

ANNO LXX (Seconda Serie) - N. 1

Gennaio-Febbraio 2015

RIVISTA
DI
DIRITTO PROCESSUALE

FONDATA NEL 1924 DA

G. CHIOVENDA, F. CARNELUTTI e P. CALAMANDREI

GIÀ DIRETTA DA

E.T. LIEBMAN, G. TARZIA e E.F. RICCI

DIRETTORI

C. PUNZI e B. CAVALLONE

COMITATO DI DIREZIONE

**M. ACONE - G. BONGIORNO - V. COLESANTI
L.P. COMOGLIO - C. CONSOLO - G. COSTANTINO
C. FERRI - R.E. KOSTORIS - S. LA CHINA - S. MENCHINI
G. MONTELEONE - R. ORIANI - N. PICARDI - A. SALETTI
B. SASSANI - F. TOMMASEO - N. TROCKER - R. VACCARELLA**

www.edicolaprofessionale.com/RDP



Wolters Kluwer

CEDAM

APPUNTI SULLE SEZIONI UNITE CIVILI (*)

SOMMARIO: 1. Le nostre Sezioni Unite in un quadro storico-comparativo. Accenni di metodo. – 2. Infanzia e adolescenza delle Sezioni Unite nell'epoca delle Cassazioni regionali: l'affiorare solo tardivo della funzione unificatrice della giurisprudenza. – 3. La iniziale noncuranza per la uniformazione giurisprudenziale come retaggio della originaria impronta della Cassazione francese. *Chambres réunies, Assemblée Plénière* ecc. in Francia: sintesi storica, attualità, confronto. – 4. *Grosser Senat* e *Gemeinsamer Senat* in Germania; l'uniformità giurisprudenziale (anche e soprattutto fra Corti supreme) come valore costituzionale. – 5. Il contrasto di giurisprudenza fra le nostre giurisdizioni superiori e la Corte costituzionale come ipotetico arbitro. – 6. La composizione delle Sezioni Unite: discrezionalità vs. predeterminazione normativa. – 7. L'ultima sterzata accentratrice della funzione di uniformazione giurisprudenziale: la riduzione dei casi di intervento delle Sezioni Unite nelle questioni di giurisdizione. – 8. (Segue) Il c.d. «vincolo». – 9. Il «vincolo» e l'art. 363 c.p.c. – 10. Le ricadute del «vincolo» sulle prassi della Suprema Corte. – 11. L'art. 142 disp. att. c.p.c.: l'economia processuale al di là della nomofilachia pura. – 12. Appendice: le Sezioni Unite ed il ritorno (non auspicato) alle Cassazioni regionali.

1. – Il raggio più vasto dell'ambito entro al quale svolgere una plausibile comparazione a proposito delle Sezioni Unite dovrebbe ricomprendere qualunque «super corte suprema», qualunque organo cioè che – pur non comportando la retrocessione di altri organi dal rango di corte superiore – entri in campo per questioni di particolare valenza unificatrice della giurisprudenza o comunque per questioni di particolare importanza nomofilattica, assicurando insomma una «supernomofilachia» o nomofilachia di secondo livello.

Sebbene la notevolissima ampiezza di quest'ambito risulterebbe giustificata non solo su di un piano nominalistico bensì in relazione ad elemento funzionale, converrebbe poi, per una comparazione davvero significativa, restringere l'indagine ed escludere dall'esame comparativo, sotto altro e più pregnante profilo funzionale, i sistemi in cui il super organo o la super corte esercita funzioni *sovrapposte per via impugnatoria o pregiudiziale* rispetto alla corte superiore (o alle corti superiori) «normali», dovendo perciò, sul piano organizzativo ed organico, la «super-

(*) Questo saggio è dedicato, con la più alta considerazione, a Paolo Vittoria, che delle Sezioni Unite, fino a poco tempo fa, è stato guida ed anima tra le più sagge, ed a tutti i Magistrati che una legislazione stizzosa e sciocca ha sottratto al loro ruolo prezioso in età che per il giurista è ancora quella della maturità piena e produttiva.

corte» risultare necessariamente distinta ed autonoma rispetto alle corti superiori normali.

Ad esempio: la funzione impugnatoria rispetto alle decisioni delle *Courts of Appeals* (o molto raramente la funzione pregiudiziale mediante la *certification*) della Corte Suprema americana, limitatamente a certe questioni di diritto federale ed anzitutto quale vertice uniformatore del controllo diffuso di costituzionalità, non esclude affatto che la *Court of Appeals* sia corte superiore o suprema a tutti gli effetti con preminenti funzioni uniformatrici e nomofilattiche all'interno del rispettivo circuito e quanto allo stesso diritto federale (come dimostra il carattere *binding* dei suoi precedenti diversamente da quelli delle *Trial Courts*).

Analogamente: la funzione pregiudiziale della Corte di Giustizia dell'U.E., limitatamente al diritto comunitario, non esclude certo che le corti supreme dei singoli Stati membri siano tali.

Non di meno Corte Suprema americana e Corte di Giustizia sono «supercorti» nel senso generalissimo da cui sono partito e lo stesso si potrebbe dire per altri tribunali superiori federali in Svizzera o in Brasile che sovrastano, anche quali mete pur eccezionali dell'*Instanzenzug*, corti sicuramente di rango supremo a livello cantonale o statale; come lo stesso si poteva dire per il Tribunale Supremo di *Revision* austriaco, o meglio per il suo *italienischer Senat* sedente in Vienna, al quale eccezionalmente ed in particolarissimi casi si poteva ricorrere contro le decisioni del Tribunale Supremo di Revisione del Lombardo-Veneto.

È intuitivo che la comparazione con queste ipotesi di super corte è assai poco utile e che insomma queste ipotesi – salvo un aspetto cui farò cenno – hanno ben poco a che vedere con le nostre Sezioni Unite di ieri e di oggi.

Mentre è più utile la comparazione con i sistemi in cui la super corte eserciti funzioni non già di *controllo* diretto in sede impugnatoria o preventivo-pregiudiziale, bensì *sostitutive* rispetto a quelle della corte superiore o delle corti superiori normali, potendo perciò, ma non necessariamente dovendo, la super corte essere organicamente immedesimata nella corte o nelle corti superiori normali, essere cioè una sua o una loro emanazione (le Sezioni Unite della nostra Corte di Cassazione appunto), ovvero formalmente distinta (il *Gemeinsamer Senat* tedesco rispetto alle corti superiori federali).

In questo più ristretto ambito funzionale, e se si ragiona in termini di astratta opportunità, la super corte può e dovrebbe entrare in gioco:

a) Quando si ritenga vi sia all'interno di una corte suprema una articolazione in sezioni che metta a rischio la compattezza o anche solo l'autorità della giurisprudenza di quella corte. È ovvio, in altri termini, che non è razionalmente immaginabile una super corte quando la corte suprema sia estremamente compatta e non articolata, come nel caso di quella statunitense ove la compattezza e l'autorità sono date dal fatto che il collegio decidente corrisponde (o è ritagliato all'interno di) un numero di membri già estremamente esiguo, o nel caso della *House of Lords* oggi *Supreme Court of the U.K.*, ove la compattezza e l'autorità sono date dal fatto che più della metà di ogni collegio decidente deve essere composta da *permanent judges*, i quali sono in tutto 12, mentre il collegio può poi essere integrato da *acting judges* nominati per l'occasione e facenti parte del *supplementary panel*.

Ambigua in questa prospettiva è la situazione attuale della Corte di Giustizia: la compattezza giurisprudenziale è stata sempre assicurata nonostante la articolazione in sezioni (1). La «seduta plenaria» garantisce la particolare autorità in certi casi prestabiliti e particolarmente delicati, ovvero quando lo chiede uno Stato o una Istituzione parte in causa, ovvero quando il giudizio ad avviso della sezione riveste una «importanza eccezionale». Ma si tratta di autorità politica o *de facto*, perché giuridicamente non v'è nessuna differenza di efficacia fra una sentenza della sezione a tre o a cinque membri, una sentenza della grande sezione a tredici giudici, ed una sentenza della seduta plenaria.

Ancora ragionando in termini di logica astratta la super corte può e dovrebbe entrare in gioco:

b) Quando vi siano più corti supreme al vertice di giurisdizioni distinte *ratione materiae* ed occorre dirimere fra quelle i conflitti di giurisprudenza, pur statisticamente più rari, sulle materie di confine (*Gemeinsamer Senat* tedesco); e/o arbitrarne sempre, o in certi casi, i conflitti di giurisdizione (le nostre Sezioni Unite);

c) Quando vi siano più corti supreme pari-ordinate dislocate territorialmente, e la struttura non federale dello stato orienti, al fine di garantire la uniformità vivente di *tutto* il diritto nazionale, verso la coesistenza di queste, fatto salvo il loro rango di corti supreme, e di una super corte con funzione non impugnatoria e solo occasionalmente sostitutiva.

Ma la logica astratta – postulata per di più *a posteriori* e cioè a partire dall'attualità – è una cosa, la storia è altra cosa.

E nella nostra storia proprio l'ultima situazione – quella delle più corti supreme dislocate nel territorio di uno Stato tutt'altro che federale, e cioè delle Cassazioni regionali – non ha determinato affatto l'impellenza della creazione di una super corte, e quando questa è stata creata non ha avuto affatto iniziali funzioni di uniformazione giurisprudenziale.

2. – La vicenda infantile e adolescenziale delle Sezioni Unite è nota.

Istituite le Cassazioni regionali con l'unificazione d'Italia, non tanto – credo – come sistema giuridicamente intermedio fra «cassazione» e «terza istanza» (ché le cassazioni regionali sono modellate palesemente sull'archetipo cassatorio come lo erano già le Corti di Cassazione di Torino, Firenze, Napoli e Palermo e come non era ovviamente il Tribunale Supremo di Revisione di stampo austriaco nel Lombardo-Veneto), quanto come via di mezzo politica, in uno Stato unitario neonato, fra accentramento e dislocazione, non ci si preoccupa troppo della uniformità della

(1) L'*auctoritas*, fortissima sul piano giuridico e ordinamentale, traballa da ultimo sul piano della persuasività per occasionali confusioni e vaghezze del dettato motivazionale (un tempo limpido come pochi: sintetico invero, ma senza l'incubo di Procuste degli «*attendu que*» francesi), dovute all'iperallargamento (per molti versi fortunato) dell'Unione ed alla babele linguistica e concettuale, nonché – anche se la affermazione non è politicamente corretta – alla diseguaglianza di retaggio cultural-giuridico fra questo e quel componente della Corte a seconda della provenienza geografica.

giurisprudenza fra le Cassazioni regionali. Il dibattito che subito si accende sulla opportunità di conservarle comprende certo anche qualche voce preoccupata per i possibili contrasti giurisprudenziali, ma si colora di tante altre istanze e profili nel complesso prevalenti: la polemica strisciante fra centralisti o autoritari, da un lato, e autonomisti o rappresentanti di potentati locali, dall'altro; le preoccupazioni, dopo qualche tempo, per l'arretrato che già si accumula sulle Cassazioni di Torino e Napoli; la diatriba perdurante fra sostenitori della «cassazione» e sostenitori della «terza istanza», la quale – nonostante la semplificazione di Calamandrei – è diatriba trasversale e non rigorosamente parallela rispetto a quella fra corti regionali e corte unica, nel senso che non necessariamente i sostenitori di quest'ultima potevano essere etichettati come sostenitori del sistema cassatorio e non necessariamente i sostenitori della conservazione delle corti regionali erano fautori della terza istanza. Era semmai Calamandrei che, scrivendo *a posteriori*, considerava spurio, rispetto al modello della Cassazione ed alla funzione nomofilattica, ormai pienamente da intendersi anche e soprattutto come funzione uniformatrice della giurisprudenza, un assetto imperniato su corti supreme plurime e regionali pur ciascuna rispondente all'archetipo cassatorio.

Con la legge n. 2837/1875 viene istituita, in via provvisoria, la Cassazione di Roma «non gerarchicamente sovraordinata alle altre» (come si legge ancora nella voce *Cassazione* di F. Benevolo nel *Digesto Italiano* del 1888), ma con attribuzioni privilegiate rispetto a tutte le altre perché dotata, accanto alla competenza generalista e territorialmente delimitata, di competenza esclusiva su alcune materie (es. procedimenti disciplinari concernenti i magistrati).

Subito dopo, con la legge n. 3761/1877, si estende la competenza esclusiva della Cassazione romana deferendosi alle Sezioni Unite della medesima i ricorsi contro le decisioni delle giurisdizioni speciali per incompetenza o eccesso di potere, nonché la risoluzione dei conflitti di attribuzione fra autorità giudiziaria e p.a. E qui bisogna ricordare che – come ha più volte sottolineato Franco Cipriani – questi conflitti erano affidati prima e dal 1865 al Consiglio di Stato, allora organo palesemente non giurisdizionale, e che in seguito alla presa di posizione di molti, i quali già allora rimarcavano come si trattasse in realtà di questioni di merito da rimettere al giudice ordinario, il progetto Mancini-Peruzzi pensò di deferirle alle Cassazioni regionali, orientandosi poi gli stessi proponenti per le Sezioni Unite della Cassazione romana nel frattempo istituita.

Vi sono, in coincidenza con il varo di queste leggi, alcuni accenni alla necessità di evitare i contrasti di giurisprudenza in determinati settori: ad esempio dallo stesso Mancini, allorché propose, in occasione dei lavori preparatori della legge del 1877, di deferire alla Cassazione romana non solo il «mezzo straordinario» e preventivo (antesignano del regolamento di giurisdizione) per sollevare la incompetenza dell'a.g.o. nei confronti della p.a., ma anche i ricorsi ordinari contro le sentenze viziate da quella incompetenza. Ma si tratta solo di accenni e, se la preoccupazione fosse stata davvero assorbente e pressante, alle Sezioni Unite romane sarebbero state attribuite funzioni di uniformazione in tutte le materie, come oggi.

In seguito, le attribuzioni della Cassazione romana si ampliarono ancora con la legge n. 5825/1888 e si intervenne anche sulla struttura e la composizione delle

Sezioni Unite. Poi, nel 1923, la Cassazione romana rimase l'unica Cassazione del Regno. Ed è solo con il Codice del 1942 e l'Ordinamento giudiziario che la temperie dirigistica gratifica ed onera la Cassazione del blasono enfatico di controllore della uniforme interpretazione e della unità del diritto nazionale e le Sezioni Unite diventano – non si sa mai – il custode *interno* della uniformità giurisprudenziale della Cassazione medesima ed ormai unica, conservando anche le originarie funzioni di arbitri finali, in luogo delle sezioni semplici, di quelle questioni particolarmente importanti che sono le questioni di giurisdizione.

Ma quel che importa ora di sottolineare e che le Sezioni Unite originarie nello Stato unitario non nascono per uniformare la giurisprudenza fra le Cassazioni regionali, bensì per decidere questioni di particolare importanza: appunto quelle di giurisdizione.

La uniformazione giurisprudenziale è un effetto solo settoriale, limitatissimo e collaterale della attribuzione delle questioni di giurisdizione alla Cassazione romana ed alle Sezioni Unite, ma non ne è la ragione. Non che in astratto non si possa congetturare un legislatore che persegua la uniformità giurisprudenziale con maggior impegno e dispiego di forze in alcune materie e minore impegno in altre. Ma in concreto è ben difficile immaginare che un legislatore il quale, all'epoca delle Cassazioni regionali, non si preoccupava quasi per nulla della uniformità giurisprudenziale fra le sue plurime corti supreme riguardo a tutto il resto ed in primo luogo riguardo a tutto il diritto sostanziale, si preoccupasse poi della uniformità giurisprudenziale su questioni di rito e di riparto giurisdizionale.

In definitiva: le questioni di giurisdizione erano attribuite alla Cassazione romana ed alle sue Sezioni Unite poiché particolarmente delicate sul piano istituzionale e dell'equilibrio dei poteri, e quando ancora l'uniformità della giurisprudenza su tutto il territorio nazionale non era (o non era avvertita come) un imprescindibile valore fondante del sistema giurisdizionale nel suo complesso.

3. – Questa iniziale noncuranza della esigenza di uniformazione della giurisprudenza non stupisce se si pensa all'impronta originaria del sistema della «*cassation*». E non mi riferisco ovviamente al primo e rapidamente trascorso vagito della *Cassation* rivoluzionaria, dichiaratamente non giurisdizionale e stabilita *auprès du corps législatif*, bensì al più lungo e stabile periodo successivo: quello comunque di una corte puramente cassatoria che reprimeva la ribellione del giudice alla legge, tale essendo, per eredità robespierriana, anche ed anzi soprattutto qualsiasi interpretazione della medesima; una corte dunque che non fissava alcun principio di diritto, non rendeva alcuna esatta interpretazione né in relazione al caso concreto né tanto meno *pro futuro*, e che ancor meno uniformava la giurisprudenza, visto che uniformare la giurisprudenza avrebbe significato anche crearla e consolidarla e cioè negare la intangibile primazia della legge, affermata quest'ultima (sognata utopicamente) come chiara ed univoca; tutto insomma fuorché una «corte del precedente» (2).

(2) Come oggi, dopo il nuovo art. 360 *bis* e dopo il nuovo art. 374, comma 3°, c.p.c. è dive-

Ed infatti questa noncuranza si ritrova anche all'origine e nella prima evoluzione della funzione attribuita alle *Chambres réunies* poi divenute *Assemblée Plénière* (le differenze organizzative sono qui secondarie), funzione che non è essenzialmente quella di garantire l'uniformità giurisprudenziale all'interno della corte suprema ma quella di risolvere il problema del vincolo del giudice di rinvio. Alle *Chambres réunies* e molti anni dopo alla *Assemblée Plénière*, dunque, ci si rivolge inizialmente quali super corti idonee a risolvere con *particolare autorevolezza* una *situazione particolare*: concettualmente non siamo lontani dalla attribuzione della soluzione dei conflitti di giurisdizione, nel senso che non si pensa affatto al ruolo uniformatore della giurisprudenza, bensì appunto alla eccezionalità della situazione ed alla corrispondente eccezionalità della questione, con la differenza che qui non si tratta di una situazione o questione predeterminata in astratto come nel caso del conflitto di giurisdizione, bensì di una situazione contingente e concreta, quella della ribellione del giudice di rinvio alla prima cassazione, che rende la *quaestio iuris* sottostante particolarmente delicata.

L'evoluzione è scandita in cinque tappe che rappresentano altrettante soluzioni escogitate dal legislatore francese in ordine ad un essenziale problema: come ottenere, in seguito alla cassazione, una nuova decisione di merito conforme alla legge violata. Le prime quattro soluzioni sono costituite:

a) dal decreto del 27 novembre/1 dicembre 1790: rinvio al giudice inferiore, non soggetto ad alcun vincolo, e rimessione alla interpretazione autentica dell'Assemblea legislativa in caso di reiterato contrasto fra il giudice di rinvio ed il Tribunale di cassazione;

b) dal decreto del 16 settembre 1807: rimessione del medesimo conflitto all'Imperatore, che statuiva, insieme al *Conseil d'État*, per via di interpretazione «*réglementaire*»;

c) dalla legge del 30 luglio 1828: perdurante assenza di vincolo alla interpretazione resa dalla suprema corte e decisione definitiva del merito, non più impugnabile per cassazione, rimessa al giudice di terzo rinvio;

d) dalla legge del 1° aprile 1837: vincolo del giudice del secondo rinvio alla interpretazione resa, a «*chambres réunies*», dalla Cassazione adita per la seconda volta (questo sistema è sostanzialmente anticipato a Napoli già nel 1817; ispirandosi nominalmente alla legge francese del 1807 ed al *référé* all'imperatore e/o al Consiglio di Stato, si compie un passo avanti: in caso di ribellione del giudice di rinvio la Cassazione può scegliere tra il *référé* al Consiglio di Stato e la decisione propria, ma questa volta a «sezioni unite», con effetti vincolanti per il giudice di rinvio).

e) La quinta tappa è la legge del 1967, la quale conserva, sostituendo l'*Assem-*

nuta (vorrebbe divenire? dipende essenzialmente dalla medesima) la nostra Suprema Corte. L'espressione «Corte del precedente» è icasticamente adoperata da P. Vittoria nella *Introduzione a La Corte «del precedente» – Riflessioni su continuità ed innovazione, per l'applicazione dell'art. 360 bis del codice di procedura civile*, in *Rassegna del massimario della Corte di Cassazione* 2009, in www.cortedicassazione.it.

blée Plénière alle *Chambres réunies*, il sistema adottato del 1837 e ripreso dalla legge del 22 luglio 1947. Così, allorché «*après cassation d'un premier arrêt ou jugement rendu en dernier ressort, le deuxième arrêt ou jugement rendu dans la même affaire entre les mêmes parties procédant en la même qualité est attaqué par les mêmes moyens, le premier président saisit l'assemblée plénière par ordonnance de renvoi*» (art. 16); ed il giudice del merito, al quale sia successivamente rinviata la causa, è tenuto a «*se conformer à la décision de l'assemblée plénière sur les points de droit jugés par cette assemblée*» (art. 16, al. 2), essendo peraltro attribuita, per la prima volta in Francia, alla *Assemblée Plénière* la «*faculté*» eccezionale di decidere la causa nel merito e troncane così in radice ogni possibilità di ulteriore divergenza (3).

(3) La identità delle parti e la identità dei motivi di impugnazione costituivano, prima della entrata in vigore della legge del 1967, ai sensi dell'art. 131-2 c.o.j., autentiche condizioni di ammissibilità del secondo ricorso di fronte alle *Chambres réunies*. L'art. 15 della legge citata le ha invece trasformate in meri presupposti, la sussistenza dei quali il Primo Presidente deve controllare prima di rimettere la causa alla *Assemblée*, mentre l'art. 131-3 C.o.j., ha stabilito che la medesima *Assemblée* è tenuta a conoscere del ricorso anche se i detti presupposti si rivelino in tutto o in parte insussistenti: cfr. in proposito *Ass. Plen.* 24 maggio 1968 in *Bull. civ.* n. 4. La legge del 1979, che richiamo subito oltre nel testo, ha poi tolto di mezzo perfino la necessità di motivare l'ordinanza di rimessione alla *Assemblée Plénière* ed ha altresì eliminato il presupposto della identità delle parti, onde il secondo ricorso per cassazione potrà essere proposto dal successore nel rapporto litigioso. Quanto al principio di diritto fissato dalla *Assemblée Plénière*, esso si impone al giudice di rinvio, in base all'art. 16, al. 2 della legge del 1967, anche quando il secondo ricorso sia stato accolto per motivi diversi da quelli prospettati con il primo, e – si ritiene *a fortiori* – anche quando, con riferimento alla medesima *quaestio iuris*, la interpretazione della *Assemblée* diverga da quella resa dalla sezione semplice in sede di prima cassazione.

In più l'art. 16, al. 1 della legge del 1967 consentiva alla *Assemblée Plénière* di decidere definitivamente il merito della controversia, a condizione che *a*) non si trattasse di pronunciare su di una *action publique*, *b*) la seconda sentenza impugnata fosse stata annullata per gli stessi motivi che avevano condotto all'annullamento della prima, e *c*) non fossero necessari ulteriori accertamenti di fatto. Le condizioni *sub a*) e *b*) apparivano, su di un piano comparatistico, secondarie e connesse alle particolarità del sistema francese (la seconda andava naturalmente messa in relazione con il fatto che l'alternativa tra rinvio vincolante e *jugement de fond* si proponeva solo in seguito ad una seconda cassazione, giacché al principio di diritto corrispondente alla prima cassazione il giudice di rinvio non era affatto vincolato; il presupposto della identità dei motivi comunque, reso come si è detto derogabile dalla medesima legge del 1967 in relazione alla pronuncia rescindente della *Assemblée Plénière*, ridiveniva inderogabile in relazione alla pronuncia rescissoria di quell'organo. La terza condizione (*sub c*)) corrispondeva sostanzialmente a quella prevista dal § 565, c. III, n. 1 ZPO per la *Sachentscheidung* senza rinvio del *Bundesgerichtshof*.

Quest'ultima deroga alla natura puramente annullatoria della pronuncia della Cassazione va ridimensionata. La deroga era infatti consentita solo alla *Assemblée Plénière*, onde evitare un secondo rinvio o addirittura – nella eventualità ben rara di una sentenza del giudice del secondo rinvio ancora contraria al principio di diritto vincolante fissato dalla *Assemblée* – un terzo ricorso in cassazione per *excès de pouvoir*, proponibile non già di fronte alla *Assemblée*, bensì innanzi alla

Per una sorta di regola del contrappasso – ed a seguito di una ulteriore evoluzione che è passata per la legge del 3 gennaio del 1979 con il trasferimento anche alle sezioni semplici della «*faculté*» di decidere la causa nel merito («*faculté*» divenuta dunque più normale e fisiologica) – l'*Assemblée Plénière* attuale, quale sortita dalla *Ordonnance* n. 673 dell'8 giugno 2006 intervenuta sul *Code de l'organisation judiciaire*, conserva la funzione originaria, ma accoppia ora una funzione unificatrice pienamente evidente, assai articolata e perfino più accurata ed estesa rispetto a quella delle nostre Sezioni Unite. Ciò per lo meno quanto ai casi di suo intervento espressamente codificati, e se si prescinde dal blasone di nobiltà che il c.d. «vincolo» ha oggi assegnato alla nostra super corte. Il quale vincolo *pro futuro*, e per giudici diversi da quello di rinvio, è invece *de iure* implicitamente negato rispetto a qualsiasi decisione della *Cassation* francese, quelle della *Assemblée Plénière* comprese. Prova ne è che l'art. 441-3 del *Code de l'organisation judiciaire* esplicitamente lo esclude perfino, e addirittura rispetto al giudice remittente, quanto alle decisioni rese «*par avis*» e cioè su rinvio pregiudiziale interpretativo (4) (versione moderna quest'ultima del *référé* al legislatore, che da un lato conclama il pieno superamento di ogni diffidenza verso il vertice della giurisdizione quale fonte di una giurisprudenza uniforme, a quel vertice affidando anzi una funzione unificatrice esercitabile anche in via preventiva; d'altro lato però conserva, almeno formalmente, il retaggio della soggezione di ogni giudice alla sola legge rifiutando la formale attribuzione di carattere vincolante all'*avis*).

La funzione unificatrice è oggi per altro articolata in Francia fra *Assemblée Plénière*, *Chambre Mixte* (una sorta di piccole Sezioni Unite), e *Cour de Cassation* a «*formation*» particolare (e particolarmente munita), «*formation*» obbediente ai

sezione semplice competente, con conseguente nuovo avvio del complesso *iter*. Insomma, la deroga in oggetto fu introdotta per ragioni di economia processuale assolutamente preminenti ed in ogni caso (anche qui il relativismo comparatistico è d'obbligo) ben più avvertibili e presenti di quanto non sia accaduto, ad esempio, nel sistema tedesco. Ciò trovava conferma anche nell'atteggiamento della dottrina francese che, da un lato, continuava a considerare «*exceptionnel*» la pronuncia rescissoria della *Assemblée Plénière* (cfr., per tutti, J. Vincent, *Procédure civile*, Paris 1978, 882), dall'altro, evidenziava in primissimo piano il cennato profilo della economia processuale («*En raison de la longueur de la procédure ayant déjà abouti au prononcé de cinq décisions judiciaires (...)*» – si legge, ad esempio, in J. Boré, *La cassation en matière civile*, Paris 1980, 1083 – «*l'art. 16 de la loi de 1967 avait autorisé l'Assemblée Plénière, si elle prononçait l'annulation de l'arrêt attaqué, à en éviter une sixième, en statuant sans renvoi (...)*»); ed ivi anche la sottolineatura del fatto che di tale «*faculté*» «*qui prive les parties de la possibilité de débater a nouveau du fait devant une juridiction de fond*», l'*Assemblée Plénière* non si era in effetti mai avvalsa.

(4) Art. 441-1: «*Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation.*

(...)

Art. 441-3: «*L'avis rendu ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande.*

medesimi criteri di composizione e partecipazione allargata e trasversale ma senza etichettatura di organo interno diverso e privilegiato.

La *Cour de Cassation* adita in via pregiudiziale con una richiesta di «avis» decide, in ogni materia diversa da quella penale, con una formazione integrata dal primo presidente, dai presidenti delle sezioni e da due consiglieri designati per ciascuna camera specificamente interessata dalla richiesta di «avis» (art. 441-2 c.o.j.).

La *Chambre mixte* – composta da membri provenienti da almeno tre sezioni semplici della Corte ed in particolare da due «*présidents et doyens*» delle sezioni e da due consiglieri per ciascuna di esse, e presieduta dal primo presidente o in sua impossibilità dal presidente di sezione più anziano (art. 421-4 c.o.j.) – entra in gioco quando «*une affaire pose une question relevant normalement des attributions de plusieurs chambres ou si la question a reçu ou est susceptible de recevoir devant les chambres des solutions divergentes*». Accanto a questo caso, in cui la *Chambre mixte* può essere officiata in funzione tipicamente uniformatrice, vi è poi un caso in cui essa deve esserlo in funzione questa volta di semplice superamento dell'*impasse* decisorio della sezione semplice («*en cas de partage égal des voix*»: (art. 421-4 c.o.j.).

L'*Assemblée Plénière* – presieduta dal primo presidente o dal presidente di sezione più anziano e integrata da «*présidents et doyens*» nonché da un consigliere per ciascuna delle sezioni (art. 421-5 c.o.j.) – può essere officiata quando «*l'affaire pose une question de principe*», e segnatamente se «*il existe des solutions divergentes soit entre les juges du fond, soit entre les juges du fond et la Cour de Cassation*» (art. 431-6 c.o.j.); deve esserlo quando «*après cassation d'un premier arrêt ou jugement, la décision rendue par la juridiction de renvoi est attaquée par les mêmes moyens*» (art. 431-6 c.o.j.). In tutti i casi l'eventuale successivo giudice di rinvio è espressamente e formalmente vincolato alla «*décision de l'Assemblée Plénière sur les points de droit jugés par celle-ci*» (art. 431-4 c.o.j.).

Se l'ipotesi della rimessione obbligatoria alla *Assemblée Plénière* è riconducibile al passato ed alla funzione risolutoria di una *impasse* decisoria del caso concreto (sia pure sintomatica di incertezza di significato normativo foriera di difformità future) e vede dunque, se ancora hanno senso queste schematizzazioni, lo *ius litigatoris* in maggiore evidenza, le ipotesi di rinvio facoltative sono invece riconducibili ad una tipica funzione uniformatrice *pro futuro* con lo *ius constitutionis* in particolare evidenza.

Se poi si compara il nostro art. 374 c.p.c. con le disposizioni francesi che regolano la rimessione alla *Chambre mixte* o alla *Assemblée Plénière*, quanto all'ambito del contrasto giurisprudenziale rilevante, questo è certamente più ampio in Francia.

È vero infatti che la previsione – accanto al contrasto fra sezioni della Cassazione, rilevante in entrambe le legislazioni ed affidato alla soluzione rispettivamente delle nostre Sezioni Unite e alla *Chambre mixte* – del contrasto fra i giudici di merito non è contemplata espressamente nel nostro art. 374 (sì invece nell'art. 431-6 c.o.j.), ma può esservi ricondotta, pur se forse solo nei casi più eclatanti, attraverso la «*questionne di massima di particolare importanza*» (tale essendo sicuramente quella sulla quale si agitano già contrasti forti ed evidenti nella giurisprudenza di merito).

È vero anche che, sempre attraverso la «questione di massima di particolare importanza», sarebbe opportuno – e non mi risulta che lo si faccia – officiare le Sezioni Unite nei casi (o almeno nei casi più importanti) in cui in Francia si previene la disarmonia interna chiamando in causa la *Chambre mixte* perché una sezione dovrebbe occuparsi di materia di confine o comune rispetto ad altra (si pensi ad una nostra sezione civile chiamata a decidere questione a forte rilevanza tributaria o viceversa).

Ma è altresì vero – anche al di là della maggiore e più agevole utilizzabilità delle disposizioni francesi che individuano quelle tipologie di contrasto rispetto alla nostra clausola generale della «questione di massima ecc.» – che almeno il caso della conflittualità giurisprudenziale fra giudici di merito e Cassazione – in Francia espressamente suscettibile di diretta sottoposizione alla *Assemblée Plénière* – non pare riconducibile, neppure quale «questione» di massima di particolare importanza, alle «competenze» delle Sezioni Unite. Non che quel caso non sia avvertito come patologico nei nostri lidi, ma a risolverlo si considera bastevole la sezione semplice: vuoi in relazione alla controversia concreta (e se attivata dall’iniziativa impugnatoria di parte), cassando e fissando il principio di diritto; vuoi *pro futuro*, stabilendo un precedente (correttivo della deriva della giurisprudenza di merito) sufficientemente autorevole senza necessità che intervengano le Sezioni Unite. E si badi che la situazione non muta, da noi, neppure ove la divergenza giurisprudenziale non sia semplicemente riscontrabile nel panorama pregresso che fa da sfondo alla sentenza impugnata, bensì corrisponda ad una vera e propria ribellione del giudice di merito di primo rinvio rispetto al principio di diritto a lui espressamente indirizzato.

Che in Francia invece *possa pro futuro* intervenire l’autorevolezza particolare della *Assemblée Plénière* ove il contrasto faccia semplicemente da sfondo alla sentenza impugnata, e *debba* intervenire quella particolare autorevolezza ove il contrasto sia, o meglio sia sospettato di essere (perché al momento della proposizione del secondo ricorso per cassazione si tratta – è ovvio – solo di un sospetto) una autentica ribellione del giudice di primo rinvio, può forse considerarsi – in connessione con la circostanza che l’*Assemblée Plénière* è tuttora l’unico organo a poter fissare un principio di diritto formalmente vincolante al giudice di rinvio – l’ultimo cascame della drastica enfasi originaria circa la soggezione di ogni giudice alla sola legge (non suscettibile di interpretazione), piuttosto che alla giurisprudenza (e perciò alla interpretazione della legge) di un giudice superiore.

Sul piano pratico vi è poi da osservare che un sistema come quello francese, che prevede la doverosa rimessione alla *Assemblée Plénière* addirittura di ogni ricorso di «seconda cassazione» fondato sui medesimi motivi che hanno dato luogo alla prima cassazione, può reggere soltanto a patto che statisticamente i ricorsi per seconda cassazione siano rari. Ciò che oltralpe accade per ragioni concrete anche prescindenti dal quadro ordinamentale e sebbene quest’ultimo – con l’assenza di formale vincolo in capo al primo giudice di rinvio rispetto ai principi statuiti dalla sezione semplice – dovrebbe semmai fungere da fattore inflazionistico. Lì dove in Italia – e sempre per ragioni anche straordinamentali – i ricorsi per seconda cassazione sono tutt’altro che rari *nonostante* il vincolo formale al principio di diritto fis-

sato dalla sezione semplice (ufficiare le Sezioni Unite le quante volte sia proposto in Italia un ricorso per «seconda cassazione» sarebbe – al di là di qualunque sottigliezza ideologica sottostante alla scelta legislativa – praticamente insostenibile).

Non pare invece rilevante come elemento distintivo che le norme francesi alludano a chiare lettere anche al conflitto di giurisprudenza semplicemente «potenziale» fra le sezioni semplici («*susceptible de recevoir devant les chambres des solutions divergents*»: art. 431.5 c.o.j. a proposito dall'intervento della *Chambre mixte*), e quelle italiane no.

Ancora una volta il rischio del conflitto potenziale può ben tradursi in «questione di massima di particolare importanza» ed essere perciò ricondotto all'art. 374 c.p.c.

Né è del resto trascurabile – come contropartita del maggior dettaglio lessicale e della maggiore ampiezza della legislazione francese in ordine alla individuazione del conflitto giurisprudenziale rilevante – che il nostro art. 374 (a differenza dell'art. 431.6 C.o.j. francese: «*lorsque l'affaire pose une question de principe, notamment s'il existe des solutions divergents ...*») mantenga separata, e perciò più aperta a letture estensive, la clausola generale della «questione di massima» rispetto a quella del conflitto giurisprudenziale.

La sintesi di questo già sommarissimo confronto può essere così tracciata:

a) all'alternativa secca italiana fra sezioni semplici e Sezioni Unite (quale super corte) l'ordinamento francese contrappone più versioni della super corte a formazione graduata ed articolata a seconda dei casi, insomma – e se si vuole – una super corte ad assetto variabile più idonea a gestire percentuali rilevanti di casi rispetto a quelli affidati alle sezioni semplici della corte suprema;

b) agli organi che, a seconda dei casi, rappresentano la super corte francese è affidata una più varia e specificata serie di conflitti giurisprudenziali da risolvere, mentre all'unico organo che integra la super corte italiana è sicuramente affidata la soluzione solo di alcuni conflitti giurisprudenziali e sempre in via facoltativa («il primo presidente può ...»);

c) nondimeno la clausola generale della «questione di massima» del nostro art. 374 c.p.c. (pur trovando ovviamente un suo *pendant* nel sistema francese) ha per tenore e collocazione una particolare vocazione estensiva.

Proprio questa vocazione estensiva andrebbe valorizzata sobriamente (ed in linea con il carattere pur sempre eccezionale ed elitario che – fuori dalla *routine*, pur essa ormai ridotta, come si dirà, delle questioni di giurisdizione – il nostro sistema vuole conferire al ruolo della super corte). Occorrerebbe mettere senz'altro in campo le nostre Sezioni Unite fin dal momento in cui il conflitto sia solo potenziale e semmai destinato ad ingenerarsi fra giudici di merito e pur senza coinvolgimento della interpretazione di norme nuove o mai illuminate dalla Cassazione, allorché tuttavia particolarissime esigenze di politica giudiziaria e di economia complessiva del sistema-giustizia lo richiedono. Un esempio: l'addensarsi di un contenzioso seriale, ove le norme sostanziali da applicare non sono né nuove né scerve di precedenti lumi della stessa Cassazione, ma l'imponenza della devoluzione ai giudici di merito di casi concreti assolutamente simili fra loro e la possibilità che il *trend* si incrementi a dismisura siano tali che solo la particolare autorevolezza delle Sezioni

Unite può al contempo orientare definitivamente i giudici di merito già officiati e indirettamente fermare l'accumulo di ulteriori giudizi. La «questione di massima di particolare importanza» sarebbe insomma tale non in astratto bensì in relazione alla concreta e contingente (né insignificante e neppure solo normale) esperienza giudiziaria. È inutile dire che in relazione a questo scenario una collaborazione informativa da parte degli uffici giudiziari territoriali verso l'Ufficio del Massimario sarebbe senz'altro auspicabile.

4. – L'altro polo assai utile del confronto, sempre sul piano funzionale, è rappresentato, manco a dirlo, dal sistema tedesco.

Il confronto deve riguardare tanto l'organo esattamente corrispondente alle nostre Sezioni Unite della Corte di Cassazione, e cioè il *Grosser Senat* del *Bundesgerichtshof*, quanto un organo sovraordinato che in Italia non trova invece esatta corrispondenza e cioè il *Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes*.

a) Quanto al *Grosser Senat* basti qui rilevare che il § 132 del *Gerichtsverfassungsgesetz* ne regola le funzioni ed i casi di intervento in modo assai più puntiglioso rispetto alle nostre analoghe disposizioni, in modo anzi che più tedesco non si può.

A parte l'ipotesi (§ 132, Abs. 4°) della rimessione *facoltativa* dal (semplice) *Senat* al *Grosser Senat* di questione di «*grundsätzliche Bedeutung*» in funzione della «*Fortbildung des Rechts*» o della «*Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung*» (fuori dunque dal ristretto ambito del contrasto interno alla suprema corte), la rimessione *doverosa* (§ 132, Abs. 2°) si ha quando la singola sezione civile intenda divergere dalla giurisprudenza di altra sezione o da quella dello stesso *Grosser Senat*; analogamente nel rapporto fra sezioni penali e *Grosser Senat* penale; mentre la rimessione raggiunge le *Vereinigte Grosse Senate* quando il mutamento giurisprudenziale si prefiguri da una sezione civile rispetto al precedente di una sezione penale o del *Grosser Senat* penale, o viceversa.

L'ammissibilità della rimessione sconta tuttavia un previo interpellò dell'altra sezione, da parte della sezione intenzionata a mutare giurisprudenza, ed un responso della prima nel senso della propria intenzione di tenere ferma la giurisprudenza pregressa. Interpellò e responso sono adottate dalle rispettive sezioni con decreto ma nella stessa composizione necessaria per la emanazione di sentenza (§ 132, Abs. 3°).

b) Quanto al *Gemeinsamer Senat*, va premesso che il *Grundgesetz* – nello stesso art. 95 ove è prevista la istituzione delle cinque Corti supreme federali, in materia ordinaria (*Bundesgerichtshof*), amministrativa (*Bundesverwaltungsgericht*), tributaria (*Bundesfinanzhof*), lavoristica (*Bundesarbeitsgericht*), previdenziale (*Bundessozialgericht*) – contempla l'«unità della giurisprudenza» come valore costituzionale e ne demanda la apicale garanzia ad un «Senato congiunto dalle Corti supreme federali» da istituirsi con legge federale.

La legge federale del 19 giugno 1968 (*Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes*) prevede (§ 2) l'entrata in campo del *Gemeinsamer Senat* su rimessione di una delle Corti federali supreme allorché questa intenda divergere dalla giurisprudenza di altra corte federale suprema o dello stesso *Gemeinsamer Senat*.

Ove però le norme di ordinamento giudiziario e/o processuale che regolano la Corte federale rimettente contemplino già la funzione uniformatrice di un *Grosser Senat* o delle *Vereinigte Grosse Senate* (come accade per il *Bundesgerichtshof*), allora l'intervento del *Gemeinsamer Senat* deve essere preceduto e stimolato dalla decisione di quell'organo apicale interno alla Corte federale, al quale spetterà di confermare che quella Corte intende effettivamente mutare giurisprudenza rispetto ad altra Corte federale o allo stesso *Gemeinsamer Senat*: una sorta, dunque, di «pre-vo esaurimento dei rimedi uniformatori interni».

Una simile attenzione alla *Änderung der Rechtsprechung*, al fatto cioè che la *Änderung* debba essere accuratamente pensata, meditata e preparata, comporta fatalmente che, quando poi la *Änderung* arriva, davvero, essa abbia una efficacia paranormativa più evidente che da noi, tanto da poter travolgere (ciò che da noi si è sempre negato e si continuerà a negare verosimilmente anche in epoca di rinnovata attenzione per l'*overruling* della Suprema Corte (5)) il principio di diritto nel frattempo fissato in altro giudizio di terza istanza con conseguente travolgimento del relativo vincolo in capo al giudice di rinvio (6).

5. – Nel nostro sistema quello della uniformità giurisprudenziale non è di per sé un valore costituzionale, o per lo meno non è un valore esplicitato come tale. Rispetto ad esso, anzi, viene – sia pure largamente a torto – a volte evidenziato (come se fosse un valore contrario!) quello della soggezione del giudice alla sola legge.

Perciò: un *Gemeinsamer Senat* italiano non esiste e nessuno si lamenta particolarmente del fatto che non esista, almeno in termini di ossequio alla Carta costituzionale. Qualche riscontro progettuale è affiorato, ma non pare destinato ad affermarsi davvero, nella impossibilità oltretutto di organizzare e bilanciare la composizione di un organo del genere senza ledere le aspettative di gelosi coltivatori di orti giurisdizionali.

I contrasti di giurisprudenza fra Cassazione e Consiglio di Stato, pur rari, vi sono, ma, non potendo essere risolti attraverso funzione nomofilattica che la prima non è chiamata ad esercitare sul secondo per via impugnatoria, restano. O semmai danno luogo a quei tentativi – a volte solo minacciati a volte attuati – della Corte di Cassazione di trasformare questioni di merito in questioni di giurisdizione al fine di poter sindacare la giurisprudenza riottosa del Consiglio di Stato (tentativo, come si suol dire, comprensibile ma non giustificabile, specialmente quando – occasionalmente – si esprima in modo polemico).

Però *est modus in rebus*.

Di fronte ad un conflitto giurisprudenziale conclamato e perdurante, e non so-

(5) Cfr. C. Consolo, *Evoluzioni giurisprudenziali e vincolo del giudice di rinvio al principio di diritto ormai «ripudiato» dalla Suprema Corte: rationes confliggenti*, in *Giur. it.* 1992, I, c. 659 ss., e B. Gambineri, *Giudizio di rinvio e preclusione di questioni*, Milano 2008, 140-141.

(6) V., se vuoi, A. Briguglio, «Creatività» della giurisprudenza, mutamento giurisprudenziale e giudizio di rinvio, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1984, 1380 ss.

lo strisciante, fra orientamenti consolidati della Cassazione e del Consiglio di Stato (la disposizione X si interpreta A secondo la Cassazione, B secondo il Consiglio di Stato) e ad un conflitto tale che non si possa dire – come a volte potrà senz'altro dirsi visto oltretutto il riparto di giurisdizione – che le situazioni sostanziali coinvolte sono in realtà diverse e che perciò è come se vi fossero una norma XA a regolare una situazione sostanziale 1 ed una norma XB a regolare una ben diversa situazione sostanziale 2, ebbene la Costituzione viene in campo eccome!

Si tratterà per lo meno di palese violazione dell'art. 3 e del principio di ragionevolezza, per intrinseca e «vivente» ambiguità del testo normativo. È ammessa (anche in nome del principio di soggezione del giudice alla sola legge ed alla sua libertà ermeneutica) la divergenza giurisprudenziale. Non sono ammessi due «diritti viventi» apicali e confliggenti. Perché, se ha un senso la dottrina del diritto vivente, è come se il legislatore con una medesima norma imponesse A ed il suo contrario. La norma bifida è dunque irragionevole ed incostituzionale.

La Corte costituzionale può ben essere in tal caso il nostro *Gemeinsamer Senat* e comporre il conflitto, sempre che qualcuno le rimetta la questione.

Se vi è un possibile profilo di interpretazione costituzionalmente orientata, la Corte costituzionale deciderà sulla base di tale profilo e preferendo fra le due la soluzione ad esso conforme; verosimilmente, e vista la drammaticità del conflitto ai vertici, con sentenza di rigetto interpretativa nel senso classico ed ingiustamente desueto della espressione.

Se quel profilo non vi è, preferendo a mio avviso – ancora una volta con sentenza di rigetto interpretativa (la disposizione non è irrazionalmente ambigua e perciò incostituzionale perché in realtà si interpreta A come predica la Cassazione), ovvero, e se intenda tributare un particolare anche se un po' irridente omaggio formale al Consiglio di Stato ed al contempo troncare ogni discorso, con sentenza di accoglimento (la disposizione è in effetti, nel diritto vivente ambigua, ed è perciò incostituzionale nella parte in cui prevede B) – preferendo, dicevo, in ogni caso e *per definitionem* la interpretazione consolidata della Corte di Cassazione. Perché? Perché è ad essa che il legislatore ordinario (l'Ordinamento giudiziario anzitutto) affida la uniforme interpretazione di tutto il diritto nazionale, potendo quindi il giudice singolo occasionalmente divergere senza conseguenza alcuna (salvo quelle impugnatorie), ma non essendo tollerabile invece che un diritto vivente di pari valenza concreta si formi contro quello della Cassazione e delle sue Sezioni Unite.

Ed a petto di ciò non ha ovviamente alcun rilievo che quella funzione uniformatrice, rispetto al Consiglio di Stato, non sia poi garantita ed assicurata per via impugnatoria innanzi la medesima Corte di Cassazione, e men che meno dalla Costituzione (arg. *a contrario ex* art. 111, commi penultimo e ultimo). Basta semplicemente che il legislatore, anche solo quello ordinario dell'Ordinamento giudiziario, abbia detto qual'è, in definitiva, la *bouche de la loi*.

6. – Il profilo funzionale di cui ci si è occupati fino ad ora è senz'altro il più interessante dal punto di vista della comparazione (e la comparazione in tal senso potrebbe appuntarsi utilmente, all'interno del nostro sistema, sulla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato).

Ve ne sarebbe altro, a quello variamente connesso, sul quale sorvolo pur essendo non poco interessante sul piano pratico e direi della sociologia giudiziaria: quello della composizione della super corte. Dettagliate in proposito le norme francesi e tedesche (e non solo quelle). Assai vaghe le nostre, sì da lasciare ampio margine di discrezionalità.

Come è noto l'Ordinamento giudiziario si limita a prevedere che il primo presidente presiede «le udienze a sezioni unite» (art. 66) (7) e che «il collegio a sezioni unite in materia civile è composto da magistrati appartenenti alle sezioni civili» (art. 67).

Salvo ciò, vale il rinvio generale dell'art. 7 *bis* Ord. giud. – in tema di «destinazione dei singoli magistrati» – alle competenze del Csm, e quanto in particolare alla Corte di Cassazione la previsione dell'ultimo comma dello stesso art. 7 *bis*, secondo cui «il Consiglio superiore della magistratura delibera sulla proposta del primo presidente della stessa Corte».

La Circolare del Csm «sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti per il triennio 2013/2015» (delibera 21 luglio 2011 e successive modifiche) è – riguardo ai meccanismi di composizione delle Sezioni Unite (art. 78) – più dettagliata di quella adottata per il triennio precedente (delibera 17 luglio 2008 e successive modifiche) (8). Essa séguita nondimeno ad affidare al vertice

(7) Disposizione questa che non esclude, ed in effetti non ha escluso, la delega, e che comunque è stata resa meno ostica, nell'attuazione concreta, dalla figura del primo presidente aggiunto.

(8) Queste le disposizioni della Circolare vigente:

78. – Sezioni Unite

78.1 – La proposta tabellare deve indicare il numero dei consiglieri, distinti per sezioni di appartenenza, addetti alle sezioni unite civili e a quelle penali, tenendo conto dei flussi e degli oggetti dei ricorsi annualmente assegnati alle sezioni stesse.

78.2 – La proposta tabellare deve prevedere che le Sezioni unite civili e penali siano composte, oltre che dal Primo presidente e dal Presidente aggiunto, dai presidenti titolari di ogni sezione civile e penale nonché da magistrati di tutte le sezioni civili e penali, designati anche d'ufficio, che abbiano prestato servizio continuativo presso le sezioni per non meno di quattro anni nell'ambito del settore civile o di quello penale. Il numero dei componenti deve essere di almeno cinque per ogni sezione civile e di almeno tre per ogni sezione penale, di cui un presidente non titolare. La permanenza di ciascun componente non può superare gli otto anni, anche non continuativi.

La proposta tabellare deve prevedere che, inoltre, siano componenti delle Sezioni unite civili e penali due magistrati che svolgano le funzioni di coordinatori, uno per le Sezioni unite civili e uno per le Sezioni unite penali e che partecipino di norma come componenti a tutti i collegi.

78.3 – Nella formazione dei collegi deve essere assicurata la presenza di magistrati di tutte le sezioni.

L'assegnazione degli affari ai magistrati avviene secondo criteri obiettivi, predeterminati e verificabili successivamente, tenendo conto delle materie assegnate alla sezione alla quale appartiene ogni consigliere e salvo deroga motivata ai sensi del punto 76.4.

78.4 – La proposta tabellare deve prevedere che l'assegnazione e il rinnovo dei magistrati delle Sezioni unite siano regolati dai seguenti criteri, in ordine di priorità:

della Suprema Corte – ed è inevitabile – un notevole margine di discrezionalità vincolata nella selezione dei magistrati chiamati ad integrare le Sezioni Unite, margine che è stato soprattutto utilizzato in modo numericamente selettivo. Ed anche questo è ben comprensibile in nome di quella compattezza ed armonia giurisprudenziale al quadrato che si richiede ad una super corte. Mentre, al medesimo fine, la disposizione della Circolare precedente che contemplava «l'opportunità» (pienamente condivisa ed attuata nella prassi) che la proposta tabellare prevedesse «la costante presenza di uno stesso consigliere in ogni collegio» delle Sezioni Unite (un eroico cireneo), è stata sostituita dalla previsione, nella Circolare vigente, di due magistrati, componenti l'uno delle Sezioni Unite civili l'altro di quelle penali, incaricati di funzioni di coordinamento rispettivamente delle une e delle altre.

Da segnalare che, sempre nella medesima vigente Circolare, si dice, all'art. 73.3 a proposito del Massimario, che «la massimazione, la segnalazione dei contrasti e le relazioni per le Sezioni Unite costituiscono attività prioritaria dei magistrati addetti» a quell'Ufficio.

a) specifica attitudine, desunta nell'ordine:

– dai provvedimenti redatti nell'ambito delle funzioni di legittimità, da cui traspaia in particolare la capacità di individuare e risolvere, con chiarezza, pertinenza e sinteticità, le questioni giuridiche rilevanti ai fini della decisione e di inquadrare i singoli istituti nel sistema;

– dalla specifica attività di studio e ricerca (relazioni per le Sezioni unite, relazioni tematiche) presso l'Ufficio del Massimario e del Ruolo;

– da esperienze di studio e ricerca nell'ambito della Corte di cassazione o di altri uffici delle istituzioni che si occupano di questioni giuridiche (C.S.M., Corte costituzionale, istituzioni U.E. o internazionali, uffici legislativi);

– dalla produzione scientifica;

– dalla esperienza, nel settore civile o penale, in altre sezioni o presso la Procura generale della Corte di cassazione.

b) dall'anzianità di servizio nell'ufficio.

Si osservano per il resto, in quanto compatibili, le disposizioni dei punti 13, 40 e 41 della presente circolare.

78.5 – La proposta tabellare deve prevedere che la scelta dei componenti avvenga osservando il seguente procedimento:

a) valutazione dei titoli da parte del presidente titolare di ogni sezione sulla base di un protocollo che sarà definito nella proposta tabellare;

b) conferenza del primo presidente, del presidente aggiunto e dei presidenti titolari ai fini della valutazione dei titoli di ogni candidato;

c) designazione motivata da parte del primo presidente;

d) parere del consiglio direttivo;

e) decreto del primo presidente.

78.6 – La proposta tabellare deve prevedere che il coordinatore delle sezioni unite, civili o penali, sia nominato, previo interpello, ed acquisito il parere del consiglio direttivo, con decreto del primo presidente, tra i componenti delle sezioni unite, civili o penali, designati da almeno un anno, osservati i criteri di cui al punto 78.4, lett. *a*).

La medesima proposta deve prevedere che l'incarico abbia una durata di otto anni.

7. – Vi è stata sicuramente nel 2006 (d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40) di seguito alla delega ex l. 14 maggio 2005, n. 80) una sterzata accentratrice della funzione di uniformazione giurisprudenziale, sia in assoluto sia a confronto con l'altra funzione, quella «originaria» della risoluzione delle questioni di giurisdizione siccome particolarmente delicate sul piano istituzionale.

Questa sterzata si riscontra vuoi nel diverso trattamento delle questioni di giurisdizione, vuoi nel c.d. vincolo al precedente delle S.U.

A norma dell'attuale primo comma dell'art. 374 c.p.c., salvo che nei casi di impugnazione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti ove la Corte pronuncia sempre a Sezione Unite, il ricorso coinvolgente questione di giurisdizione può oggi essere assegnato dal primo presidente alla sezione semplice se sulla questione le Sezioni Unite si sono già pronunciate; sebbene la regola, enunciata dall'invariato primo inciso di quel comma, resti quella tradizionale dell'attribuzione alle Sezioni Unite di ogni questione di cui agli artt. 360, n. 1 e 362.

Insomma: le questioni di giurisdizione «internazionali», quelle relative alla alternativa fra giurisdizione civile ed altra giurisdizione dello Stato, quelle coinvolte dai conflitti e perfino quelle relative alla alternativa fra giudice civile e giudice amministrativo o Corte dei Conti, che non si pongano in sede impugnatoria di decisioni del Consiglio di Stato o della Corte dei Conti, bensì in sede di regolamento di giurisdizione o in sede impugnatoria di decisioni del giudice civile, non richiedono più l'intervento delle Sezioni Unite sempre e comunque, né sono considerate sempre e comunque particolarmente delicate o più delicate di ogni altra questione di rilievo nomofilattico. Lo sono, e richiedono quell'intervento, solo quando le Sezioni Unite non abbiamo ancora avuto modo di esercitare riguardo ad esse la loro funzione uniformatrice: se lo hanno fatto si forma il noto «vincolo» e non vi è più, o può non esservi più a discrezione del primo presidente, bisogno delle Sezioni Unite (9).

Una differenza fra tali questioni ed ogni altra di rilievo nomofilattico resta: se la questione non è stata ancora risolta dalle Sezioni Unite, quest'ultime non già possono intervenire a discrezione del primo presidente e/o a sollecitazione della parte o della sezione semplice, ma *debbono* intervenire e svolgere la loro funzione di indi-

(9) Come ricorda G. Amoroso, in *Commentario delle riforme del processo civile*, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, III – 1, Padova, 199-200, la Relazione al progetto di legge-delega faceva cenno al proposito «di eliminare l'attuale automatismo, in virtù del quale basta che sia sollevata la più fondata o infondata delle questioni di giurisdizione, perché ne debbano essere investite le Sezioni Unite». Si poteva dunque immaginare un criterio di delega imperniato sull'elastica valutazione di manifesta infondatezza o fondatezza. Sennonché il criterio di delega adottato nella l. 14 maggio 2005, n. 80, e poi puntualmente recepito dal legislatore delegato, si è incentrato – in armonia con il «vincolo» introdotto nello stesso art. 374, sul più ristretto ed oggettivo parametro della già intervenuta pronuncia delle Sezioni Unite, lasciando per altro, anche in presenza di questa, un margine di discrezionalità al primo presidente, il quale *può* assegnare la causa alla sezione semplice, ma potrebbe anche ritenere pur sempre opportuno un nuovo intervento delle Sezioni Unite.

rizzo uniformatore. La questione di giurisdizione, insomma, è come se fosse *per definitionem* – a terreno vergine – una «questione di massima di particolare importanza» su cui l'impronta orientatrice delle Sezioni Unite si deve necessariamente formare, anche se la questione è inconsistente.

Quando poi si tratta di impugnazione di pronunce del Consiglio di Stato o della Corte dei Conti per ragioni di giurisdizione le Sezioni Unite sono ancora chiamate necessariamente ad intervenire anche se sulla questione esse abbiano già dettato l'indirizzo uniformatore. È questo il principale residuo della funzione originaria delle Sezioni Unite: tratte in campo anzitutto per la loro speciale autorevolezza ed allorché la posizione istituzionale degli altri organi coinvolti nel conflitto o nella impugnazione richieda, per ragioni di equilibrio istituzionale, quella particolare autorevolezza.

8. – Quanto al «vincolo» è inutile nascondersi dietro ad un dito: esso esiste ed è vincolo giuridico, pur se non è detto «vincolo» (come si voleva dalla legge di delega n. 80/2005 (10)) semplicemente perché all'epoca della confezione del nuovo art. 374, comma 3° introdotto dalla novella del 2006 si ritenne che quel lemma avrebbe infastidito, quasi come «divorzio» o altri nella nostra storia giuridica, troppe sensibilità.

In ogni caso anche si fosse usata la parola fatale – lasciando inalterato tutto il resto – il vincolo sarebbe stato, come in effetti è, un vincolo relativo (11), o negativo come da alcuni si dice, e non paranormativo (12).

Il precedente giurisprudenziale, quello delle Sezioni Unite, resta fatto, non norma. Né la giurisprudenza delle Sezioni Unite, in quanto produttiva del precedente, può dirsi in alcun modo o senso inserita nel sistema delle fonti di produzione normativa.

Nondimeno quel precedente è fatto produttivo di un preciso effetto giuridico, che opera nel seno del giudizio di diritto e cioè al momento della interpretazione ed applicazione della norma ai fatti sostanziali: l'obbligo alternativo, per la sezione

(10) Cfr. a riguardo A. Didone, *Le riforme del processo civile*, Milano 2014, 699.

(11) V. già F.P. Luiso, *Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni Unite*, in *Giur. it.* 2003, 820 ss.

(12) C. Consolo (*Le impugnazioni delle sentenze dei lodi*, Padova 2006, 264) ritiene invece che il mantenimento della parola «vincolo» sarebbe stato di rilevante e non approvabile portata ponendo «le premesse per un vero e proprio ginepraio» ed esasperando «la funzione nomofilattica delle sole Sezioni Unite».

A me pare che la differenza sarebbe stata, forse non puramente nominalistica, ma praticamente e sistematicamente assai modesta, e che comunque l'attuale (e già preconizzato dalla legge-delega) risultato pratico e sistematico risponda a piena ragionevolezza; (circa la assoluta necessità di coerenza interna all'esercizio della funzione nomofilattica v. R. Rordorf, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro. it.* 2006, V, 279 ss.)

semplice, dell'ossequio al precedente ovvero della rimessione motivata alle Sezioni Unite (13).

Sebbene si discorra sovente, ed a sproposito, di efficacia normativa *erga omnes* delle pronunce pregiudiziali della Corte di Giustizia, non dissimile, rispetto a quella che ora ci occupa, è la vera efficacia *erga omnes* di quei *dicta*: essi non astringono «tutti gli altri» giudici nazionali (diversi da quelli remittenti) al punto di impedire loro un nuovo rinvio sollecitando con ciò ripensamenti della stessa Corte (14) (per quanto rara sia una simile eventualità, e per quanto oggi la Corte possa rispondere in modo processualmente assai sbrigativo a tale nuovo rinvio).

Né a tacersi che da quando (e ormai da quasi mezzo secolo) la Corte Suprema inglese si è autofacoltizzata all'*overruling* rispetto alla stessa propria giurisprudenza (15), il giudice inferiore che disattendesse scientemente il vincolo (giuridico seppur consuetudinario) al precedente, e correttamente rilasciasse il *leave* per la impugnazione della propria sentenza, altro non farebbe che sollecitare fisiologicamente quell'*overruling*, non diversamente dalle nostre sezioni semplici nel caso dell'art. 374, comma 3°, c.p.c. (16).

L'ordinanza motivata di rimessione alle Sezioni Unite, resa dalla sezione che ravvisa ragioni per mutare giurisprudenza, apre un salutare dialogo interno; dialogo che sarebbe ancora più intenso e salutare se davvero si consolidasse una prassi da più parti auspicata: l'estensore di quella ordinanza o comunque un membro del collegio che l'ha resa sia sempre chiamato ad integrare le Sezioni Unite quando esse pronunciano sulla *quaestio* rimessa. Insomma: il pacifico dialogo prosegua, a distanza ravvicinata, nella camera di consiglio delle Sezioni Unite. Turbato dalla presenza nel collegio decidente di un soggetto che ha già partecipato ad una determinazione, quella della sezione semplice, del tutto interna e prodromica all'esito finale, può essere solo un cercatore di farfalle sotto l'Arco di Tito: il medesimo, ad

(13) Riguardo a tale obbligo, ed al fatto che esso sia senz'altro riconducibile all'espressione all'indicativo presente (e pur senza verbo modale) «rimette a queste ultime, con ordinanza motivata (...)», di cui all'art. 374, comma 3°, non può esservi dubbio. Sia perché l'obbligo era chiaro nel principio di delega ove il verbo modale vi era («debba reinvestire le sezioni unite con ordinanza motivata») oltre che il termine «vincolo»; sia in virtù del confronto con il più elastico art. 618 c.p.p.: «Se una sezione della corte rileva che la questione di diritto sottoposta al suo esame ha dato luogo, o può dar luogo, a un contrasto giurisprudenziale, su richiesta delle parti o di ufficio, può con ordinanza rimettere il ricorso alle sezioni unite» (in proposito cfr. A. Nappi, *Il sindacato di legittimità sugli errores in procedendo nei giudizi civili e penali di cassazione*, in Aa.Vv., *L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di Cassazione*, Milano 2013, 23).

(14) V. in proposito – se vuoi – A. Briguglio, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova 1996, 262 ss. In prospettiva parzialmente diversa ed ancor più riduttiva E. D'Alessandro, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di Giustizia*, Torino 2012, 274 ss.

(15) V. per tutti R. Cross, *Precedent in English Law*, Oxford 1977, 129 ss.

(16) Sempre da meditare, in prospettiva comparatistica generale, è il saggio di Khan-Freund, *Common Law and Civil Law – Imaginary and Real Obstacles to Assimilation*, in M. Cappelletti (a cura di), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Firenze 1978, 137 ss.

esempio, che si turba di fronte a quel salutare *work in progress* che è la relazione preparatoria alla camera di consiglio *ex art. 380 bis*, comma 1°, c.p.c. (17).

Si tratta, per il collegio della sezione semplice, di un obbligo senza sanzione, se non quella ipotetica e realisticamente effimera di ordine disciplinare (18)?

È escluso in radice che si versi in uno dei rarissimi casi in cui il giudice di rinvio può rilevare la nullità/inesistenza della sentenza di Cassazione (19). Se lo potesse, nella nostra ipotesi, egli seguirebbe il principio di diritto delle Sezioni Unite in luogo di quello endoprocessuale. Deve invece ritenersi che, ove il giudice di rinvio così faccia, la seconda cassazione sia vincolata perdurantemente al principio di diritto endoprocessuale e non le sia addebitabile alcuna infrazione all'art. 374 *se*, attenendosi senza deroghe all'art. 384, comma 2°, disattende ancora una volta il precedente delle Sezioni Unite e cassa la pronuncia del giudice di rinvio per violazione del principio di diritto pur ribelle alle Sezioni Unite. Ragionerà diversamente anche solo sull'esito di questa «seconda cassazione», ed immaginare cioè che la sezione semplice adita per la seconda volta possa e debba seguire le Sezioni Unite varrebbe evidentemente ad autorizzare già il giudice di (primo) rinvio alla correzione dell'operato della sezione semplice che abbia disatteso il «vincolo»: un po' troppo appunto.

Andrebbe esclusa anche – quantunque con minor certezza – la possibilità della revocazione, perché l'errore della sezione semplice che vulnera il precedente troppo si innesta, almeno a tutta prima, nel giudizio giuridico, piuttosto che in quello fattuale.

(17) Nel senso della sicura compatibilità della relazione anticipata con l'art. 111, comma 2° Cost., e con il principio della imparzialità *cf.* risolutivamente, e con ulteriori riferimenti, P. Vittoria, in *Commentario delle riforme del processo civile*, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, cit., 261 ss. Che questa relazione preparatoria sia destinata all'eliminazione secondo il Progetto di legge-delega per la riforma del c.p.c. di recente elaborato dalla «Commissione Berruti» ed approvato nel Consiglio dei Ministri del 29 agosto 2014 (v. l'art. 2, punto 3 *a*) del Progetto) non cambia le cose: in primo luogo è tutto da vedere se quel progetto approdi e quando a qualcosa (speriamo il più tardi possibile non certo a cagione di sue intrinseche gravi mende, bensì in considerazione della concreta e ormai radicale intollerabilità di nuove riforme processuali a breve); in secondo luogo quella eliminazione è evidentemente prevista non a motivo dei rischi di compromissione della correttezza della decisione finale (tant'è che al punto 1 *a*) dello stesso art. 2 il Progetto vuole potenziato l'istituto della proposta di conciliazione del giudice di cui all'art. 185 *bis* nel giudizio di primo grado: il che è, se male inteso, pericolosissimo, ma sotto profilo diverso da quello di cui ci stiamo per il momento occupando), bensì allo scopo di eliminare una duplicazione di incombenze interne alla Suprema Corte.

(18) Riguardo all'ipotetica responsabilità disciplinare, e con riferimento anche alla riforma dell'Ordinamento giudiziario (d.lgs. n. 109/2006), v., con prudenza e preoccupazione, A. Carratta, in *Aa.Vv., Le nuove riforme del processo civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna 2006, 422 ss.

(19) *Cfr.* esattamente A. Didone, *op. cit.*, 701 con riferimenti. Approva oculatamente questo approdo («la previsione di una nullità processuale nel caso di sua inosservanza avrebbe comportato un'ulteriore complicazione») G. Verde, *Diritto di difesa e nuova disciplina e nuova disciplina delle impugnazioni*, in *www.judicium.it*, 10.

Ma la fantasia italica non ha limiti e, sebbene l'ipotesi sia destinata a restare in concreto rarissima, si potrebbe congetturare quanto segue. Il precedente non è norma ma semplice fatto produttivo di effetto giuridico: il «vincolo» per l'appunto, pur incisivo sulle modalità *in iudicando* (ma altri semplici fatti cui può riferirsi la svista revocatoria incidono su tali modalità e più in generale altri fatti cui può pacificamente riferirsi la svista revocatoria *non sono* fatti sostanziali ipotizzati direttamente dalla norma sostanziale applicabile (20)). Se allora il precedente delle Sezioni Unite incontrovertibilmente esiste, se esso sia stato dedotto innanzi alla sezione semplice, nessun dibattito si sia svolto sulla sua interpretazione, e la sezione semplice lo abbia bellamente ignorato, forse uno spazio per un decente ricorso revocatorio vi è, con qualche *chance* di accoglimento, previa eventuale rimessione alle Sezioni Unite, visto che la «questione di massima» sarebbe sicuramente di «particolare importanza».

Naturalmente l'accento forte andrebbe posto sulla violazione del vincolo: aver deciso in senso contrario al precedente ignorando totalmente, per errore revocatorio appunto, il precedente come fatto. Perché se l'accento forte è posto invece sulla vulnerazione dell'obbligo alternativo (non aver rimesso alle Sezioni Unite), tutto il castello crolla in virtù della generalmente ritenuta irrilevanza di ogni violazione del rapporto di c.d. competenza interna fra sezione semplice e Sezioni Unite. E qui mi rendo conto che l'abbandono, nel corso di lavori preparatori, della parola «vincolo» può essere stato non solo il risultato di una (non intelligentissima) battaglia di principio, ma forse invece il frutto di un sottile disegno protettivo contro strascichi impugnatori di tipo revocatorio.

In definitiva però è il vertice della Cassazione a dover proteggere se stesso. Se lo vuole, confermi che nel nuovo art. 374, comma 3° è almeno implicitamente previsto un *vincolo* e cioè un obbligo alternativo (e non solo un altro caso di semplice competenza interna delle Sezioni Unite) e nelle ipotesi madornali come quella sopra descritta apra sobriamente alla revocazione.

Ovviamente perfino questa sobria apertura lascerebbe del tutto scoperto – e rimediabile semmai solo attraverso sanzione disciplinare – il caso, altrettanto madornale, della violazione consapevole e dichiarata, da parte della sezione semplice, del precedente delle Sezioni Unite con decisione autarchica apertamente ed intenzionalmente contrastante.

Così ricostruita la portata del nuovo art. 374, comma 3°, mi permetto di soggiungere assai sbrigativamente – e pur con tutto il dovuto rispetto per chi si è lasciato prendere da dubbi in senso contrario – che la Costituzione ed il principio della soggezione del giudice alla legge sono cose troppo serie perché di esse ci si debba occupare a proposito del c.d. «vincolo» della sezione semplice al precedente delle

(20) Sulle timide possibili aperture, mai tuttavia davvero percorse dalla Corte di Giustizia, alla considerazione del precedente giurisprudenziale (e perfino dal sopravvenuto mutamento giurisprudenziale) come «fatto» ignorato ai fini della revocazione delle pronunce della stessa Corte di Giustizia, v. Vandersanden-Barav, *Contentieux communautaire*, Bruxelles 1977, 507 ss.

Sezioni Unite, essendo questo vincolo «interno» e ragionevole, essenziale al corretto esercizio della funzione di legittimità.

Altro sarebbe ove il «vincolo» fosse esteso anche ai giudici di merito. Operazione questa o inutile o incostituzionale.

Inutile perché ai giudici di merito, per ovvie ragioni, non potrebbe essere consentito, come alternativa all'ossequio, non decidere e rimettere la *quaestio* alle Sezioni Unite; e se allora la sanzione della violazione del «vincolo» fosse solo quella meramente «impugnatoria» e cioè la possibilità che (ove più in alto non si acceda al mutamento giurisprudenziale) la sentenza divergente sia riformata o cassata, ebbene il vincolo c'è già ed è quello fattuale derivante dall'efficacia persuasiva potenziata dal precedente della Cassazione e massimamente delle Sezioni Unite, essendo queste poste al vertice dell'*Instanzenzug*; in altri termini: già ora, ed indifferentemente ove si prevedesse espressamente un qualche «vincolo», il giudice di merito divergente altro non fa che sollecitare – esplicitamente o implicitamente, consapevolmente o meno – in caso di impugnazione un mutamento giurisprudenziale al vertice.

Se invece il «vincolo» *giuridico* vi fosse, in qualunque forma verbale espresso, ed assistito però da una qualche sanzione apposita ed ulteriore rispetto a quella meramente «impugnatoria», la incostituzionalità sarebbe evidente (21).

9. – La nuova enfasi normativa (art. 374) sul ruolo uniformatore delle Sezioni Unite non va peraltro enfatizzata oltre misura.

Ad esempio non vi è ragione di ritenere che la «particolare importanza» di cui dice l'art. 363, comma 3°, ai fini della pronuncia nell'interesse della legge su ricorso di parte inammissibile, sia sempre e comunque quella stessa di cui dice l'art. 374, comma 2° ai fini della rimessione alle Sezioni Unite, di guisa che tale pronuncia nell'interesse alla legge non potrebbe essere resa se non dalle Sezioni Unite. Vi è del resto una differenza lessicale valorizzabile: semplice «particolare importanza» della questione si legge nell'art. 363, comma 3°; «questione di massima di particolare importanza» nell'art. 374, comma 2°.

Vero è che nell'art. 363, comma 2° si menziona sempre e solo la «questione di particolare importanza» onde chiamare in causa le Sezioni Unite («la richiesta del procuratore generale») di pronuncia nell'interesse della legge è rivolta al primo presidente affinché egli valuti se assegnare alle Sezioni Unite ove «la questione sia di particolare importanza»). Ma è ovvio che qui ci si riferisce, sia pure sinteticamente, proprio alla particolare importanza della «questione di massima» di cui all'art. 374.

(21) E non lo è stata né può esserlo per il vincolo giuridico ed assoluto (salve le note per qualche verso ancora questionate eccezioni) al principio di diritto in capo al giudice di rinvio perché si tratta di vincolo interno e non esterno al singolo processo; il che lo protegge dalla incostituzionalità perfino ove si volesse oggi o in futuro ipotizzare, al di là della sanzione meramente «impugnatoria» (seconda cassazione), una apposita responsabilità disciplinare o di altro tipo per il giudice di rinvio che più o meno scientemente e dichiaratamente violi il principio di diritto.

Così come è ovvio che il P.G., non potendo decidere egli stesso se sul ricorso nell'interesse della legge pronunceranno la sezione semplice o le Sezioni Unite, si rivolga al primo presidente, mentre la sezione semplice, di fronte al ricorso di parte inammissibile, è arbitra di fermarsi alla declaratoria di inammissibilità, ovvero decidere essa stessa nell'interesse delle legge, ovvero ancora rimettere la questione alla Sezioni Unite perché siano loro a decidere nell'interesse della legge.

10. – a) Il nuovo carattere giuridico del «vincolo», pur ellitticamente definito, rende più pregnante, ma anche in qualche modo più preoccupante un istituto vivente nella prassi: la rimessione a nuovo ruolo in attesa che le Sezioni Unite decidano in altra causa; in realtà una vera e propria sospensione di fatto per pregiudizialità giuridica.

Non possono nascondersi, e sono oggi accentuate proprio in forza del «vincolo», le perplessità relative ad una qualche compromissione del contraddittorio, riguardata la cosa nel senso pragmatico e della effettività e non certo in modo formale.

Chi e come andrà a discutere, in mia assenza, innanzi alle Sezioni unite circa la *quaestio iuris* da cui dipenderà al 99% anche la decisione della mia causa una volta che la sezione semplice recepisca il responso e fissi la nuova udienza?

È noto come proprio quella corte suprema investita istituzionalmente e da lungo tempo di responsi pregiudiziali, a valenza allargata, su *quaestiones iuris*, e cioè la Corte di giustizia, tagli corto riguardo a simili perplessità fidandosi di se stessa, limitando rigorosamente il contraddittorio nel processo pregiudiziale alle parti formali del processo principale (oltre ai soggetti istituzionali), e rimanendo tetragona rispetto a qualsiasi apertura all'intervento dei terzi privati in quel processo pregiudiziale.

Alla nostra Suprema Corte potrebbe invece legittimamente chiedersi di tener conto di quelle perplessità attraverso soluzione pratica ben meno costosa, sul piano funzionale e organizzativo, rispetto all'intervento di terzo nel processo pregiudiziale comunitario.

Si tratterebbe di accogliere con elasticità, da parte del primo presidente, la eventuale richiesta intesa alla rimessione della causa alle Sezioni Unite, pur se formulata dopo l'udienza di discussione innanzi alla sezione semplice nella quale la causa sia stata appunto «aggiornata» in attesa che le Sezioni Unite pronuncino sulla medesima questione in diverso giudizio. Nell'unica udienza di discussione fissata poi innanzi alle Sezioni Unite per entrambi i giudizi avrebbero così possibilità di interloquire anche le parti del giudizio rinviato e condizionato da una altrimenti non influenzabile (attraverso l'esercizio del contraddittorio in diritto) decisione «dall'alto».

È del resto lo stesso art. 376, comma 2°, c.p.c. a consentire questa soluzione se inteso *cum grano salis*: il termine per la ammissibile istanza di rimessione alle Sezioni Unite ad opera della parte scade dieci giorni prima dell'«udienza di discussione», ma quel termine è evidentemente postergato se l'udienza di discussione originariamente fissata è in realtà un simulacro vuoto ed è aggiornata dalla sezione semplice in attesa delle Sezioni Unite.

In definitiva, si avrebbe un congruo e funzionale bilanciamento di interessi: è certamente saggio che la prassi delle sezioni semplici si sia orientata verso quella sorta di sospensione per pregiudizialità piuttosto che verso l'invio sistematico alle

Sezioni Unite, *ex art.* 376, comma 3°, di ogni giudizio in cui si agitano questioni a quest'ultima già rimesse; ma l'art. 376, comma 2° va inteso in modo da consentire, pur previa discrezionale valutazione del primo presidente, l'accesso alla discussione innanzi alle Sezioni Unite ad ogni parte coinvolta dalla medesima *quaestio*, pur dopo che la sezione semplice abbia segnalato, mediante l'aggiornamento della udienza, tale coinvolgimento.

b) Il nuovo «vincolo» – è fin troppo ovvio osservarlo – dovrebbe responsabilizzare ulteriormente le Sezioni Unite rispetto al problema teorico-pratico della efficacia nel tempo dell'*overruling* e rispetto al problema pratico del mutamento giurisprudenziale extravagante e non meditato.

c) Al di là del «vincolo» e proprio perché c'è il vincolo, le Sezioni unite – ma direi piuttosto l'apparato apicale che si articola fra primo presidente, presidente aggiunto, Sezioni Unite e presidenti di sezione con il supporto del Massimario – è chiamato ad uno sforzo di effettivo controllo su ciò che accade in tutto il Palazzaccio. È perfino banale dirlo: non abbiamo bisogno di una corte suprema innovativa e fantasiosa nei suoi vertici o nella sua *elite*; abbiamo bisogno di una corte il più possibile compatta, compatibilmente con la sua pletoricità.

d) Vi sarebbe poi da indagare sul non semplice rapporto fra Sezioni Unite e procedimento in camera di consiglio e fra Sezioni Unite ed apposita sezione-filtro (la attuale VI sezione civile). Si tratta però di questioni minute e tutto sommato risolvibili (e probabilmente già risolte) con un minimo di buon senso organizzativo da parte della Suprema Corte e dei suoi vertici.

Mi limito dunque ad alcune considerazioni generali.

Uno dei pochi vantaggi del «filtro» e dell'«apposita sezione» consiste nel fatto che vi è qualcuno che studia la causa più o meno subito dopo il suo ingresso. Questo spoglio immediato e necessariamente tutt'altro che superficiale consentirebbe di indirizzare subito, o per lo meno con largo anticipo rispetto al passato, alle Sezioni Unite la causa che fosse sfuggita, nonostante la sua importanza di massima, alla iniziativa immediata del primo presidente. E ciò perfino nel caso di inammissibilità del ricorso ed ove si ritenga opportuno che a fissare il principio di diritto *ex art.* 363 siano le Sezioni Unite. O perfino in caso di manifesta fondatezza o infondatezza del ricorso ed ove del pari si ritenga opportuno che a dirlo manifestamente fondato o infondato siano (poiché ad esempio la questione è comunque nuova, ovvero incisiva su contenzioso seriale) le Sezioni Unite.

Il ricorso che il primo presidente assegna subito *ex lege* (impugnazione di sentenze del Consiglio di Stato o della Corte dei Conti) o mediante esercizio di discrezionalità vincolata (art. 374, comma 2°) alle Sezioni Unite sfugge al passaggio nella «apposita sezione». Così espressamente l'art. 376.

È una scelta comprensibile (22) per il caso in cui il primo presidente abbia ravvisato una questione di massima di particolare importanza, perché, se anche il

(22) Cfr. G. Costantino, *La riforma del giudizio di legittimità: la Cassazione con filtro*, in *Giur. it.* 2009, 6, 1561.

ricorso sia inammissibile per ragioni formali, la questione di massima richiederà verosimilmente una pronuncia *ex art.* 363 della Corte e le Sezioni Unite non saranno dunque scomodate per una semplice declaratoria di inammissibilità. È una scelta ovvia anche per il caso di impugnazione di sentenze del Consiglio di Stato o della Corte dei Conti, perché tale impugnazione deve essere sempre decisa, anche in rito ed anche in termini di inammissibilità del ricorso, dalle Sezioni Unite. Resta il problema, ma è problema organizzativo interno (di supporto all'ufficio del primo presidente in termini di spoglio informale) di rendere possibile la assegnazione immediata alle Sezioni Unite. E resta la possibilità – al momento pressoché teorica visto il collegamento stretto tra «apposita sezione» e vertice della Corte – di un incremento momentaneo e su certe questioni di assegnazioni immediate alle Sezioni Unite in funzione correttiva e preventiva rispetto ad eccessi della «apposita sezione».

Anche le Sezioni Unite sono chiamate, per altro, ove del caso a pronunciare in camera di consiglio (v. art. 375, comma 1° e art. 377). Ancora una volta è problema organizzativo interno quello del supporto all'ufficio del primo presidente in ordine allo spoglio dei ricorsi assegnati o rimessi alle Sezioni Unite per l'avvio al binario della pubblica udienza o a quello della camera di consiglio.

11. – Vi è infine da considerare una ultima modifica riferibile alle riforme degli anni 2000 ed in particolare a quella del 2006. Si tratta, sembra, di bassa o modesta cucina, ma con un risvolto storico-sistematico importante. Il quale dimostra che l'economia processuale ed il principio della ragionevole durata inteso in modo cauto, e cioè in senso appunto ragionevole, condizionano, e giustamente, la definizione dei compiti delle corti supreme ben al di là delle schematiche qualificazioni contrapposte in termini di nomofilachia pura o terza istanza.

Così ad esempio, a due secoli della pudica ritrosia imposta da Robespierre al *Tribunal de Cassation* (il quale oltretutto non era notoriamente né corte nomofilattica né terza istanza), non possiamo più considerare che elemento dirimente a fini di quella qualificazione sia l'attribuzione del potere di decidere la causa nel merito di seguito all'accoglimento del ricorso. Questo potere è giustamente attribuito essenzialmente in funzione di economia processuale e l'accento forte ai fini di quella qualificazione si sposta sull'accesso alla suprema corte (come dimostra l'esperienza delle corti superiori di *common law*: l'accesso è limitatissimo, ma il potere di decidere nel merito, con forte discrezionalità ispirata ad una autentica politica giurisprudenziale, non è mai stato un assoluto tabù).

Venendo al nostro caso. A ragionare scleroticamente si potrebbe immaginare che le Sezioni Unite in quanto «supercassazione», una volta adite per questioni di particolare importanza nomofilattica o comunque particolarmente delicate, debbano espletare la preziosa funzione solo ed esclusivamente per la soluzione di tali questioni.

Così ragionava il legislatore prima del 2006 (art. 142 disp. att. nella previgente versione): le Sezioni Unite decidevano sui motivi di loro competenza e poi rimettevano per la decisione sulla residua materia del contendere alla sezione semplice. Ma la prassi aveva già conosciuto un salutare ed economico trattenimento in decisione dell'intero ricorso da parte delle Sezioni Unite ove possibile.

Questa prassi è oggi consacrata dal nuovo art. 142 disp. att. c.p.c. Le Sezioni Unite, dopo aver deciso i motivi di loro competenza, rimettono alla sezione semplice solo «se non ritengono opportuno decidere l'intero ricorso», pronuncia di merito ex art. 384 compresa.

Il comma 2° dell'art. 142 disp. att. precisa, come è ovvio, che ciò accade anche quando la rimessione alle Sezioni Unite provenga dalla sezione semplice con la ordinanza ex art. 374, comma 3° sollecitante l'*overruling*.

Questo dice l'art. 142, comma 2° e questo solo. Dirà pure una cosa ovvia, ma non perciò, ed al solo scopo di fargli dire cose originali occorre costruirci sopra castelli in aria diseconomici ed irridenti per i *justiciables* o per lo *ius litigatoris* che dir si voglia, anche se teoricamente ossequiosi della purezza ipernomofilattica delle Sezioni Unite.

Così, non mi pare proprio il caso di sostenere (23) che le Sezioni Unite, in forza dell'art. 142, comma 2°, possano non decidere nulla e restituire la causa alla sezione semplice rimettente allorché ravvisino che il loro precedente in realtà non è tale in relazione al caso sottoposto dall'ordinanza di rimessione e che cioè il caso e la relativa *quaestio iuris* sono in realtà diversi da quelli a suo tempo risolti dalle Sezioni Unite. Anche in tali ipotesi le Sezioni Unite non perdano tempo: decidano sul motivo del ricorso sottoposto dalla sezione semplice e rimettano semmai alla sezione semplice la decisione degli altri motivi, ovvero decidano anche quelli a norma appunto dell'art. 142, comma 1°.

Così pure non mi pare il caso di affermare (24) che le Sezioni Unite, sempre ai sensi dell'art. 142, comma 2°, possano decidere solo l'astratta *quaestio iuris* pronunciando sentenza meramente interpretativa, alla stregua di quella ex art. 420 *bis* c.p.c., e restituire la palla alla sezione semplice per la concreta decisione di accoglimento o rigetto del motivo del ricorso.

12. – Dato questo sfondo storico-comparativo, data questa attualità, cosa dovrà esserne delle Sezioni Unite in un eventuale futuro che veda il ritorno alle Cassezioni regionali (dall'epoca delle quali le attuali Sezioni Unite traggono origine)?

La proposizione di questa domanda, in via puramente appendicolare, non è affatto adesiva all'idea di quel ritorno. E se fosse solo per le spinte politiche regionalistiche (compresa quella della Regione Sicilia che pure ha dalla sua la astratta previsione statutaria (25)) lo scenario sarebbe non solo futuribile, ma anche somma-

(23) A. Carratta, in *Le recenti riforme del processo civile*, cit., 428.

(24) G. Amoroso, in *Commentario alla riforma del processo civile*, cit., 217.

(25) L'art. 23 dello Statuto speciale della Regione Siciliana prevede che i massimi organi giurisdizionali debbano avere una sezione in Sicilia con sede a Palermo per gli affari concernenti la Regione. La previsione è stata, come è noto, attuata quanto al Consiglio di Stato ed alla Corte dei Conti; non quanto alla Corte di Cassazione. Da tale previsione ha preso le mosse un interessante Convegno organizzato presso l'Università di Palermo da Girolamo Monteleone («*La Corte di Cassazione in Sicilia e le Cassezioni regionali*»), Palermo, 10-11 febbraio 2012). Da quel Conve-

mente improbabile e reso ancora più improbabile dal sovrapporsi sempre più incisivo dei ruoli e delle funzioni della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo rispetto ai compiti delle giurisdizioni interne di ultima istanza, il che rende all'evidenza sconsigliabile che queste a loro volta si dislochino a più livelli territoriali.

Senonché una spinta precipitosa verso quel «futuribile» potrebbe essere innescata dall'anch'essa «futuribile» eliminazione (totale o parziale) dell'appello civile, sulla quale non è qui il caso di discutere, ma solo di constatare come essa rappresenti uno scenario sempre più spesso prospettato da più parti e non inverosimile.

Riguardo alle Sezioni Unite in una nuova era delle Cassazioni regionali, alcuni punti fermi mi parrebbero scontati, altri aspetti coinvolgerebbero scelte tutte opinabili e delicate.

a) Scontato è che le Sezioni Unite dovrebbero esserci.

b) Scontato, senza discussione possibile, è che dovrebbero avere sede in Roma.

c) Meno scontato, ma a mio avviso fermo, è che la composizione delle Sezioni Unite dovrebbe essere molto di più affidata alla predeterminazione normativa e meno a circolari Csm, a proposte tabellari e prassi interne. E ciò per garantire un maggiore e predefinito equilibrio ed una maggiore *fairness* rispetto alle Cassazioni regionali: insomma una cosa sono le Sezioni Unite interne al Palazzaccio, altra cosa sarebbero le Sezioni Unite per così dire «logisticamente altre» rispetto alle Cassazioni regionali.

d) Tutto da vedere è poi se le Sezioni Unite dovrebbero essere, quanto a composizione, (i) un *Gemeinsamer Senat* estratto equilibratamente dalle Cassazioni regionali; (ii) un organo autonomamente composto e perciò autonomo (come è oggi la Corte di Cassazione nel suo complesso quanto a composizione), integrate cioè da alti magistrati appositamente addetti solo alle Sezioni Unite; (iii) ovvero un organo misto. Io sarei per quest'ultima saggia e moderata soluzione.

e) Apparentemente scontato è che, quanto alle questioni di giurisdizione, le Sezioni Unite dovrebbero entrare in campo *obbligatoriamente* solo nei limitati casi in cui, dopo l'ultima riforma, lo fanno. In realtà la *politesse* istituzionale nei confronti del Consiglio di Stato, o più in generale un qualche minor prestigio che le Cassazioni regionali rivestirebbero rispetto alla attuale Corte di Cassazione unica, potrebbero suggerire un ritorno indietro: le Sezioni Unite rientrano in campo sempre su tutte le questioni di giurisdizione che coinvolgano, non solo in sede impugnatoria, il riparto di giurisdizione fra ordinaria e amministrativa, o addirittura rientrano in campo sempre su tutte le questioni di giurisdizione, potendosi del resto ormai proteggere, rispetto alle questioni pretestuose o già altre volte decise, con lo strumento, non ottimale ma non certo inconcludente, della camera di consiglio.

Miglior partito sarebbe comunque la conservazione dello *status quo*, perché

gno, ove mi fu affidata la relazione su «*La Corte di Cassazione di Roma e le Sezioni unite. Passato, presente e futuro*», traggono spunto molte delle considerazioni contenute in questo scritto.

quelle future Sezioni Unite dovrebbero essere il più possibile liberate dalla incombenza di decidere tutta la causa purché coinvolgente una qualche questione di giurisdizione, e perché l'alternativa a tale decisione di tutta la causa, una volta che le Sezioni Unite fossero comunque officiate di decidere qualsiasi questione di giurisdizione, sarebbe una doppia sentenza ed una scomoda trasmigrazione del fascicolo da Roma alla Cassazione regionale.

f) Scontato mi pare che il «vincolo negativo» al precedente delle Sezioni Unite dovrebbe permanere. Varrebbe anzi la pena di rafforzarlo simbolicamente ma non inutilmente utilizzando l'espresso termine «vincolo»: la Cassazione regionale sarebbe vincolata ai principi di diritto precedentemente fissati dalle Sezioni Unite, «a meno che non ritenga che sussistano ragionevoli motivi per divergere (...)» e perciò per investire nuovamente le Sezioni Unite.

g) La lontananza e la separazione formale fra le Cassazioni regionali consiglierebbe poi di ampliare espressamente i casi di obbligatorio intervento delle Sezioni Unite anche in prevenzione di conflitti fra le stesse Cassazioni regionali, ed ancor qui col sistema del «vincolo negativo», e forse qui senza usare la parola vincolo bensì utilizzando l'attuale tenore dell'art. 374 opportunamente adeguato (ed ovviamente senza la pignoleria tedesca del previo interpello dell'altra Cassazione). Quando una Cassazione regionale ritenesse sussistenti ragioni per divergere da un precedente principio di diritto fissato da altra Cassazione regionale (e forse perfino da un proprio precedente principio di diritto) dovrebbe rimettere con ordinanza motivata alle Sezioni Unite.

h) Tutto da meditare sarebbe se alla violazione del primo o del secondo vincolo far corrispondere un chiaro profilo sanzionatorio di tipo impugnatorio: una impugnazione eccezionale innanzi alle Sezioni Unite per lo meno della pronuncia della Cassazione regionale che abbia scientemente e manifestamente (*Willkürlich* direbbero i tedeschi) violato il vincolo.

Certo in un paese a litigiosità esasperata come il nostro bisognerebbe andarci cauti. Forse la cosa è più facilmente immaginabile se le Cassazioni regionali rinascessero in una con l'abolizione totale o parziale dell'appello.

i) Dovrebbe poi lasciarsi in piedi una clausola generale che consenta la rimessione dalla Cassazione regionale alle Sezioni Unite delle questioni di particolare importanza, e forse la si potrebbe specificare con riferimento espresso ai contenziosi seriali. E potrebbe immaginarsi finalmente per le Sezioni Unite una competenza pregiudiziale su *Richterklage* proponibile anche dai giudici di merito e con caratteri vincolante del responso per il giudice rimettente (senza cioè l'ormai poco comprensibile pudore francese).

l) Non credo infine sarebbe opportuno consentire alla parte del giudizio innanzi alla Cassazione regionale di rivolgersi direttamente alle Sezioni Unite (o al loro presidente), foss'anche con pieno potere di queste ultime di rifiutare in limine la rimessione, discrezionalmente e/o perché inammissibile rispetto alle ipotesi che determinano la «competenza» della super corte. Il filtro dovrebbe invece essere rappresentato da una istanza rivolta al collegio della Cassazione regionale.

Più in generale, tutto l'assetto delle Sezioni Unite nello scenario fantagiuridico delle nuove Cassazioni regionali dovrebbe essere impostato e regolato nei detta-

gli ponendosi anche questa domanda: si vogliono Sezioni Unite che lavorino forzatamente di meno (o meglio il lavoro delle quali si debba considerare come qualcosa di prezioso), ma siano compatte ed elitarie come la Corte Suprema americana (con tanto di schiere di giudici addetti ecc.); oppure si vogliono Sezioni Unite più caricabili di incombenze, e però allora più simili, quanto numero di magistrati, rotazione di collegi e rischi di *defaillances* interne, a quelle attuali?

E se alle Cassazioni regionali si giungesse per via della eliminazione dell'appello la domanda si risolverebbe (con particolare riguardo anche alla scelta segnalata *sub h*) nell'altra: si vogliono Cassazioni regionali in guisa di Corti d'appello tramutate in corti di mera legittimità (e perciò con le Sezioni Unite sedenti a Roma pronte a riprendersi, se non tutta, buona parte del ruolo della attuale Corte di Cassazione), o si vogliono autentiche Cassazioni regionali?

ANTONIO BRIGUGLIO
Professore ordinario
nell'Università di Roma Tor Vergata