tra legislazione e giurisdizione”. (...)

“La Cassazione, in sostanza, per mezzo del filtro può astrattamente ‘liberarsi’ di tutti quei ricorsi che, dolendosi del fatto che il giudice di merito abbia risolto una questione di diritto in modo conforme all’orientamento della Cassazione, senza, però, articolare ragioni sufficienti per mutare un orientamento consolidato — che va sotto il nome di ‘giurisprudenza della Corte’ — non meritano di essere esaminati e decisi”. (...)

“In ogni altro caso, sussiste una *giurisprudenza della Corte* e, se quest’ultima non intende mutare il proprio orientamento, il ricorso dovrà essere dichiarato inammissibile”. Passanante (2018), p. 1-2; 31; 35.

“Il riconoscimento giuridico della funzione nomofilattica della Cassazione giunse con l’art. 65, primo comma, r.d. 30 gennaio 1941, n.12, T.U. sull’Ordinamento giudiziario, tutt’ora in vigore, in virtù del quale «la corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l’esatta osservanza della legge e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale».

Questa disposizione indica le due anime della funzione della Corte di cassazione: quella di assicurare, per il passato, l’esatta osservanza delle leggi sì da evitare che l’ordinamento e le parti subiscano, da parte dei giudici di merito, decisioni *contra legem* e, per il futuro, una guida interpretativa unitaria offerta non solo ai giudici, ma anche a tutti gli altri operatori del diritto”. Miccolis (2023), p. 3.

“Negli ordinamenti di *civil law* la nomofilachia è una funzione esercitata naturalmente e logicamente dal vertice giudiziario, ossia dal giudice destinato a pronunciarsi per ultimo sull’esito del giudizio. (...)

Le uniche tracce della funzione nomofilattica contenute nel codice di procedura civile del 1940, prima della riforma del 2006, erano contenute nell’art. 363 cpc, norma pressoché inutilizzata, e nell’art. 374 cpc che disciplina l’affidamento della decisione alle sezioni unite per l’esercizio, appunto, della funzione nomofilattica. In tale contesto normativo, sino alla riforma del 2006, le due funzioni sono rimaste strettamente collegate tra loro, nel senso che l’interpretazione della legge espressa mediante il principio di diritto contenuta nella decisione implica l’esercizio sia della funzione di giudice di terza sia della naturale funzione nomofilattica”. Miccolis (2020), p. 1-2.

¹⁰ Calamandrei (1920).

Il concetto classico di nomofilachia ha dovuto essere adattato a due circostanze.

La prima, derivante dalla crisi del positivismo giuridico, consiste nel chiedersi quale sia l'oggetto della tutela nomofilattica. Se il concetto di legge e di interpretazione ha subito profonde alterazioni, essendo stata da parte l'idea classica secondo la quale al giudice spetterebbe solamente di essere la *bouche de la loi*, come pure la concezione secondo cui il giudice dovrebbe scoprire il "vero senso della legge", è naturale che anche la visione della funzione nomofilattica si sia modificata.

Oggi, si intende, prevalentemente, che l'attività interpretativa è un'attività ricostruttiva, nel senso che, partendo dal testo della legge, il giudice ricostruisce il suo significato, alla luce della realtà e di tutti gli altri dati che devono esser presi in considerazione per l'interpretazione.

Di fatto, ritenere che la decisione debba essere controllata alla luce della legge è soltanto una narrativa di finzione. La legge non è altro che una manciata di parole se non viene interpretata. La decisione, a rigore, dev'essere controllata alla luce di una specifica interpretazione che sia stata data al testo della legge,¹¹ che è proprio quella data dalle corti superiori.

Questo, pensiamo, è il presupposto teorico delle moderne correnti che parlano di nomofilachia dialettica o tendenziale, il che significa che questa funzione tende a perseguire l'unità e la coesione del diritto. La legge deve essere compresa attraverso l'utilizzazione di processi ermeneutici che contribuiscano ad individuare la soluzione interpretativa più razionale e conforme ai precetti costituzionali. In altre parole: si utilizza un processo dialettico per permettere al giudice di scegliere, tra la molteplicità delle interpretazioni possibili, quella migliore per risolvere la lite, nel contesto dell'ordinamento giuridico, visto come un tutt'uno.¹²

Il secondo problema deriva direttamente dal primo. Consiste nel valutare la possibilità di separare, nella misura possibile, le cosiddette questioni di fatto dalle questioni di diritto, di concepire una corte suprema e un mezzo di impugnazione la cui funzione sia di tutelare esclusivamente l'ordine giuridico (*ius constitutionis*), senza preoccuparsi degli interessi delle parti coinvolte nel giudizio (*ius litigatoris*).

¹¹ A questo punto mi sembra interessante citare l'art. 65, comma 1°, r.d. 30 gennaio 1940, n. 12, il quale stabilisce che la Corte Suprema di Cassazione, quale organo della giustizia, "assicura l'esatta osservanza della legge e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale". Due commenti sono necessari, a nostro avviso: la disposizione tratta della funzione nomofilattica e della funzione uniformatrice, perché, in effetti, è inutile negare che queste due sono intimamente collegate. Ciononostante, la disposizione in esame afferma che la Corte Suprema di Cassazione ha la funzione di assicurare l'esatta osservanza della legge, come se questo compito potesse essere realizzato senza interpretare la legge, e, dunque, scegliere tra una pluralità di interpretazioni possibili. L'uniformazione è possibile in una fase successiva, secondo l'interpretazione scelta dalla Corte e dunque qualificata come corretta.

¹² Cf. Mazzarella (2000), p. 28.

Non si tratta, di certo, di una questione di facile soluzione. È forse in ragione di questa difficoltà che autori rispettati, come Michele Taruffo, alla luce del sistema italiano, parlino di crisi di identità della loro Corte di cassazione.¹³

Si deve ricordare anche che, in Italia, la legge n. 197 del 25 ottobre del 2016 ha costituito una tappa fondamentale nell'evoluzione della Cassazione civile italiana, perché ha creato procedimenti diversi per due "tipi" di ricorso in cassazione: un ricorso in Cassazione mediante il quale si intende tutelare lo *ius litigatoris* e un altro finalizzato alla tutela dello *ius constitutionis*. Sussistono delle differenze, come per esempio l'applicazione del rito camerale nel primo caso e del procedimento in pubblica udienza nel secondo caso; la discussione orale nel secondo e non nel primo, dove il contraddittorio si sviluppa soltanto per iscritto, e via discorrendo.¹⁴

A noi sembra che il sistema brasiliano consenta una analisi meno drammatica del suo omologo italiano. Ciò perché qui, da subito, il *Supremo Tribunal Federal* ha svolto la funzione di revisione dei giudizi, respingendo l'idea che la sua attività sarebbe meramente di cassazione. In altre parole, i giudici del nostro Superiore Tribunale di Giustizia sono, di solito, anche giudici di merito.

Per concludere, si può dire che l'evoluzione del pensiero giuridico ha portato all'evoluzione della nozione di funzione nomofilattica. Non si suppone più che si tratti di una semplice comparazione di testi: quello della decisione impugnata è quello della legge.

3.2. Funzione unificatrice

Questa funzione si collega alla protezione della forma sistematica del diritto e alla garanzia del rispetto ai principi dell'uguaglianza dinanzi alla legge. In altre parole, si riconosce che le regole di diritto non hanno soltanto una interpretazione e si persegue l'uniformità nell'interpretazione di queste regole e dei principi giuridici in tutto il territorio nel quale essi valgono.

Per svolgere questa funzione, i ricorsi rivolti ai tribunali di vertice uniformano la giurisprudenza, verificando, nei casi particolari che gli sono sottoposti, se le regole di diritto materiale e processuale sono state applicate nell'interpretazione considerata corretta.

Anche nei paesi in cui ci sono corti di cassazione, malgrado in origine la loro funzione fosse strettamente nomofilattica, l'evoluzione del pensiero giuridico e il superamento del positivismo tradizionale hanno mostrato

¹³ Taruffo (1991), p. 158-159.

¹⁴ Lombardo (2017).

la necessità che si eserciti, mediante il ricorso di cassazione, un controllo sull'attivismo giudiziale, inteso quest'ultimo nel senso negativo.¹⁵

Il fatto è che, siccome attualmente il giudice assume, di fronte a varie specie di casi, il ruolo di realizzatore dell'ordinamento giuridico, attraverso la ricerca della soluzione più giusta e adeguata a ogni caso, dando concretezza a regole e principi che compongono l'ordinamento giuridico, è naturale che da questa "creatività" giudiziale sorgano interpretazioni contrastanti. Ciò che non è naturale, tuttavia, è che tali decisioni contrastanti rimangano tali per sempre, compromettendo il principio dell'uguaglianza dinanzi alla legge, poiché il significato autentico di questo principio consiste in realtà nell'uguaglianza dinanzi al diritto.

È ciò che avviene abitualmente, come si vedrà con maggiore dettaglio al momento di parlare specificamente del potere giudiziario brasiliano, quando la corte si trova di fronte a quello che la dottrina convenzionalmente ha denominato *hard case*, che, a nostro modo di vedere, può essere definito come il conflitto la cui soluzione non è prevista espressamente in legge.

Con la funzione uniformatrice, si realizza un'estensione della certezza e della stabilità prodotte dal testo della legge.

Questa funzione si pone l'obiettivo di realizzare l'uniformità interpretativa, che impedisce violazioni del principio di uguaglianza e di legalità, di modo che la legge, che è pensata per avere un'unica interpretazione corretta, deve ricevere sempre, date le stesse condizioni di fatto rilevanti per il giudizio, la medesima interpretazione.

Senza questa funzione, si legittimerebbe la produzione di soluzioni giuridiche diverse per casi uguali o analoghi che si basano su medesimi stessi fatti rilevanti e che devono essere risolti sulla base della medesima norma giuridica, il che — se è tollerato dal sistema — evidentemente non può essere considerato la situazione più adeguata. In Brasile, come è risaputo, ciò che è accaduto negli ultimi decenni ha superato ampiamente i limiti della normale tollerabilità.

I cambiamenti sono stati bruschi, tanto che a volte, nell'arco di un mese o anche meno, casi identici sono stati decisi in modi differenti.

Naturalmente, l'applicazione del principio di uguaglianza di fronte alla legge nel processo di realizzazione del diritto nel caso concreto implica l'accettazione dell'idea secondo la quale la stessa regola giuridica, incidente su fatti sufficientemente analoghi, debba produrre i medesimi effetti giuridici nello stesso momento storico. Allo stesso modo, fatti identici, portati all'esame del potere giudiziario nello stesso momento storico, devono portare all'applicazione della stessa norma giuridica e, di conseguenza, alla produzione dei medesimi effetti giuridici.¹⁶

¹⁵ Cf. Sánchez (2002), p. 33 e ss.

¹⁶ Vedi, a tal proposito, osservazioni più approfondite su: Wambier (2012); Wambier (2014).

Così, l'uniformità della giurisprudenza è il mezzo per realizzare il principio di legalità. È evidente che legalità e uguaglianza dinanzi al diritto, in una certa misura, s'intrecciano, rendendo difficile, se non impossibile, separarle assolutamente. È, tuttavia, possibile valutare la superiorità della funzione uniformatrice.

Trasportando questa idea in Brasile, è possibile affermare che, anche se riconosciamo nella funzione uniformatrice dei ricorsi dinanzi alle corti superiori una tendenza alla protezione del principio di legalità, l'obiettivo principale è la tutela del principio di uguaglianza dinanzi alla legge (*rectius*: al diritto) e della certezza del diritto¹⁷.

In questo senso, deve leggersi la disposizione contenuta nell'art. 926 del CPC/2015: "I tribunali devono uniformare la propria giurisprudenza e mantenerla stabile, integra e coerente"¹⁸.

Ragioniamo come un uomo comune: che senso avrebbe correggere una sentenza per violazione della legge (*rectius*: per violazione di una delle interpretazioni possibili delle norme di diritto positivo) con conseguente uniformazione della giurisprudenza (nel caso in cui ci siano già state decisioni diverse degli organi inferiori), se non per orientare le decisioni degli altri giudici e la condotta degli individui escludere? Perché si dovrebbe correggere un solo e unico caso? Che senso avrebbe uniformare la giurisprudenza, se non per creare un modello di decisione per gli altri organi del potere giudiziario?

4. FUNZIONI CONTEMPORANEE DELLE CORTI SUPERIORI

Per funzioni contemporanee delle corti superiori intendiamo quelle funzioni, non necessariamente nuove sotto il profilo cronologico, che, malgrado non siano state previste dagli ideatori dei due grandi modelli delle corti di vertice (quello della Corte Suprema degli Stati Uniti e quello della Corte di cassazione francese), si sono palesate in concreto nell'esercizio delle loro attribuzioni, provocando conseguenze, talvolta problematiche, non previste.

Il fatto che tali funzioni si siano diffuse, anche se imprevedute, non appare molto significativo, dato che, evidentemente, ogni istituto può comportare conseguenze inattese, positive o negative. Ciò che ci sembra di enorme importanza è il fatto che si siano manifestate, nonostante il sistema abbia progettato di escluderle.

Ciò succede quando, per il fatto di appartenere alla stessa essenza di un istituto, una determinata funzione non può essere esclusa senza che l'istituto stesso sia compromesso nel suo funzionamento. Tale ragionamento, certamente, si applica anche alle istituzioni. L'esempio della *Cour de Cassation* in Francia è paradigmatico al riguardo. Malgrado il legislatore rivoluzionario francese

¹⁷ Mitidiero (2016), p. 163.

¹⁸ Sull'argomento: Dantas (2016).

avesse inteso escludere l'interpretazione del diritto dai compiti del potere giudiziario, ciò sarebbe possibile solo se il potere giudiziario non fosse esistito, considerato che la funzione interpretativa è inscindibilmente connessa con la sua attività.

Anzi, a rigore, dobbiamo dire che l'attività interpretativa è propria dell'essere umano, perché sta alla base della comprensione. È importante considerare che, affinché si comprenda un testo, è necessario che esso sia interpretato alla luce di determinati parametri. Si può discutere sul grado dello sforzo interpretativo richiesto a tal fine, non sulla sua esistenza.

Oggi giorno non si dice più che l'attività dell'interprete è necessaria soltanto quando le leggi sono oscure. Siccome l'interpretazione non comporta esclusione, ciò che il legislatore può fare, in determinati casi, è restringere o aumentare l'intensità con cui conseguenze dell'interpretazione si manifestano, ma non può eliminarle del tutto, perché altrimenti eliminerebbe l'istituto o l'istituzione.

Quanto alle impugnazioni presentate dinnanzi alle corti supreme, pensiamo che questo criterio sia interamente applicabile alle funzioni che descriveremo più avanti,¹⁹ poiché, per quanto si dica testualmente nella legge o nella Costituzione che le relative impugnazioni non hanno certe funzioni, queste ultime smetterebbero, in pratica, di esistere soltanto qualora l'impugnazione stessa fosse soppressa.

Come è stato detto, e ci teniamo a ribadirlo, il massimo che il legislatore può ottenere a questo riguardo è di ampliare o di ridurre l'intensità con cui tali funzioni si manifestano.

4.1. Funzione “*dikelógica*”

La parola “*dikelógica*”, di origine greca, è composta dalla parola *dike*, che significa “giustizia”, e dal termine logico, il cui significato è “relativo alla ragione”. Così, la funzione “*dikelógica*” è associata alla ricerca di giustizia nel caso presentato dinnanzi al giudice, mediante la corretta applicazione del diritto. Si tratta, quindi, della tutela del cosiddetto *ius litigatoris*.

Nei ricorsi di fronte ai tribunali superiori, l'opinione tradizionalmente sostenuta, come abbiamo già detto, è che la funzione “*dikelógica*” avrebbe un ruolo secondario, nel senso che le parti litiganti potrebbero eventualmente essere beneficiarie solo in via riflessa dall'accoglimento del loro ricorso, visto che la loro funzione principale sarebbe la difesa del diritto oggettivo.

Sembra che la visibilità di questa funzione sia maggiore nei tribunali superiori che non sono delle Corti di cassazione, così come in quelli dove non

¹⁹ Sottolineiamo che l'obiettivo di questa relazione è esclusivamente quello di parlare delle funzioni pertinenti alla nostra ricerca, perciò, non stiamo negando l'esistenza di altre funzioni che la dottrina e la giurisprudenza possano identificare. In sostanza, la nostra intenzione non è quella di trattare, in modo esaustivo, di tutte le funzioni delle corti supreme.

sono previsti filtri di ammissibilità, secondo la rilevanza o l'impatto sociale della *quaestio iuris*.

È opportuno, però, fare subito una distinzione, anche per evitare l'equivoco di permettere che l'analisi di opinioni di studiosi provenienti da paesi diversi, in relazione a sistemi differenti, venga a distorcere le nostre conclusioni. Tradizionalmente, in Francia e in Italia, l'importanza che si attribuisce alla tutela dello *ius constitutionis* in sede di cassazione è di molto superiore a quella che si dà allo *ius litigatoris*. Nella prospettiva dei sistemi italiano e francese, la funzione "*dikelógica*" non è quindi molto visibile: e ciò perché la regola adottata in tali ordinamenti è notoriamente la pratica del rinvio, e non quella della revisione.

D'altra parte, in paesi come la Spagna, il Portogallo e la Germania, i cui sistemi consacrano, da lungo tempo, il potere del Tribunale Superiore di applicare il diritto al caso di specie, invece di limitarsi a cassare la decisione impugnata e rinviare agli atti, è più comune che la dottrina ne riconosca la funzione "*dikelógica*".²⁰

Intendiamo, in armonia con quanto detto, che tanto nei modelli francese e italiano quanto in quello spagnolo e in quello tedesco, la funzione "*dikelógica*" è presente, variando soltanto l'intensità del suo esercizio.

In Brasile, se ci fosse permesso un paragone rudimentale, diremmo che la verifica dell'esistenza della funzione "*dikelógica*" è più difficile che in Spagna e più facile che in Francia.

In Spagna, un paese che adotta il modello della revisione, in cui al tribunale è dato il potere di giudicare la lite, il ricorso di cassazione è ammissibile fondamentalmente in tre casi: (i) quando è presente l'*interés casacional*; (ii) quando, trattandosi di causa di natura patrimoniale, è superata la *summa gravaminis* di 25 milioni di pesetas;²¹ (iii) quando la sentenza impugnata è stata pronunciata per la tutela di diritti fondamentali, eccetto quelli indicati nell'art. 24 della Costituzione spagnola.²²

²⁰ Per questo intendiamo che le opinioni dottrinarie devono essere debitamente contestualizzate, in modo da evitare che un'analisi frettolosa finisca per distorcere l'obiettivo della ricerca. Pensiamo che questa cautela, in una certa misura, non sia stata usata da Danilo Knjnik (2005), p. 91, il quale, nella smania di dimostrare il prestigio dello *ius litigatoris*, ha finito per rifarsi alla dottrina spagnola, il cui sistema è evidentemente diverso addirittura da quelli di altri paesi che adottano il sistema di revisione; ciò, tuttavia, non esclude il merito della sua ricerca, specialmente quando menziona l'opinione di Salvatore Satta, relativa al sistema italiano.

²¹ Questo valore è stato modificato in 150.000 euro dal Decreto Real 1417/2001, che ha convertito nello standard monetario dell'Unione Europea i valori previsti nella *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

²² In effetti, come dispone l'art. 24 della Costituzione Spagnola: "1. *Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.* 2. *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia al letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia*". La restrizione alla tutela di diritti fondamentali di natura processuale in sede di ricorso di cassazione si riferisce ad un'opzione del legislatore della LEC/2000

Il legislatore stesso, comunque, si è preoccupato di descrivere quello che si deve intendere per “*interés casacional*”: tale interesse ricorre quando la sentenza impugnata si opponga all’orientamento giurisprudenziale del Tribunale Supremo, oppure quando decida punti e questioni sui quali esista giurisprudenza contraddittoria dei Tribunali Regionali, o ancora laddove abbia applicato norme entrate in vigore da non oltre cinque anni, purché, in quest’ultimo caso, non esista un orientamento giurisprudenziale del Tribunale Supremo relativo a norme anteriori di contenuto uguale o simile.

Dall’esame di questi limiti è possibile dedurre che il requisito specifico dell’*interés casacional* si riscontra essenzialmente in due casi: (i) quando si è dissenso sull’interpretazione della legge fra il giudice che ha pronunciato la decisione impugnata e il Tribunale Supremo, oppure tra quest’ultimo e le Corti regionali; o (ii) quando si tratta di un *leading case*, riguardante una norma di legge che sia entrata in vigore da meno di cinque anni.

Si osservi che, tanto nell’ipotesi della *summa gravaminis* quanto in quella di lesione dei diritti fondamentali di carattere non processuale, il legislatore spagnolo dà priorità alla tutela dello *ius litigatoris*. È soltanto nei casi dell’*interés casacional* che si persegue precipuamente la funzione uniformatrice.

Il caso della Francia è di più semplice analisi, però la minor intensità della funzione “*dikelógica*” è evidente. Il sistema di rinvio, che ancor oggi prevale come regola in quel paese, è sufficiente per ridurre la tutela dello *ius litigatoris*. Effettivamente, in questo caso il ricorrente è beneficiato in via indiretta, poiché l’accoglimento della sua pretesa o della sua difesa dipende dalla decisione del giudice al quale è affidato il giudizio di rinvio.

In questo senso, si può dire che la soppressione, in Germania, della *Werrevision* e la generalizzazione della *Rechtssache Grundsätzlichebedeutung* significa che la tutela dello *ius litigatoris* è diventata meno importante. La riforma del 2002, in quel paese, e la precedente riforma degli Stati Uniti, nel 1988, hanno praticamente estinto la possibilità che si tuteli lo *ius litigatoris*. Il fenomeno si è via via verificato in diversi altri paesi, come l’Argentina (con la Legge 23.774, del 1990) e il Giappone (con il CPC del 1996).

4.2. Funzione paradigmatica

La funzione paradigmatica o persuasiva delle corti superiori è svolta in maniera piuttosto differente nei paesi di tradizione romano-germanica e in quelli di *common law*.²³ A nostro modo di vedere, questa distinzione continua ad aver significato quando si pensa proprio al valore normativo che assumo-

di assoggettare le violazioni processuali ad un altro tipo di ricorso, ossia, al ricorso straordinario per infrazione processuale. Con ciò, l’uniformazione della giurisprudenza in materia processuale sarebbe condotta dalla Corte Suprema mediante lo strumento del *ricorso con interesse nella legge*. Sul tema, si rinvia a Sánchez (2002), p. 57.

²³ Mancuso (2013), p. 47-58, disserta sulla natura giuridica della giurisprudenza, esaminando specialmente il sistema di *civil law*.

no le decisioni giudiziali nei paesi appartenenti all'una o all'altra tradizione, nonostante in rapporto ad altri istituti questa distinzione abbia forse perduto importanza nel tempo.

Ai fini di questa relazione, ci interessa soltanto cercare di capire in che misura la Corte di cassazione italiana e il Tribunale Superiore di Giustizia brasiliano esercitano questa funzione paradigmatica. Siamo, dunque, di fronte a due paesi della tradizione *civil law*.

L'impressione che si ha è che nei paesi di *civil law* si sia diffusa una tendenza a valorizzare la giurisprudenza, perché la complessità delle società contemporanee impedisce che il legislatore disciplini in modo minuzioso tutta la realtà, che è sempre in movimento. Al tempo stesso, il fatto che le leggi contengano sempre più concetti vaghi e clausole generali, finisce per aumentare la possibilità di contrasti di giurisprudenza. È da ciò che nasce il bisogno di uniformità, al quale si aggiunge come conseguenza naturale la funzione paradigmatica delle decisioni di uniformazione della giurisprudenza.

La dottrina dice che si tratta di una tendenza inversa rispetto a quella che si sta verificando nei paesi di *common law*, poiché i nordamericani e gli inglesi camminano nel senso di mitigare l'efficacia vincolante dei precedenti in cerca dell'equilibrio.²⁴ Il fatto è che esiste una tendenza mondiale di rottura degli schemi giuridici classici, più rigidi, come conseguenza della velocità del secolo XXI.

Ci sono dei sistemi di *civil law* che hanno gradualmente adottato l'efficacia vincolante dei precedenti, specialmente quelli delle corti supreme.²⁵ Pure Robert Alexy ha osservato tale fenomeno, considerando che anche nell'Europa continentale si attribuisce importanza ai precedenti. Sottolinea che l'oggetto di discussione attualmente è la posizione teorica dei precedenti, di modo che la disputa si concentra, soprattutto, sul definire se il precedente sia o non sia una fonte del diritto.²⁶

Consapevole delle difficoltà imposte dalla visione tradizionalmente prevalente nei paesi di *civil law*, ma specialmente convinto della posizione che i tribunali superiori occupano nella struttura giudiziaria brasiliana e delle funzioni che sono sollecitati a esercitare, Arruda Alvim sostiene, con vigore,

²⁴ Questo fatto è verificabile in quella che viene definita *jurisprudence constante*, concepita da Fon e Parisi (2017) come "the doctrine under which a court is required to take past decisions into account only if there is sufficient uniformity in previous case law. No single decision binds a court and no relevance is given to split case law. Once uniform case law develops, courts treat precedents as a persuasive source of law, taking them into account when reaching a decision. The higher the level of uniformity in past precedents, the greater the persuasive force of case law. Considerable authoritative force therefore stems from a consolidated trend of decisions on any given legal issue". Sostengono che la dottrina della *jurisprudence constante* viene applicata in Francia e in Germania e nello Stato nordamericano di Luisiana. In questo senso: "When judges gauge the strength of a precedent, they frequently count the number of cases that embrace the precedent, or the number of jurisdictions in which courts have adopted the precedent. The strength of a persuasive precedent increases with the number of adoptions as well as the consistency of the views of courts that have considered it". Posner, Vermeule (2016), p. 23; Maxeiner (2015).

²⁵ Marinelli (2020).

²⁶ Alexy (2001), p. 258.

il carattere paradigmatico delle decisioni di quelle corti. Scrivendo specificamente sul “*Superior Tribunal de Justiça*”, espone argomenti che sono validi a maggior ragione per il “*Supremo Tribunal Federal*”, affermando, correttamente: “Sebbene la validità e l’efficacia delle decisioni siano, normalmente, circoscritte alle parti, quelle proferite dai tribunali superiori trascendono il contesto delle parti, e, così, proiettano il prestigio e l’autorità della decisione sui segmenti minori dell’attività giuridica, nei confronti di tutti coloro che si occupano di diritto, e, anche in una prospettiva maggiore, nei confronti di tutta la società”.²⁷

E conclude: “Le decisioni del ‘*Superior Tribunal de Justiça*’ configurano il vincolo massimo riguardo l’interpretazione considerata corretta in rapporto al diritto federale infracostituzionale”.²⁸

L’adeguata attuazione della funzione paradigmatica da parte di un tribunale di vertice presuppone, secondo noi, un requisito essenziale: le sue decisioni devono godere del rispetto della società, dei membri dello stesso potere giudiziario e degli altri organi della pubblica amministrazione. A tutto questo, concorrono alcuni fattori come l’onorabilità dei suoi membri, la legittimità del procedimento dinanzi alla corte, l’uniformità e la stabilità delle sue decisioni. Insomma, nel complesso si deve diffondere la sensazione generale che giustizia è stata fatta.

Il CPC del 2015 va oltre, e crea precedenti formalmente vincolanti, che, se violati, generano la possibilità dell’uso di un rimedio specifico affinché l’inammissibilità o il superamento del precedente vincolante venga corretto: la “*reclamação*”.

Evidentemente, nell’ambito di una relazione come questa non c’è tempo a sufficienza per entrare in maniera minuziosa nella disciplina di questa nuova figura inclusa nel diritto brasiliano da ormai dieci anni.

Questo fenomeno ci induce però a trattare anche della funzione normativa delle corti superiori.

4.3. Dalla funzione paradigmatica alla funzione normativa. La partecipazione del potere giudiziario alla creazione del diritto- L’importanza dei fatti

A questo punto, pare opportuno dire qualcosa sulla funzione esercitata in via predominante dai tribunali superiori, partendo dall’osservazione di ciò che accade nel mondo, con diverse intensità, ma più specificamente di ciò che accade in Brasile.

La funzione normativa che può assumere una corte superiore è la versione più intensa della funzione paradigmatica. Quando si dice che una decisio-

²⁷ Alvim (1999), p. 38.

²⁸ Alvim (1999), p. 38.

ne è paradigmatica, si intende che essa deve essere rispettata perché è una decisione di una corte superiore, di un tribunale di vertice, la cui funzione costituzionale è proprio quella di dire l'ultima parola sul significato del diritto positivo. Ma, in questa prospettiva, non vi è formalmente l'obbligatorietà della sua osservanza.

Quando nasce tale obbligatorietà, la funzione paradigmatica si trasforma in funzione normativa.

L'idea che il potere giudiziario eserciti una funzione rilevante nella costruzione del diritto, assumendo un ruolo realmente creativo in molte circostanze, ci induce a rivolgere la nostra attenzione a questa nuova funzione delle corti superiori.

Gli esempi che abbiamo utilizzato sopra per mostrare che i fatti sono rilevanti, affinché il testo della legge venga adeguatamente compreso, dimostrano quanto il potere giudiziario possa partecipare alla creazione del diritto, che da lungo tempo, si sa, non si riduce alla legge nel suo dato letterale.

Il giudice ha modificato la sua funzione nel tempo, passando da mero applicatore della legge ai fatti, in un modo quasi automatico, a creatore — in una certa misura — delle norme giuridiche. In altre parole, si è osservato, con il passare del tempo, che il potere giudiziario ha cominciato a partecipare attivamente alla costruzione del diritto stesso.

Questo perché le società sono diventate sempre più complesse; il diritto ha rivelato la sua vocazione di disciplinare la vita in società in una maniera sempre estesa; sono state alterate le tecniche legislative e si è reso frequente l'uso del linguaggio aperto; le Costituzioni si sono trasformate nel centro degli ordinamenti giuridici, irradiando la loro influenza in termini di principi a tutto il sistema giuridico.

Tutte queste considerazioni ci conducono inesorabilmente all'attività dei tribunali superiori, considerati come luoghi in cui tutto questo viene a riflettersi. È evidente che, al cospetto di tutti questi mutamenti, i tribunali superiori non possono mantenere immutate le medesime funzioni che svolgevano al momento della loro fondazione.

Da un certo momento in avanti, infatti, si riconosce che l'attività interpretativa e l'attività decisoria esercitata dai magistrati non si riducono ad un sillogismo. Vi è molto più di questo: il giudice determina la "versione" finale della norma, che a sua volta deve servire ad orientare la condotta degli individui.²⁹

È risaputo che il giudice non esercita più un ruolo inanimato: non si limita a "scoprire" il vero senso della legge, ma giunge, basandosi sul testo norma-

²⁹ Dice Grossi (2024), p. 7, con ragione, che il procedimento sillogistico-deduttivo sembra esser stato concepito per neutralizzare la volontà personale dell'interprete. In una nota conferenza, egli dice che: "Questo procedimento rigidamente deduttivo, che sembra fatto apposta per vanificare la volontà personale di chi lo usa, si addiceva perfettamente al giudice del vecchio Stato di diritto di marca liberal-borghese".

tiva, a una soluzione interpretativa adoperando un certo grado di creatività. Principalmente, come abbiamo detto, quando si tratta di leggere il testo giuridico alla luce della Costituzione³⁰ e quando ci sono, nel testo della legge, concetti vaghi oppure clausole generali.

L'interpretazione, sovente, si distacca dalla lettera del testo della legge, ed è questa che "vale" come orientamento del comportamento, come indirizzo di condotta per gli individui: è questo il diritto vivente.³¹

Così, in qualche misura, le decisioni giudiziali sono norme giuridiche, che estendono i propri effetti ben oltre il caso concreto. Ciò si riflette sull'importanza che si dà alla giurisprudenza consolidata e ai precedenti vincolanti che oggigiorno esistono in molti paesi di *civil law*,³² come, per esempio, in Brasile. Questa è, secondo noi, una realtà innegabile; nonostante ciò implichi la relativizzazione del valore che si dà al dogma della tripartizione dei poteri.³³ Questa realtà deve essere studiata, affinché non comprometta valori fondamentali come, ad esempio, il principio di uguaglianza e la prevedibilità delle decisioni: in una parola, la certezza del diritto.

Affinché il valore normativo delle decisioni giudiziali non comprometta la certezza del diritto, alcune tecniche debbono essere utilizzate: ad esempio, è necessario che si creino istituti capaci di uniformare gli orientamenti giurisprudenziali, che ci sia l'imposizione di alcuni precedenti vincolanti, come accade in Brasile. A volte si consiglia che i mutamenti giurisprudenziali abbiano effetti soltanto prospettici, che valgano soltanto per il futuro.

A nostro modo di vedere, la funzione normativa di una corte superiore deriva: (a) dal fatto incontestabile che essa crea il diritto quando interpreta il testo della legge; (b) dal rilievo che gli individui hanno bisogno di preve-

³⁰ Ricostruendo, per esempio, alla luce della Costituzione, come dice Conti (2022): "All'esigenza di mantenere un costante e vivo rapporto di coerenza fra leggi e valori incarnati dalla Costituzione è seguito, dunque, un accresciuto 'potere' dell'interpretazione, al quale hanno dato atto molti studiosi (e lo stesso Paolo Grossi che qui si è ricordato). Un potere che, dunque, contribuisce ad *inverare* la verità della legge rispetto al caso concreto. Potere che, d'altra parte, suscita aspre contrapposizioni nell'Accademia, tra cui c'è chi descrive l'attuale contesto in termini decadenti, parlando apertamente di 'crisi del diritto'".

³¹ Taruffo (2007), p. 11.

³² Marinelli (2020).

³³ Insegna Caponi (2018), p. 177-178: "6. Dogmi giuridici come 'polmoni aperti sull'esperienza'.

I dogmi giuridici sono costruzioni intellettuali, frutto della cultura giuridica assistita dalla logica, ma non danno luogo ad imposizioni inevitabili e assolute. Essi sono disponibili ad essere rielaborati da quella stessa cultura che li ha creati. I dogmi giuridici sono aperti ad una ricostruzione evolutiva. Non sono mai assoluti, sono intrinsecamente relativi. Anche i dogmi giuridici imparano dalla vita, come dovrebbe imparare il legislatore, come dovremmo imparare tutti noi. Essi sono al servizio della vita. Non è la vita al servizio dei dogmi.

Il meccanismo che consente ad una costruzione giuridica di imparare dalla vita è l'eterno rapporto tra regola ed eccezione. Questo rapporto assicura il progresso del diritto. Tra regola ed eccezione non vi è opposizione, ma vi è un intreccio vitale. L'eccezione è più interessante del caso normale. Quest'ultimo non prova nulla, l'eccezione prova tutto; non solo essa conferma la regola: la regola stessa vive solo dell'eccezione' (C. Schmitt). Vuol dire che la regola si coglie nel suo pieno significato solo dal punto di vista dell'eccezione, e viceversa. Si deve diffidare delle regole che non conoscono eccezioni. A ben vedere, non sono più nemmeno regole: diventano necessità naturali".

dibilità, che dev'essere rispettato il principio di uguaglianza, perché non si può compromettere il valore della certezza del diritto, che è inerente all'idea stessa di diritto.

Occorre a questo punto aprire un parentesi per osservare che la funzione normativa di una corte superiore esige che questa esamini i fatti, benchè sia diffusa l'affermazione secondo la quale che i tribunali superiori non esaminerebbero i fatti.

Ciononostante, pare che la rilevanza della distinzione tra fatto e diritto, in relazione ai ricorsi presentati dinnanzi ai tribunali superiori, stia gradualmente cedendo in considerazione dell'impatto che le decisioni delle corti supreme producono sulla società. Questo è stato un parametro per la creazione di filtri ai ricorsi che le corti superiori giudicano.

Nel corso del tempo, quando si cominciò a sentire la necessità di garantire l'unità del diritto, di assicurare il rispetto dell'isonomia, la prevedibilità delle decisioni e la certezza giuridica, è divenuta rilevante la distinzione tra questioni generali e questioni particolari, la quale sostituisce, in certo qual modo, in termini d'importanza, quella tra questioni di diritto e di fatto.

Se la legge contiene, per esempio, una nozione imprecisa, molto probabilmente questo costituisce una questione d'interesse generale, giacché la legge deve essere applicata nei confronti di tutti. Per questo deve essere "lavorata" dalle corti affinché si raggiungano certezza giuridica e rispetto del principio di uguaglianza.

È esattamente e precisamente in questo contesto che si inseriscono l'istituto della *Repercussão Geral*, introdotto nel diritto brasiliano dall'emendamento costituzionale n. 45 del 2004, e quello della *Relevância da Questão Federal*, che recentemente, con la promulgazione dell'emendamento costituzionale n. 125 del 2022, è ritornato a figurare come filtro affinché questioni federali siano esaminate dal *Superior Tribunal de Justiça*.

Nonostante la "verità" in astratto sostenuta, secondo cui i fatti non sarebbero importanti per le corti superiori, negli Stati Uniti si riconosce che molte delle più importanti decisioni della Corte suprema ruotano intorno a questioni di fatto.³⁴

In questo ordinamento si riconosce la differenza tra *legislative facts* e *adjudicative facts*, secondo la distinzione delineata da Kenneth Culp David nel 1942.³⁵

³⁴ Afferma Larsen (2012), p. 1255-1256: "Many of the Supreme Court's most significant decisions turn on questions of fact. These facts are not of the 'whodunit' variety concerning what happened between the parties. They are instead more generalized facts about the world: Is a partial-birth abortion ever medically necessary? Can one effectively discharge a locked gun in self-defense? Are African American children stigmatized by segregated schools?"

³⁵ Spiega Larsen (2012) p. 1256: "'Legislative fact' and 'adjudicative fact' are phrases coined by Kenneth Culp Davis in 1942 to distinguish types of fact finding in administrative agencies". See Kenneth Culp Davies, An approach to problems of evidence in the administrative procedures, *Harv. L. Rev.*, 1942, p. 364, 365-66 (1942)".

Fatti rilevanti per i tribunali superiori sono fatti “del mondo”, la cui cognizione è imprescindibile per l’interpretazione della legge, principalmente se il tribunale che decide ha una funzione paradigmatica o normativa.

Riconoscere che, in maggior o minor grado, in molti ordinamenti vi è consenso sul fatto che l’interpretazione del diritto implica una certa dose di creatività, generando una norma giuridica — qualora tale interpretazione sia svolta dalle corti di vertice della piramide giudiziaria — tende a rendere ancor più rilevante l’attenzione che queste stesse corti debbono prestare ai fatti.

Innanzitutto, ciò accade perché i fatti debbono essere compresi visto che i termini usati dal legislatore si riferiscono a tali fatti. Per comprendere e interpretare la legge, è necessario conoscere i fatti cui si riferiscono le parole che la legge usa.

D’altronde, nelle società instabili degli ultimi decenni, caratterizzate da grande mobilità sociale e frequenti modificazioni dei valori etici e morali, è frequente che la realtà supposta dal legislatore al momento della redazione della norma non sia più la stessa nel momento della sua applicazione, come pure è frequente che, con il passare del tempo, possa essere inclusa nell’applicazione del testo della legge anche una realtà differente da quella pensata dal legislatore.

Affinché questo aggiustamento abbia luogo, è imprescindibile l’analisi dei fatti.

Ma non si tratta soltanto di fatti relativi a valori. Questi fatti possono essere fatti sociali, economici, etici, scientifici, e via discorrendo.

Naturalmente, la complessità della società si riflette sulla complessità delle attività dei giudici. Costoro si sono resi via via più attivi, anche perché le leggi scritte, come noto, non riescono più ad assorbire in modo completo la ricchezza della vita reale e le sorprese che essa può riservare.

Ciò che vogliamo dire è che un compito ritenuto poco complesso alcuni decenni addietro, quando le società erano più semplici e l’accesso alla giustizia era molto più limitato, e che consisteva semplicemente nella verifica del rispetto della legge da parte della decisione giudiziale, è divenuto oggi oggetto di complessi processi interpretativi, che, per essere realizzati, dipendono molte volte dalla comprensione dei fatti.

L’analisi dei fatti è dunque necessaria perché influisce sulla conformazione del diritto, perché è da essa, cioè dalla realtà, che può emergere un nuovo significato del testo di legge.

Così, anche per un confronto tra quello che è stato deciso e quello che è stabilito dal testo della legge scritta, vi è a volte la necessità di esaminare fatti. Una delle ragioni per cui ciò accade è che molte parole non hanno la capacità di assorbire in maniera integrale e definitiva la realtà a cui si riferiscono. Pertanto, solamente una profonda comprensione dei fatti, e cioè una comprensione del loro reale significato, può condurre ad un’interpretazione della legge che risponde ai bisogni sociali, morali e politici del momento.

Un buon esempio è dato da quella disposizione della legge brasiliana che stabilisce che se una casa costituisce l'unico bene immobile di proprietà di una "famiglia", essa non può essere pignorata. Potrebbe un gruppo di cugini di terzo o quarto grado essere considerato "famiglia" ai fini dell'applicazione di questa disposizione e quindi dell'impignorabilità della casa? Se la risposta è affermativa, il termine "famiglia" assumerà un significato più ampio, tanto per il singolo caso in cui tale disposizione viene applicata quanto nei processi futuri in cui quella stessa disposizione venga richiamata su un caso identico.

Peraltro, molte volte, il semplice confronto tra i due testi, quello della legge e quello della decisione, non è capace di portare alla soluzione del problema.

In molti casi, i termini usati dalla legge non hanno un significato esatto tale da poter far dire con facilità che essa sia stata violata. È per questo che oggi si riconosce che sono i giudici a costruire nella pratica questo significato, e non semplicemente a scoprire quello preesistente, "contenuto nel testo" della legge.

A questo riguardo rilevano anche fatti esterni al processo. Anche la realtà esterna al caso concreto deve venir dimostrata attraverso le prove ed essere integralmente e profondamente compresa.

È la percezione della funzione creatrice di norme che viene esercitata dalle corti superiori che fa sì che si riconosca come imprescindibile prendere in considerazione anche i fatti della società.

Perciò si può dire che spesso i fatti acquisiscono importanza nei giudizi delle corti superiori in conseguenza della necessità di costruire il senso del testo di legge in armonia con il contesto sociale, morale e politico, economico e scientifico che caratterizza quel determinato momento storico.

Per questo motivo il codice del processo civile brasiliano del 2015 ha introdotto la possibilità che esistano *audiências públicas*, dove *experts* possono essere consultati ed esprimere le loro opinioni se, ad esempio, il caso in esame coinvolge aspetti scientifici; così come ha ammesso la testimonianza di *amici curiae* che possono manifestare la propria volontà di partecipare al processo o che addirittura possono veder disposta la loro partecipazione *ex officio*.

Un buon esempio della rilevanza dei fatti esterni al processo nell'interpretazione della legge è stata la discussione che interessò il Brasile nel 2012 in merito alla possibilità di non considerare reato l'aborto di feti anencefali.

Chiaro è come il mero confronto tra il testo della decisione giudiziale e quello della legge non sarebbe stato sufficiente a risolvere una questione così difficile. Non siamo di fronte, qui, ad un semplice aborto. L'impossibilità di sopravvivenza del feto anencefalo era certamente uno dei fatti che dovevano essere dimostrati. Un altro, evidentemente, era il concetto stesso di vita: che cosa effettivamente definisce la vita?

Per questo, molti furono i gruppi sociali sentiti quali *amici curiae*: ad esempio, la Chiesa cattolica, l'Associazione nazionale *pro familia* e *pro vida*, la Fe-

derazione brasiliana dei ginecologi, e così via.³⁶ Ecco, ancora una volta, la rilevanza dei fatti esterni al processo.

Per questo si ritiene impossibile che una corte, la cui funzione è di interpretare il testo del diritto positivo, possa ignorare i fatti. Innanzitutto, perché, a volte, una profonda comprensione della realtà è assolutamente necessaria per interpretare il testo di legge, come per esempio nell'ipotesi in cui sia necessario chiarire i fatti scientifici. In secondo luogo, perché la legge dev'essere compresa, interpretata alla luce dell'*ethos* dominante, ossia secondo i modelli dominanti con riguardo ai valori sociali e morali.³⁷ Questi fatti non possono essere ignorati neppure dai tribunali superiori, e questo essenzialmente perché la loro funzione è quella di contribuire alla costruzione del diritto, a fianco del potere legislativo.

Dagli esempi dati, è inevitabile concludere nel senso che molto spesso, in Brasile, le corti superiori agiscono in un modo che fa trasparire chiaramente quanto esse partecipano, insieme con il potere legislativo, alla creazione del diritto.

Esempi interessanti di questo fenomeno hanno luogo, in Brasile, con molta frequenza: e questa frequenza è un qualcosa che sembra intensificarsi specialmente negli ultimi due decenni. Degni di nota sono, ad esempio, il matrimonio fra persone dello stesso sesso, la liberazione di cannabis a fini medicinali, eccetera.

In tutto il mondo, le corti decidono sempre più spesso su questioni polemiche, la cui soluzione non è espressamente prevista dalla legge (*hard cases*). Si discute se organi ufficiali del Governo possano ostentare crocifissi sulle pareti, tanto quanto la possibilità che i musulmani frequentino la scuola usando il velo islamico.³⁸ Anche in Germania si è deciso sulla costituzionalità di unioni civili di persone dello stesso sesso.³⁹ In quello stesso paese, si è deciso sull'incostituzionalità dell'assenza di punizione per l'aborto praticato prima delle dodici settimane di gravidanza.⁴⁰

Tuttavia, non è necessario che si pensi a casi estremi come quello del Brasile per percepire che nell'attività interpretativa esiste una dose, maggiore o minore che sia, di "creazione" da parte del soggetto che interpreta. È chiaro che questa creazione dev'essere fatta con assoluto rispetto del testo della legge, dell'ordinamento giuridico considerato come un tutt'uno e, principalmente, dei principi costituzionali. Senza lasciare da parte il vaglio, come si

³⁶ Questa è stata l'Adpf 54, decisa il 12 aprile 2002.

³⁷ In linea con queste osservazioni vedi Barroso (2010), secondo cui "La giurisdizione costituzionale assume maggior importanza proprio nei momenti in cui è necessario contrastare maggioranze in nome di valori fondamentali di una data società o anche di un processo di civilizzazione". Nell'originale: "A *jurisdição constitucional cresce em importância justamente nos momentos em que é necessário contrariar as maiorias em nome dos valores fundamentais de uma dada sociedade ou mesmo do processo civilizatório*".

³⁸ Vedi: L'Heureux-Dub (2000).

³⁹ 1 BvF 1/01 – 17 Julho 2002.

⁴⁰ BVerfGE 39,1 – 25 Febbraio 1975.

è visto sopra, della realtà. Prendere in considerazione la *realtà* significa, ad esempio, essere consapevole dei modelli morali della società in quel determinato momento storico, come pure avere conoscenza del progresso della tecnica o anche della medicina, come si è osservato nel caso dell'aborto di feto anencefalo.

Il Brasile ha adottato nel Codice del 2015 la figura del precedente vincolante. Il sistema di precedenti vincolanti è stato concepito con l'obiettivo principale, anche se non unico, di minimizzare o risolvere i problemi del contenzioso di massa, che riguarda molto spesso conflitti tra privati e compagnie telefoniche, istituti bancari o addirittura lo Stato stesso.

Il nostro paese, oltre ad avere adottato il sistema dei precedenti vincolanti (com'è, ad esempio, la decisione del ricorso straordinario, che è il ricorso che spetta alla nostra Corte costituzionale), ha fatto propri strumenti di *aggregative litigation*, ossia, strumenti che permettono la riunione di innumerevoli azioni pendenti e che riguardano questioni giuridiche identiche, come avviene, per esempio, nei casi pilota, nel *Group Litigation Order* o nel *Musterverfahren*.

Il vincolo del precedente sembra essere stato concepito dal legislatore come un qualcosa di estremamente semplice, nella misura in cui sarebbero ad esso vincolati soltanto i giudici che dovessero decidere casi assolutamente identici a quelli che hanno generato il precedente. In questa misura, è integralmente priva di senso l'affermazione, che talvolta si trova nella nostra dottrina, secondo cui il nostro sistema del precedente si sarebbe ispirato all'ordinamento di *common law*.

Prima del Codice del 2015, l'unico strumento propriamente vincolante che esisteva, era la "*súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal*" (la nostra Corte Costituzionale).

Le "*súmulas vinculantes*" esistono tuttora, e sono una specie di sintesi del fondamento delle decisioni anteriori, tutte nello stesso senso, riguardanti la medesima questione giuridica. In realtà, si tratta di una tecnica per cristallizzare, in un enunciato normativo, la giurisprudenza costante anteriore.

Si sente, in Brasile, una tendenza incontrollabile di ridurre precedenti a enunciati normativi, forse perché la *forma mentis* del *civil lawyer* richiama un testo normativo come base della sua decisione, affinché quest'ultimo possa essere considerato in maniera più tranquillizzante.⁴¹ L'esame di una decisione perché sia scoperta la sua *ratio* è qualcosa di non integrato alla nostra cultura. Ciononostante, concetti come *ratio decidendi* e *obiter dictum*, a poco a poco, vengono compresi dalla nostra comunità giuridica.

Esistevano, nel Codice precedente, alcuni strumenti finalizzati a uniformare la giurisprudenza, ma non vi era neppure una parola sull'obbligatorietà di rispettare ciò che era stato deciso. Si ha l'impressione diffusa che giudici e avvocati facciano ancora forte resistenza ad accettare che alcuni pronuncia-

⁴¹ Marinelli (2020).

menti giudiziari debbano essere necessariamente rispettati. Intanto, la perfezione che queste misure producano, però, se ben utilizzate, risultati molto positivi, si sta diffondendo in modo nitido negli ultimi tempi.

Ma è in Italia che esiste una situazione, non solo molto interessante, ma addirittura peculiare. Si ammette il *prospective overruling* in materia processuale. Ma come può accadere questo, se la giurisprudenza non è una fonte del diritto?

Gli italiani usano il termine inglese per riferirsi alla situazione di un tribunale che cambia il proprio orientamento giurisprudenziale, stabilendo, allo stesso tempo, che la nuova interpretazione si applica solamente ai casi futuri, e conseguentemente decidendo il caso in esame applicando l'orientamento giurisprudenziale superato.⁴²

Si parla del *prospective overruling* "all'italiana".⁴³ È un istituto che esiste, oggi, in Italia, in una forma "geneticamente" modificata.

La dottrina italiana insiste sull'importanza della certezza delle regole del processo.⁴⁴ Si osserva che, affinché si possa ammettere il *prospective overruling*, quando si altera la giurisprudenza consolidata, si compromette la coerenza sistematica.

⁴² Ammettono il *prospective overruling* soltanto in materia processuale. Merita citazione il caso in cui si è avuta controversia sull'ammissibilità di un "ricorso per cassazione avverso sentenza del Tribunale superiore delle acque pubbliche: una 'rilettura della normativa', operata dalle sezioni unite della Corte di cassazione quando il ricorso era stato proposto già, indurrebbe a ritenerne senz'altro l'inammissibilità, peraltro eccepita puntualmente. Invece, ragione per decidere l'esclusa operatività [...] della preclusione derivante dall'*overruling* nei confronti della parte che abbia confidato nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa' si ritiene, in accordo con parte della dottrina, questa: 'ciò che non è consentito alla legge non possa similmente essere consentito alla giurisprudenza'. (...) Perciò, alla Corte di cassazione compete sempre il *potere* di rendere 'giusto' il 'processo regolato dalla legge', come già al giudice istruttore quello di assicurarne comunque il 'leale svolgimento' (art. 175, 1° comma, c.p.c.).

Quali sono le condizioni di esercizio di questo *potere* del giudice? Non sembrano esserci alternative: sono quelle stabilite nell'art. 153, 2° comma, c.p.c., per cui 'la parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini', ovvero quelle dell'interpretazione costituzionalmente orientata (quando non si necessiti di nuove attività né di istanza apposita)". Auletta (2011), p. 1118-1119.

⁴³ "Un tema di grande attualità è oggi quello degli effetti e delle conseguenze degli eventuali mutamenti giurisprudenziali in ordine all'interpretazione delle norme processuali. Si tratta, per usare la terminologia con la quale viene più spesso definito, del cosiddetto *overruling*; problema che ha suscitato un vivace e talvolta anche acceso dibattito dottrinale". Comoglio (2013), p. 525.

⁴⁴ Giabardo (2021), p. 1856-1857, commentando la sentenza della Corte di cassazione italiana [Cassazione civile, Sez. Lav., 14 gennaio 2021, n. 552 – Pres. Raimondi – Rel Balestrieri – P.M. Celeste (conf.) – Talea Agenzia per il lavoro s.r.l. (avv. Cecconi) – P.S. (avv. Barretta). *Conferma App. Catania, 13 febbraio 2018*] osserva che: "A proposito di questi limiti, la Corte di cassazione — confermando il proprio precedente orientamento sul tema, proveniente dalle Sezioni unite — riafferma senza indugi il principio secondo il quale questa, per così dire, 'applicazione differita' della nuova interpretazione è possibile solo e soltanto qualora il mutamento si riferisca a una regola processuale, e non anche a una disposizione sostanziale; quello che si vuole evitare è infatti che la parte — la quale abbia fatto (correttamente) affidamento su un precedente, stabile e costante orientamento relativo a una norma che regola il rito — non abbia a soffrire (ingiustamente) una compressione del proprio diritto di azione o difesa, vedendosi dichiarare a posteriori una decadenza, o altra sanzione processuale, riferita a un atto già compiuto".

Ma come è possibile che un'interpretazione sbagliata della legge possa avere aver effetti con riguardo al passato? Infatti, la logica pura non ammette che si consideri una certa interpretazione della legge, "d'ora in poi". Ma la razionalità del diritto non si limita alla logica. A rigore, la logica pura si rivela, molto spesso, come uno strumento inadeguato a risolvere problemi giuridici.

L'idea di *prospective overruling* è penetrata nel diritto italiano in conseguenza di alcune sentenze che, nell'ultimo decennio, hanno ribaltato, in modo repentino e imprevedibile, l'interpretazione di regole processuali e che hanno messo a fuoco la necessità di tutela "dell'affidamento della parte e dell'avvocato".⁴⁵

Dal 2010 in avanti, la giurisprudenza della Corte di cassazione ha abbandonato orientamenti consolidati di interpretazione di alcune regole processuali, cosiddette "garantiste". Si è pensato a uno strumento che fosse capace di conciliare la necessità di mutamento nei riguardi dell'affidamento che le parti e i loro avvocati avevano risposto nell'interpretazione anteriore, e il *prospective overruling* sarebbe una possibile soluzione.⁴⁶

Alcune sentenze delle Sezioni Unite della Corte di cassazione italiana, organo che equivale a quello che, in Brasile, chiamiamo "*pleno*", hanno alterato repentinamente orientamenti consolidati anteriori, sempre con l'obiettivo di garantire la "ragionevole durata" del processo.

Sono stati, ad esempio, alterati termini processuali⁴⁷ ed è stata creata la condizione, che prima non esisteva, di ammissibilità del ricorso di cassazione (collegata al deposito della copia della sentenza impugnata).⁴⁸

Il dubbio che evidentemente è nato riguardava quale disciplina dovesse applicarsi ai processi pendenti, quando una delle parti avesse confidato nell'orientamento anteriore.⁴⁹

Quindi non si può negare che in Brasile la parola del giudice — cioè la giurisprudenza costante ed i precedenti vincolanti — sia fonte di diritto, non si può negare che sia il diritto stesso.

In Italia la situazione è diversa — ma a nostro avviso — la parola del giudice tende a diventare sempre più importante.

Il paradosso esiste: una parte della letteratura processuale e alcune disposizioni normative riconoscono la rilevanza della giurisprudenza e dei precedenti, da una parte, ma dall'altra parte, ci sono norme, come l'art. 111 della Costituzione italiana, le quali affermano che il giudice è soggetto che alla legge, ossia la giurisprudenza non lo vincola.

⁴⁵ Passanante (2018), p. 275.

⁴⁶ Passanante (2018), p. 292.

⁴⁷ Cass. civ., 16 aprile 2009, n. 9005, in *Corr giur.*, 2009, p. 1355.

⁴⁸ Cass. civ., Sez. Un., 9 settembre 2010, n. 19246, in *Foro it.*, 2010, I, c., 3014.

⁴⁹ Comoglio (2013).

Come esempio di norme in cui è implicita la rilevanza del precedente del potere giudiziario, abbiamo l'art. 374 del CPC⁵⁰, che impone alle Sezioni Semplici della Corte di Cassazione il dovere di decidere in conformità con l'orientamento delle Sezioni Unite, stabilendo che, se non vogliono farlo, debbano rimettere la decisione a quest'ultimo organo.

C'è anche l'art. 360-*bis* del CPC che prevede l'inammissibilità del ricorso di cassazione proposto contro una sentenza che abbia deciso in modo conforme con la giurisprudenza della Corte di cassazione.⁵¹

Un'altra disposizione significativa è contenuta nell'art. 350-*bis* del CPC (con le modificazioni introdotte dal decreto legislativo n. 149/2022, conosciuto come Riforma Cartabia, che ha introdotto importanti mutamenti nel codice di procedura civile italiano)⁵² che permette al giudice di fondare la sua decisione in modo conciso, purché ci siano "precedenti conformi".

In Italia esiste la garanzia costituzionale della ricorribilità in Cassazione di qualunque sentenza che sia stata pronunciata dal giudice di merito. Il fatto che la Corte di cassazione italiana sia chiamata a pronunciarsi su qualunque controversia fa in modo che essa perda quel grado di effettività che è necessario a una giurisdizione di ultima istanza. L'effettività è un valore da perseguire, anche a costo di ridurre l'accesso al giudizio di legittimità. Ma come?

È chiaro che in Italia non si può parlare di filtro propriamente detto, cioè di filtri somiglianti a quelli che esistono in Brasile, Argentina, Spagna, Giappone o Germania, ma ci sono altri modi per limitare l'accesso a un tribunale supremo che forse non si scontrano direttamente con la garanzia costituzionale contenuta nel sistema italiano.

Le più rilevanti riforme che hanno riguardato il giudizio di legittimità sono state introdotte per effetto della riforma Cartabia — dal nome dell'allora Ministro della Giustizia e prima presidente emerito della Corte costituzionale — che è successiva alla esperienza pandemica.

⁵⁰ "La Corte pronuncia a sezioni unite nei casi previsti nel n. 1) dell'articolo 360 e nell'articolo 362. Tuttavia, tranne che nei casi di impugnazione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, il ricorso può essere assegnato alle sezioni semplici, se sulla questione di giurisdizione proposta si sono già pronunciate le sezioni unite. Inoltre, il primo presidente può disporre che la Corte pronunci a sezioni unite sui ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici, e su quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza. Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso. In tutti gli altri casi la Corte pronuncia a sezione semplice".

⁵¹ "Art. 360-*bis*. Inammissibilità del ricorso. Il ricorso è inammissibile: 1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa; 2) quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo".

⁵² "Art. 350-*bis* (Decisione a seguito di discussione orale). Nei casi di cui agli articoli 348-*bis* e 350, terzo comma, il giudice procede ai sensi dell'articolo 281-*sexies*. Dinanzi alla corte di appello, l'istruttore, fatte precisare le conclusioni, fissa udienza davanti al collegio e assegna alle parti termine per note conclusionali antecedente alla data dell'udienza. All'udienza l'istruttore svolge la relazione orale della causa. La sentenza è motivata in forma sintetica, anche mediante esclusivo riferimento al punto di fatto o alla questione di diritto ritenuti risolutivi o mediante rinvio a precedenti conformi".

L'Italia, è stata particolarmente colpita dalla vicenda del Covid che, in quell'occasione, ha visto l'Unione Europea manifestare la sua solidarietà nei suoi confronti, approvando un programma nazionale denominato PNRR — Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza — e finanziando in favore dell'Italia una serie di attività. L'Unione Europea ha tuttavia imposto allo Stato italiano il perseguimento di alcuni obiettivi entro un determinato periodo di tempo e, conseguentemente, l'introduzione di riforme particolarmente incisive con il fine di conseguire gli obiettivi del piano nazionale di ripresa e resilienza.

Per quanto riguarda il sistema giudiziario, questi obiettivi hanno come scopo sostanzialmente la riduzione delle pendenze e della durata dei processi sia nei gradi di merito che nel grado di legittimità.

Un istituto particolarmente rilevante e innovativo per le funzioni della Corte di cassazione è stato quello del rinvio pregiudiziale del giudice di merito alla Corte stessa, regolato dal nuovo art. 363-*bis* del codice di procedura civile: in base a questo meccanismo, il giudice del merito può chiedere alla Corte di cassazione di fissare il principio di diritto su una questione di particolare complessità, nella quale non vi è ancora stato un orientamento da parte della Corte di cassazione, e che presenti aspetti di ripetitività tali da giustificare l'immediata decisione del giudice di legittimità.

Sulla base della richiesta di rinvio pregiudiziale, la Corte può fissare un principio di diritto vincolante soltanto per il giudice che ha richiesto il rinvio pregiudiziale, ma che ovviamente avrà una particolare valenza nomofilattica anche per altri giudizi pendenti davanti agli altri giudici di merito, i quali, pur non vincolati alla decisione resa in sede di rinvio pregiudiziale, potranno comunque avvalersi della soluzione offerta dalla Cassazione con il ricordato principio del diritto.

Si tratta di una innovazione processuale che cambia radicalmente i rapporti tra il giudice di merito e la Corte di cassazione, poiché quest'ultima non è più chiamata a controllare la legittimità della decisione dei giudici di merito, ma opera "con" il giudice di merito, il quale la investe di una questione che il giudice di merito ritiene non essere stata esaminata dalla Corte di cassazione e, nel sollecitare l'intervento della Corte di vertice, contribuisce alla maggiore efficienza del sistema giudiziario. I precedenti della Cassazione spesso arrivano molti anni dopo rispetto alle vicende che hanno dato origine alla controversia, la quale invece richiede un veloce e tempestivo intervento del giudice di legittimità.

È opportuno, qui, un breve riferimento alla *saisine pour avis* che esiste in Francia dal 1991. Questo procedimento è stato introdotto dalla legge n. 91.491 del 15 maggio 1991 e ha previsto la possibilità che, ove vi siano dubbi sull'interpretazione della legge, si chieda alla *Cour de cassation* un parere non vincolante (art. 1.031-1 a 1.031-7 c.p.c.). Si tenta così di generare più prevedibilità e certezza giuridica.⁵³

⁵³ "La Corte di cassazione non ha autorità su altre corti per ciò che riguarda il tema deciso – in pratica, tuttavia, è poco probabile che una corte non prenda in considerazione il parere di un'altra".

L'istituto, come abbiamo già detto, ha una serie di specificità che prevedono un filtro da parte del primo presidente della Corte di cassazione che vaglia l'ammissibilità della richiesta di rinvio pregiudiziale e che poi, ove appunto venga ritenuto ammissibile il rinvio, investe le singole sezioni o le sezioni unite a seconda della decisione del primo presidente e della fissazione del principio di diritto.

È in corso un dibattito particolarmente acceso all'interno della giurisprudenza e dell'accademia in ordine all'opportunità che la Corte di cassazione, già sovraccaricata da un notevole numero di ricorsi, possa fare fronte alle ulteriori richieste di rinvio pregiudiziali provenienti dai singoli giudici di merito.

D'altra parte, si è pure sostenuto che l'intervento in via preventiva della Corte di cassazione sulla richiesta di rinvio pregiudiziale determini uno stravolgimento dei ruoli del giudice di merito e del giudice di legittimità. Si forma il diritto vivente anche attraverso una pluralità di punti di vista e di orientamenti che poi, appunto, quando pervengono all'esame della Corte di cassazione, possono trovare una soluzione più consapevole da parte del giudice della legittimità proprio in relazione al dispiegarsi di prospettive, di casi concreti, di risposte dei giudici di merito che hanno, nel tempo, affrontato aspetti specifici, che rendono, a quel punto, necessaria la decisione della Corte di cassazione.

Si sostiene, quindi che l'intervento preventivo in sede di rinvio pregiudiziale abbia l'effetto di depotenziare quel pluralismo decisorio che costituirebbe l'essenza della giurisdizione e rappresenterebbe, appunto, il punto di equilibrio tra il ruolo del giudice di merito e quello del giudice di legittimità.

Oltretutto i giudici, tutti i giudici, sono soggetti soltanto alla legge, ma, per effetto del rinvio pregiudiziale ci sarebbe una sottomissione del giudice di merito alle pronunzie della Corte di cassazione intervenute su richiesta del singolo giudice che ha sollecitato il rinvio pregiudiziale. Stiamo qui, ovviamente, di fronte a delle eccezioni alla regola che stabilisce che il giudice italiano decide solo in base alla legge.

5. CONCLUSIONE

I tribunali superiori esercitano diverse funzioni che, secondo noi, sono fra loro complementari. Non c'è dubbio che la funzione paradigmatica sia quella che predomina negli ultimi tempi in tanti paesi, anche se non può essere concepita indipendentemente dalle altre funzioni, quella nomofilattica nel nuovo senso dell'espressione, quella uniformatrice e quella "dikelógica".

Da molto tempo, i tribunali di vertice brasiliani hanno smesso di essere corti che si limitano a controllare la legalità o la costituzionalità delle decisioni degli organi giurisdizionali inferiori, mettendo i due testi uno di fianco all'altro: quello del diritto positivo e quello della decisione impugnata.

È chiaro che questo processo di controllo sussiste, giacché parliamo di tribunali che giudicano impugnazione, ma, certamente, non è questa la funzione più notevole o principale di essi.

Molto spesso, questi tribunali decidono questioni polemiche che non sono risolte con chiarezza dal testo della legge, il che implica il bisogno che il giudice rivolga gli occhi alla società. Sono, pertanto, corti che partecipano attivamente e per eccellenza, alla costruzione del diritto stesso.

L'adozione di filtri come la ripercussione generale e la rilevanza è, a nostro modo di vedere, intimamente legata a questa nuova funzione paradigmatica dei tribunali superiori: decidere casi che, secondo alcuni criteri, sono considerati rilevanti per contribuire, mediante tali decisioni, alla costruzione dello stesso diritto.

I tribunali superiori hanno, dunque, due pubblici: le parti e la società.

Come immaginare un tribunale superiore contemporaneo che si neghi a “correggere” una decisione di un tribunale *a quo* perché questa si sarebbe basata su norma che contiene un concetto vago, e l'organo *a quo* avrebbe optato per uno dei suoi sensi possibili? Come abbiamo visto in origine, ciò avveniva presso le corti di cassazione. La nuova funzione dei tribunali superiori, al contrario, esige il loro intervento, proprio in questo tipo di casi, giacché è compito del precedente ridurre la sfera di equivocità inerente al diritto.

I tribunali superiori costruiscono il diritto, decidendo in modo tale da adeguare l'interpretazione della legge ai principi costituzionali fondamentali, come è avvenuto — e qui diamo un ultimo esempio — nel caso in cui il *Supremo Tribunal Federal* ha riconosciuto il diritto della persona transessuale all'alterazione del nome e del sesso all'anagrafe.⁵⁴

D'altra parte, a quanto pare, c'è molta resistenza, in Italia, all'idea che le decisioni del giudice abbiano carica normativa, il che implicherebbe considerare una nuova posizione adottata dalla giurisprudenza non vincolante come *ius superveniens*. Oltretutto, l'art. 111 della Costituzione italiana adotta, esplicitamente, il principio che il giudice è soggetto soltanto alla legge, e non alla forma come questa viene interpretata dai tribunali.

Tuttavia, come s'è tentato di dimostrare, nello stesso ordinamento positivo italiano esistono già segnali evidenti che la giurisprudenza è molto più importante oggi di quanto lo fosse nel passato.

⁵⁴ “1. Il diritto all'uguaglianza senza discriminazioni comprende l'identità di genere. 2. L'identità di genere è manifestazione della personalità della persona umana e, come tale, spetta allo Stato solo il ruolo di riconoscerla, mai di costituirla. 3. La persona transessuale che provi la propria identità di genere, dissonante da quella che le è stata designata alla nascita, per autoidentificazione confermata in dichiarazione scritta di questa sua volontà dispone del diritto fondamentale soggettivo all'alterazione del nome e della classificazione di genere nel registro civile per la via amministrativa o giudiziale, indipendentemente di procedimento chirurgico, per trattarsi di tema relativo al diritto fondamentale al libero sviluppo della personalità.”. (STF, ADI 4275, Tribunal Pleno, j. 01.03.2018, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, *DJe* 07.03.2019).

BIBLIOGRAFIA

- Alexy, Robert. (2001). *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Landy.
- Alvim, A. (1999). A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões *Revista de Processo*, 24(96), 37-44.
- Auletta, F. (2011). Irretroattività dell'overruling: come 'il valore del giusto processo può trovare diretta attuazione'. *Il Giusto Processo Civile*, (4), 1117-1126.
- Barroso, L. R. (28 de dezembro de 2010). *Prudências, ousadias e mudanças necessárias no STF*. Conjur. <https://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>
- Cadiet, Loïc. (2017). *Perspectiva sobre a justiça do sistema civil francês*. Editora Revista dos Tribunais.
- Calamandrei, Piero. (1920). *La cassazione civile*. (vol. 2). Fratelli Bocca, 1920.
- Calamandrei, Piero. (2019). *Opere giuridiche, VI, La cassazione civile (parte prima)*. Roma Tre-Press.
- Caponi, R. (2018). *Prospective overruling: bilancio di una vicenda*. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, 19(2), 173-183.
- Comoglio, P. (2013). Minime riflessioni di ordine sistematico in tema di *perpetuatio iurisdictionis, tempus regit actum* e *overruling* processuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 67(2), p. 525-540.
- Conti, R. (2022). Appunti su alcuni aspetti della verità nel diritto. *Rivista de Diritti Comparati*, 6(3), 826-858.
- Dantas, B. (2016). (In)consistência jurisprudencial e segurança jurídica: o “novo” dever dos tribunais no Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, 41(262), 323-344.
- Fon, V & Parisi, F. (2006). Judicial precedents in civil law systems: a dynamic analysis. *George Mason University School of Law and Economics Working Paper Series*. <http://dx.doi.org/10.1016/j.irl.2007.01.005>.
- Giabardo, C. V. (2021). Mutamento di giurisprudenza, regole processuali e tutela dell'affidamento. *Giurisprudenza Italiana*, (8-9), 1856-1857.
- Grossi, P. *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*. https://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/Grossi_Scandicci.pdf
- Habscheid, M. W. J. (1968). Les cours supérieures en République Fédérale d'Allemagne et la distinction du fait et du droit devant les juridictions suprêmes en France et en Allemagne. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 20(1), 79-94.
- Knijinik, Danilo. (2005). *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Forense.
- L'Heureux-Dub, C. (2000). The dissenting Opinion: the voice of the future? *Osgoode Hall Law Journal*, 38(3), 495-517.
- Larsen, A. O. (2012). Confronting supreme Court fact Finding, *Virginia Law Review*, (98), 1255-1312.
- Lombardo, L. (2017). La nomofilachia nel giudizio di cassazione riformato. *Giustizia Civile*, (1), 17-43.
- Mancuso, Rodolfo de Camargo. (2013). *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. Editora Revista dos Tribunais.
- Marinelli, M. (2020). Precedenti giudiziari tra obbligatorietà e persuasività: note comparative e riflessioni sparse a margine del nuovo CPC brasiliano e della sua sumula vincolante. *Revista de Processo*, 45(304), 317-336.
- Maxeiner, J. R. (2015). A Government of Laws Not of Precedents 1776-1876: The Google Challenge to Common Law Myth. *British Journal of American Legal Studies*, 4(1), 137-250.

- Mazzarella, Ferdinando. (2000). *Analisi del giudizio civile di cassazione*. (2. ed.). Cedam.
- Miccolis, G. (03 de novembre de 2020). Nomofilachia, Sezioni Unite e questioni di "particolare importanza". <https://www.questionegiustizia.it/articolo/nomofilachia-sezioni-unite-e-questione-di-particolare-importanza>
- Miccolis, G. (08 de maggio de 2023). Brevi note sulla nomofilachia nei cento anni della Cassazione unitaria. <https://www.judicium.it/brevi-note-sulla-nomofilachia-nei-cento-anni-della-cassazione-unitaria/>
- Mitidiero, D. (2016). A tutela dos direitos e a sua unidade: hierarquia, coerência e universabilidade dos precedentes. *Revista Brasileira da Advocacia*, 1(3), 161-170.
- Passanante, Luca. (2018). *Il precedente impossibile, contributo allo studio del diritto giurisprudenziale del processo civile*. G. Giappichelli Editore.
- Posner, E. A. & Vereule, A. (2016). The Votes of Other Judges. *Harvard Public Law Working Paper*. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2723957>
- Sánchez, Javier López. (2002). *El interés casacional*. Civitas.
- Silva, Ovídio Baptista da. (1999). *A função dos Tribunais superiores. Superior Tribunal de Justiça: 10 anos: obra comemorativa 1989-1999*. (pp. 145-165) Superior Tribunal de Justiça.
- Taruffo, Michele. (1991). *Il vertice ambiguo: saggi sulla casazione civile*. Il Mulino.
- Taruffo, Michele. (2007). *Precedente e Giurisprudenza*. Editoriale Scientifica.
- Wambier, T. A. A. (2012). Precedentes e evolução do direito. In: T. A. A. Wambier (Ed.), *Direito jurisprudencial* (pp. 11-95). Editora Revista dos Tribunais.
- Wambier, T. A. A. (2014). Cada caso comporta uma única solução correta? In: A. G. C. Mendes, L. G. Marinoni & T. A. A. Wambier (Eds.). *Direito jurisprudencial*. (vol. II, pp. 1.219-1.238). Editora Revista dos Tribunais.

