

# Il diritto giurisprudenziale

Maurizio Paganelli

Vicenza 22 febbraio 2023

# Parti dell'intervento

- I) La giurisprudenza è fonte del diritto?
- II) Massima e precedente
- III) Gli effetti del precedente giurisprudenziale

# Parte prima

- La giurisprudenza è fonte del diritto?

# La funzione nomofilattica della Cassazione secondo la legge

- **Art. 65 ordinamento giudiziario** (r.d. 12/1941): esatta applicazione ed uniforme interpretazione della legge.
- **Art. 360-bis c.p.c.** (l. 69/2009) *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.*
- **Art. 374 3° comma c.p.c.** (d.lg. 40/2006) *Pronuncia a sezioni unite* – *Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalla sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso.*
- **Art. 363 bis c.p.c.** *Rinvio pregiudiziale* - *Il giudice di merito può disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione per la risoluzione di una questione esclusivamente di diritto se: -la questione è necessaria alla definizione anche parziale del giudizio e non è stata ancora risolta dalla Corte; -la questione presenta gravi difficoltà interpretative (...).*
- **Art. 118 disp. att. c.p.c.** (l. 69/2009) *La motivazione della sentenza contiene le ragioni giuridiche della decisione ed il riferimento ai precedenti conformi.*

# La giurisprudenza è una fonte del diritto (art. 1 preleggi)?

- Nomofilachia e diritto vivente (Corte Cost. sentenza 350/1997)
- Cass. 11 maggio 2009 – La giurisprudenza normativa fonte del diritto
- Cass. 30 dicembre 2022 – La giurisprudenza non è fonte del diritto

# Efficacia del precedente - 20 anni fa

- *Poiché il giudice del merito non è vincolato ai riferimenti di giurisprudenza della corte di legittimità, è inammissibile il ricorso con cui si censura la sentenza per non aver tenuto conto di un precedente che riguarda un caso analogo. (Cass. civ., sez. III, 19-12-2001, n. 16007).*

# Efficacia del precedente oggi

*Benché non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello stare decisis, essa, tuttavia, costituisce un valore o, comunque, una direttiva di tendenza, sulla base della quale il giudice di merito non si dovrebbe discostare dall'interpretazione di legittimità fornita dalla corte di cassazione, che svolge istituzionalmente funzione nomofilattica; resta intesa la facoltà del giudice di merito di discostarsi dagli orientamenti giurisprudenziali avendo cura di fornire forti e apprezzabili ragioni giustificative.*

(Cass. civ. ord., 09-01-2015, n. 174; v. anche Cass. 31-07-2012, n. 1360)

# Quando ricorre un precedente?

- Ricorre una “*giurisprudenza della Corte sul caso specifico*” quando sulla *quaestio iuris* decisa dalla sentenza impugnata vi è:
  - 1) una sentenza a sezioni unite
  - 2) un orientamento consolidato delle sezioni semplici
  - 3) poche sentenze di una o più sezioni semplici se convergenti
  - 4) una sola sentenza se convincente nella motivazione
- (Circolare Primo Presidente 22 aprile 2016, in Foro it., 2016, V, 350)
- Alcune pronunce di merito non sono idonee ad integrare un diritto vivente (Corte cost. n. 78/2012)

# Valore persuasivo o vincolante del precedente?

- L'art. 374 c.p.c. non prevede sanzione per il magistrato che lo disapplica
- Non esiste norma che obblighi all'applicazione del precedente – Art. 101 2° c. Cost.
- Art. 363, 363 bis e 384 1 comma c.p.c.

# Parte seconda

- Massima e precedente

# Criteri redazionali di una massima

- 1 – La massima non costituisce il riassunto della sentenza
- 2 – La massima non si limita alla mera astratta enunciazione del principio di diritto – Menzione dei fatti essenziali su cui si radica
- 3 – La massima va redatta sulla sola ratio decidendi (processuale e/o di merito)
- 4 – La massima di regola non riporta l'argomento giuridico speso dal giudice

# Massime mentitorie

- 1 – riprodotte di un obiter dictum
- 2 – includono elementi costitutivi della fattispecie non necessari ai fini della sua configurabilità
- 3 - troppo generiche o imprecise, includendo nella sua portata anche fattispecie che, alla luce del caso concreto deciso, dovrebbero restarne escluse

# Massima e precedente sono la stessa cosa?

- Valore -almeno tendenziale- del precedente vincolante
- Il precedente quale entità diversa e più complessa della massima
- Astrattezza della massima (simile alla regola iuris se non per la provenienza)
- Il precedente inteso come un unicum con la fattispecie cui si riferisce

# Parte terza

- Gli effetti del precedente giurisprudenziale

# Due tipi di *overruling*

- *L'overruling sostanziale*: la Corte rilegge il significato di una norma fornendone una diversa interpretazione e/o applicazione
- *L'overruling processuale*, quale mutamento della propria precedente interpretazione di una norma processuale da parte del giudice della nomofilachia.
- Efficacia del precedente: il nuovo arresto è una sorta di *ius superveniens* operante come tale solo *pro futuro* o anche retroattivo?
- L'affidamento delle parti alla giurisprudenza ed ai precedenti.

# Efficacia retroattiva – Overruling evolutivo

- In ambito sostanziale: pieno effetto retroattivo.
- In ambito processuale: l'overruling vulnera ex post l'atto non conforme alla regola, come reinterpreta.
- Differenza tra *overruling* evolutivo e correttivo (Cass. 11 luglio 2011, n. 15144).
- Overruling evolutivo: accerta il significato evolutivamente assunto dalla norma nel momento in cui il giudice è chiamato a farne applicazione
- composizione di contrasti giurisprudenziali (v. es. art. 37 c.p.c.; Cass. 4687/2011)

# *Overruling* correttivo

- il giudice torna sul testo (significante) della norma per desumerne un significato diverso da quello adottato dalla precedente esegesi della giurisprudenza, indipendentemente dalle sue vicende evolutive

# No retroattività: il prospective overruling

- La tutela di chi si è conformato al precedente poi travolto dall'overruling
- i) mutamento di giurisprudenza di legittimità su norme regolatrici del processo
- ii) cambiamento repentino ed imprevedibile dell'indirizzo – ragionevole affidamento su di esso
- iii) effetto preclusivo sul diritto di azione o difesa della parte che abbia fatto affidamento sulla stabilità del precedente;

# Valutazione del tipo di giurisprudenza afferente la fattispecie

- I diversi effetti in caso di *overruling* dovuto a *giurisprudenza evolutiva, ampliativa o correttiva*
- I rimedi della Cassazione in caso di giurisprudenza correttiva
  - i) rimessione in termini (Cass. 14627/2010)
  - ii) esclusione di operatività della preclusione derivante dall'*overruling* per la parte che abbia confidato senza colpa nella consolidata precedente interpretazione della regola poi corretta (Cass. 15144/2011)
- Il principio di affidamento incolpevole - dovere di precauzione richiesto al difensore (Cass. 4687/2011; 8127/2011)

# Decorrenza validità del precedente giurisprudenziale

- Pubblicazione sulle riviste giuridiche
- Pubblicazione on line
- Pubblicazione sul sito della corte di cassazione (Cass. 3030/2011).

# Il lavoro del giurista pratico: distinguishing e overruling

- Il cambio di giurisprudenza può avvenire d'ufficio o su istanza di parte
- *Distinguishing*: sottrarsi al vincolo del precedente che regola il caso in esame attraverso la differenziazione della fattispecie
- *Overruling*: escludere l'efficacia del precedente attraverso il suo ribaltamento, (mutamento del sentire comune, nuove leggi, sentenze straniere, inadeguatezza alla fattispecie ecc.).
- Il valore dell'argomentazione dell'avvocato

# Conclusioni

- La giurisprudenza quale strumento imprescindibile dell'avvocato
- Necessità di un sapiente controllo del precedente
- La responsabilità dell'avvocato che ignora la giurisprudenza