

Federico Ferraris

«*Rationing Justice*»

**La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme
di Stati Uniti e Italia**



G. Giappichelli Editore – Torino



Collana della Scuola di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

Direttore:

Giovanni Chiodi

Comitato editoriale:

Patrizia Borsellino

Marta Cartabia, *Giudice della Corte Costituzionale*

Adolfo Ceretti

Diana Cerini

Giovanni Chiodi

Alessandra Daccò

Filippo Danovi

Loredana Garlati

Costanza Honorati

Bruno Inzitari

Alberto Maffi

Natascia Marchei

Oliviero Mazza

Claudia Pecorella

Margherita Ramajoli

Franco Scarpelli

Tullio Scovazzi

Francesco Tesauro

Federico Ferraris

«*Rationing Justice*»

La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme
di Stati Uniti e Italia



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2015 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-5986-5

Questo volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento delle Scienze Giuridiche nazionali e internazionali dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

L'opera ha ottenuto la valutazione positiva di due revisori anonimi, secondo il procedimento previsto dal Regolamento della Collana, consultabile nel sito www.giurisprudenza.unimib.it.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

pag.

CAPITOLO I

L'accesso alle Corti di ultima istanza e la necessità di «filtri»: profili introduttivi

1.1.	Identificazione del problema e delimitazione del campo di indagine	1
1.2.	Una Corte (di vertice) e diversi modelli	4
1.3.	<i>Segue</i> : ruolo svolto dalla Corte di ultima istanza e caratteri degli strumenti selettivi predisposti dall'ordinamento: una relazione biunivoca	6
1.4.	La Corte di Cassazione italiana e il «filtro»: osservazioni preliminari e rinvio	7

CAPITOLO II

La United States Supreme Court: composizione, attività, funzioni

2.1.	La <i>United States Supreme Court</i> : inquadramento e caratteri generali	11
2.2.	<i>Segue</i> : modalità di nomina dei <i>Justices</i> e garanzie di indipendenza	18
2.3.	Il ruolo eminentemente pubblico della Corte e la necessità di selezionare i casi da definire nel merito	21
2.4.	Strumenti di selezione dei ricorsi e tecniche di non decisione: alcune precisazioni	30

CAPITOLO III

Il writ of certiorari: paradigmatico esempio di case selection

3.1.	Origini ed evoluzione del <i>writ of certiorari</i>	33
3.2.	Il <i>certiorari proceeding</i> : osservazioni preliminari	43
3.3.	Gli atti introduttivi del procedimento	44
3.4.	La partecipazione di terzi «intervenant»: l' <i>amicus curiae</i> e il suo <i>brief</i>	50

	<i>pag.</i>
3.5. I <i>law clerks</i> : compiti e responsabilità	55
3.6. <i>Segue</i> : il ruolo dei <i>law clerks</i> nel procedimento di selezione: i <i>pool chambers</i> e il <i>pool memo</i>	62
3.7. Il c.d. procedimento <i>non-pool chamber</i>	71
3.8. La prima fase di selezione: la <i>discuss list</i> e la <i>friday conference</i>	73
3.9. <i>Segue</i> : i criteri utilizzati: la <i>rule of four</i> , la <i>rule of five</i> , la <i>join-3 rule</i> e la <i>bold rule</i>	83
3.10. La seconda fase di selezione: la decisione sul «se» decidere; la difficoltà di identificare i parametri utilizzati dai <i>Justices</i> ; piano della ricostruzione	92
3.11. I criteri «giurisdizionali» e «formali»	96
3.12. I criteri «sostanziali» negativi e il <i>cert. denial</i>	99
3.13. I criteri «sostanziali» positivi	112
3.14. I criteri «strategici»	122
3.15. Un criterio particolare: il <i>timing</i> dei <i>Justices</i>	125
3.16. Contrasti all'interno della Corte: il <i>dissent from certiorari denial</i> . Esigenze di specificazione: l' <i>opinion respecting the denial</i>	127
3.17. Ulteriori esiti del procedimento: il <i>limited grant of certiorari</i>	133
3.18. <i>Segue</i> : <i>certiorari improvidently granted</i> e <i>summary dispositions</i>	135
3.19. Un caso particolare: la procedura per il rilascio di <i>certiorari before judgement</i>	139
3.20. Considerazioni a margine del procedimento: <i>writ of certiorari</i> e <i>death row petitions</i>	145

CAPITOLO IV

La Corte di Cassazione in Italia tra rispetto dello ius constitutionis ed esigenze di tutela dello ius litigatoris

4.1. La funzione «pubblica» della Corte	149
4.2. La funzione «privata» della Corte	154
4.3. La «crisi di identità» della Corte e la prevalenza della funzione di giudice di «terza istanza»	156
4.4. L'inevitabile <i>overload</i> e la conseguente crisi della Cassazione	159
4.5. L'esigenza di razionalizzare il lavoro: il potenziamento del rito camerale	162
4.6. <i>Segue</i> : l'accresciuta necessità di un «filtro» all'accesso	164

CAPITOLO V

*Il novellato procedimento in Cassazione:
case selection reale o solo apparente?*

5.1. La riforma attuata con legge 18 giugno 2009, n. 69: l'elaborazione della nuova disciplina	169
5.2. L'«inammissibilità» del ricorso <i>ex art. 360 bis</i> c.p.c. e il funzionamento del «filtro»	174
5.3. <i>Segue</i> : «inammissibilità» o «manifesta infondatezza»? La risposta delle Sezioni Unite	178
5.4. Ambito di applicazione del vaglio di inammissibilità <i>ex art. 360 bis</i> c.p.c.	181
5.5. L'art. 360 <i>bis</i> n. 1 e il potenziamento del «precedente» giudiziario. Premessa	184
5.6. <i>Segue</i> : i diversi parametri oggetto di verifica: la presenza di «giurisprudenza conforme», la sussistenza di elementi idonei a mutare l'orientamento della Corte censurato dal ricorrente	188
5.7. <i>Segue</i> : possibili interpretazioni dell'antinomia letterale nella parte in cui si prevede che anche elementi idonei a «confermare» l'orientamento censurato permettono il superamento del vaglio preliminare	193
5.8. L'art. 360 <i>bis</i> n. 2: ambito di applicazione e rischi connessi ad una interpretazione troppo estesa o, viceversa, troppo particolareggiata	196
5.9. <i>Segue</i> : caratteri delle censure sussumibili all'interno della categoria «principi regolatori del giusto processo»	203
5.10. Questioni di legittimità relative all'art. 360 <i>bis</i>	205
5.11. Il procedimento bifasico per la definizione dei ricorsi. Premessa	206
5.12. <i>Segue</i> : la VI Sezione civile (c.d. «Sezione-filtro»)	208
5.13. <i>Segue</i> : la decisione in via preliminare sull'assegnazione dei ricorsi alla «Sezione-filtro» o alle Sezioni Unite	212
5.14. <i>Segue</i> : la prima fase del procedimento: la decisione in camera di consiglio relativa ai casi <i>sub</i> nn. 1-5 dell'art. 375 c.p.c.	214
5.15. <i>Segue</i> : la seconda fase del procedimento: la decisione in camera di consiglio relativa ai casi <i>sub</i> nn. 3-4 dell'art. 375 c.p.c. e il rinvio a pubblica udienza	218
5.16. <i>Segue</i> : possibili interconnessioni tra le due fasi	219
5.17. Cenni sulla riforma attuata con legge 7 agosto 2012, n. 134: la riduzione della portata dell'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c., la c.d. «doppia conforme» e possibili ripercussioni sul numero dei ricorsi presentati	222
5.18. Un «filtro» indiretto: la auspicabile (e auspicata) riduzione del numero degli avvocati c.d. cassazionisti ad opera della nuova legge professionale forense	227
5.19. Considerazioni conclusive	230

CAPITOLO VI

Prospettive di riforma dell'accesso alla Corte

6.1. Gli (insormontabili) ostacoli all'adozione del modello americano: l'esercizio di un potere discrezionale «incontrollabile»	233
6.2. <i>Segue</i> : ... e la diversa concezione del ruolo del giudice	237
6.3. Tecniche di selezione che presuppongono una previa modifica della Costituzione: l'esperienza spagnola e l' <i>interés casacional</i>	239
6.4. <i>Segue</i> : il sistema tedesco tra tutela dello <i>ius constitutionis</i> e salvaguardia «funzionale» dell'interesse privato	243
6.5. Modelli di selezione a Costituzione invariata: l'esperienza francese e il potenziamento del filtro «procedimentale»	246
 <i>Bibliografia</i>	 253

CAPITOLO I

L'ACCESSO ALLE CORTI DI ULTIMA ISTANZA E LA NECESSITÀ DI «FILTRI»: PROFILI INTRODUTTIVI

SOMMARIO: 1.1. Identificazione del problema e delimitazione del campo di indagine. – 1.2. Una Corte (di vertice) e diversi modelli. – 1.3. *Segue*: ruolo svolto dalla Corte di ultima istanza e caratteri degli strumenti selettivi predisposti dall'ordinamento: una relazione biunivoca. – 1.4. La Corte di Cassazione italiana e il «filtro»: osservazioni preliminari e rinvio.

1.1. *Identificazione del problema e delimitazione del campo di indagine*

La tematica relativa alla giurisdizione esercitata dalle Corti di ultima istanza ha da sempre costituito, nel panorama non solo italiano, occasione di approfondimento e insieme di confronto, spesso particolarmente critico, fra i diversi operatori del diritto: ciò, evidentemente, per la peculiare posizione – insieme di chiusura e sintesi – che queste ricoprono nell'ordinamento di appartenenza, essendo chiamate a suggellare, nel caso concreto e in via definitiva, quel «*ius dicere*» che tutti i giudici esercitano, indipendentemente dai caratteri del sistema cui essi afferiscono.

Nel corso degli ultimi decenni l'attenzione dell'interprete si è tuttavia progressivamente indirizzata, più che sugli aspetti «ontologici» delle Corti di vertice, sull'individuazione di meccanismi e tecniche che permettano a queste ultime di svolgere appieno le funzioni loro assegnate: invero, la crescente domanda di giustizia che, se pur con differenti connotazioni, ha investito (e tutt'ora investe) i tribunali dei Paesi occidentali – unitamente alla complessità dei procedimenti all'uopo predisposti e alla relativa durata – ha comportato (e tutt'ora comporta) conseguenze rilevanti anche sulla stessa attività dell'organismo giurisdizionale supremo, il quale si trova a dover fare i conti con migliaia di ricorsi (e di questioni) che ogni anno vengono portati alla sua attenzione e aspettano, più o meno legittimamente, una ulteriore disamina «nel merito».

A tale riguardo, i rischi connessi all'*overload* delle Corti di ultima istanza paiono evidenti: da un lato, l'«ipertrofia» di casi e questioni porta inevitabilmente all'emissione di altrettante decisioni spesso non adeguatamente ponderate e, so-

prattutto, prive di quella chiarezza e stabilità – al fine di fornire ai futuri litiganti le linee guida nell'interpretazione di un determinato principio – che, invece, dovrebbero caratterizzare le pronunce della Corte; da altro lato, una serie potenzialmente indeterminata di statuizioni porta con sé un elevato rischio di contrasti all'interno di un organo che, tradizionalmente, dovrebbe occuparsi proprio di dirimere eventuali difformità nell'applicazione delle norme giuridiche; non da ultimo, infine, un'attività «invasiva» della Corte di vertice sul lavoro svolto dai tribunali inferiori finisce per sottovalutare l'attività di questi ultimi, i quali, per di più, verrebbero in un certo senso delegittimati agli occhi dell'opinione pubblica.

Da qui è nata e si sviluppa oggi l'idea di salvaguardare le funzioni ascrivibili alla Corte di vertice tramite la previsione di particolari modalità selettive dei ricorsi; in altre parole, l'affermazione di tesi volte a razionalizzare l'accesso – c.d. «Rationing Justice»¹ – viene considerata non soltanto una necessità improrogabile ma, al contempo, una regola generale che dovrebbe informare tutti gli ordinamenti che intendano perseguire efficienza e celerità del procedimento giurisdizionale, stabilità nella tutela e coerenza interna dei percorsi interpretativi.

Quanto sin qui osservato non può non valere, in linea generale, anche per il nostro sistema giudiziario, ove la Corte di Cassazione si trova ad operare da diverso tempo in una situazione «rasente lo stallo»: in effetti, guardando alle ultime statistiche fornite dalla stessa Corte, essa è chiamata a definire ogni anno più di 30.000 casi (solo per il settore civile), numero evidentemente insostenibile che, tra l'altro, non trova eguali nel panorama giudiziario europeo².

Sebbene al legislatore vada riconosciuto di essersi quantomeno posto il problema di una corretta ed efficace gestione del ruolo (e del pregresso), tuttavia la serie ormai quasi regolare di riforme che (a tacere degli interventi precedenti) soltanto nel trascorso decennio hanno interessato il procedimento di cassazione nella sua globalità, e da ultimo proprio la questione relativa all'«accesso» *lato sensu* considerato, non solo non può accogliersi senza un qualche scetticismo ma risulta, forse, ancor più dannosa rispetto all'obiettivo inizialmente considerato, ovvero la necessità di riportare la Corte alla propria funzione «nomofilattica».

Interessante, nella prospettiva dello scrivente, risulta allora guardare ad ordinamenti dove, invece, la selezione dei ricorsi alla Corte di ultima istanza da una parte è ormai elemento in tutto e per tutto «fisiologico» del sistema e, da altra parte, consente uno *screening* delle diverse questioni sottoposte all'esame della Corte particolarmente rilevante in termini non soltanto quantitativi (*id est*,

¹ L'espressione è di E. GRISWOLD, *Rationing justice – The Supreme Court's caseload and what the Court does not do*, in 60 *Cornell Law Rev.*, 1975, p. 335 ss.

² Cfr., *infra*, cap. IV, par. 4.4., spec. n. 28-29 e cap. VI, parr. 6.2., 6.3. e 6.4.

il numero dei casi effettivamente idonei a superare il vaglio preliminare), ma altresì qualitativi (la tipologia delle questioni che suscita maggiore interesse).

A tale riguardo l'esempio forse più rappresentativo è quello fornito dall'ordinamento statunitense nel quale alla Corte suprema è attribuito – tramite il c.d. *writ of certiorari* – il potere di «decidere se decidere», ovvero di scegliere in piena autonomia quali tra i ricorsi depositati definire e quali invece non ritenere meritevoli di ulteriore disamina: si tratta di una facoltà dai contorni decisamente peculiari se si tiene a mente che – come si vedrà meglio in seguito – le valutazioni compiute dai giudici risultano eminentemente discrezionali ed effettuate sulla base di parametri solo parzialmente conosciuti e che la decisione con la quale la Corte si libera delle questioni «irrilevanti» non viene mai motivata, con ciò impedendo di ricavare *pro futuro* elementi che possano essere spesi per garantirsi una migliore *chance* di riesame.

Al di là delle modalità con cui viene effettuato il vaglio preliminare, e al netto di tutte le considerazioni (anche critiche) che possono svolgersi sul meccanismo di accesso così predisposto, il sistema si dimostra estremamente efficace nella misura in cui consente alla Corte, a fronte di circa 8-9.000 ricorsi annualmente presentati, di limitare la propria *review* (*id est*, di «decidere di decidere» nel merito) a soli 70-80 casi i quali soli, nella prospettiva giudiziale, risultano portatori di *issues* considerate essenziali per lo sviluppo del diritto nazionale³.

Si potrebbe obiettare che le due Corti – statunitense e italiana –, oltre che afferire a diversi modelli giuridici, presuppongono altresì differenti concezioni del ruolo dei giudici e, più in generale, della giurisprudenza nel sistema delle fonti, di talché un eventuale parallelismo poggierebbe su basi troppo fragili; in effetti ciò in parte è vero, ma è altrettanto vero che alcuni elementi comuni, certamente non secondari, non possono negarsi nel confronto fra le due istituzioni di vertice, segnatamente l'*overload* che entrambe si trovano a dover gestire ma, soprattutto, la funzione esercitata nell'ordinamento posto che ambedue, seppur con connotazioni peculiari, sono (o dovrebbero essere, nel nostro sistema) orientate al perseguimento (anche) di interessi sovraordinati rispetto alle specifiche richieste delle parti connesse alla fattispecie concreta.

Pertanto, l'accostamento dei due sistemi di accesso e la disamina delle rispettive specificità intende dar conto di come due diversi ordinamenti, messi di fronte alle medesime necessità di salvaguardare la propria Corte, abbiano tuttavia intrapreso strade essenzialmente antitetiche: là dove la discrezionalità e il rigido controllo del *docket* regolano senza eccezioni l'accesso, si prevede invece, e assai più semplicemente, una corsia «preferenziale» (che pure di «preferenziale» possiede ben pochi aspetti) per la definizione, in via preliminare, dei ricorsi che presentino o difetti tali da concludersi con una declaratoria in rito ovvero caratteri «manifesti» da poter essere immediatamente decisi nel merito.

³ Cfr., *infra*, cap. II, par. 1.1., spec. n. 4.

1.2. Una Corte (di vertice) e diversi modelli

Si è più volte accennato, poco sopra, alla funzione della Corte quale parametro per una corretta predisposizione di strumenti di «filtro» dei ricorsi. In effetti, parlare *sic et simpliciter* di selezione dei casi non ha molto senso se non si provvede a collegare il discorso con quello più generale relativo al ruolo svolto dalla Corte nel sistema giuridico di volta in volta considerato⁴: invero è appena il caso di rilevare che la *case selection* non ha come obiettivo la sola riduzione numerica del *docket*, bensì una rimodulazione «ragionata» che tenga conto degli scopi perseguiti dalla Corte.

A tale riguardo, e da un punto di vista teorico, è possibile individuare almeno quattro diversi modelli di Corte di vertice a seconda del parametro utilizzato a fini classificatori: così, qualora si consideri esclusivamente la direzione cui tende la tutela giurisdizionale, vengono in rilievo da una parte (1) le c.d. Corti Supreme e, da altra parte, (2) le Corti di ultima istanza in senso proprio (denominate altresì Corti di terza istanza).

Quanto alle prime, il riferimento va in genere a quelle istituzioni i cui componenti intendono svolgere una funzione al servizio di un interesse superiore: ciò si verifica allorché la Corte agisce perseguendo non tanto l'interesse delle parti ad una «giusta» decisione, bensì quello – di natura eminentemente «pubblica» – orientato a garantire la tenuta e il rispetto del diritto nazionale, nonché a promuoverne uno sviluppo il più possibile omogeneo e coerente. In situazioni di tal genere la Corte si serve del caso (*rectius*, della questione giuridica di cui questo è esponente) come mero strumento per il perseguimento di finalità ultronee e di più ampio respiro quali, ad es., la fissazione una volta per tutte di un principio di diritto particolarmente dibattuto nelle corti inferiori ovvero ancora per la creazione di nuove situazioni giuridiche soggettive attraverso una interpretazione orientata delle diverse norme di legge che regolano una determinata disciplina.

Numerose corti si rifanno all'accezione appena descritta: come si avrà occasione di meglio specificare nel corso della trattazione, la *U.S. Supreme Court* – ma più in generale le Corti afferenti agli ordinamenti di *common law* (in Europa si ricorda la *Supreme Court of the United Kingdom*) – ne rappresentano al meglio i caratteri; ma anche nell'ambito continentale vi sono alcuni importanti esempi di istituzioni votate al perseguimento (soprattutto) di finalità «pubbliche»: si pensi, ad es., al *Tribunal Supremo* spagnolo, alle Corti di vertice dei Paesi scandinavi, o ancora alla *Cour de Cassation* francese.

Alle Corti di ultima istanza viene invece, sempre per tradizione, assegnato un compito in un certo senso ancillare all'aspettativa dei cittadini: invero, esse si oc-

⁴ In tal senso cfr. E. SILVESTRI, *Corti supreme europee: accesso, filtri, selezione*, in *Le Corti supreme. Atti del convegno svoltosi a Perugia il 5-6 maggio 2000*, Milano, 2001, p. 105.

cupano *in primis* di verificare che la decisione impugnata non presenti vizi o irregolarità tali da giustificare l'«annullamento» e la sostituzione con altra pronuncia che faccia corretta applicazione dei principi travisati dai giudici inferiori – da qui il carattere rivolto «al passato». Ne deriva che in questi casi l'opportunità di contribuire all'evoluzione del diritto interno in tanto viene esercitata in quanto risulti funzionale al (legittimo) interesse dei singoli alla modifica delle determinazioni assunte in precedenza: per questo motivo si suole affermare che le suddette Corti assicurano essenzialmente una funzione «privata». Al modello così strutturato afferiscono numerosi ordinamenti, tra i quali si ricordano, per rilevanza, le Corti di matrice germanica, ovvero il *Bundesgerichtshof* tedesco e l'austriaco *Oberste Gerichtshof*.

Se, dunque, la predetta classificazione si basa sulla finalità ultima del controllo giurisdizionale, un'ulteriore differenziazione si ricava dall'utilizzo del criterio che insiste sull'estensione della tutela fornita dalla Corte: al riguardo si parla, da un lato, di (a) Corti di Cassazione e, da altro lato, di (b) Corti di Revisione.

Con riferimento alle prime, si individuano le istituzioni – dette anche «di legittimità» – che, non avendo la possibilità di sindacare la valutazione del fatto compiuta dal giudice inferiore, limitano la propria *review* ai soli profili «di diritto» della sentenza impugnata con la conseguenza che – laddove effettivamente venga ravvisato un vizio di tal genere – la Corte non potrà che, per l'appunto, «cassare» in via rescindente la decisione e rimandare il procedimento ad altro giudice di merito, chiamato ad applicare alla vicenda concreta il principio di diritto così come chiarito dalla Corte (giudizio rescissorio); in quest'ambito si ritrovano, ad es., la *Cour de Cassation* francese e la nostra Corte di Cassazione.

All'opposto, le Corti di Revisione intendono occuparsi di tutti i diversi profili – siano essi di fatto o di diritto – della sentenza contestata, cosicché il giudizio da loro presieduto potrà concludersi con un provvedimento che sostituisce integralmente la decisione previamente emessa dai giudici inferiori; ciò che accade, ad es., nella giurisdizione esercitata dalle Corti scandinave⁵.

Alla luce della accennata classificazione, e in linea di prima approssimazione, è possibile affermare che meccanismi di «filtro» vengono utilizzati, e anzi appaiono essenziali, in tutti gli ordinamenti – *sub* (1) e (a) – nei quali si riconosce alla Corte una funzione pubblica, per di più limitata ad un controllo di mera «legalità» delle decisioni; invero, affinché si possa assicurare una corretta evoluzione del diritto la Corte deve potersi concentrare – con ciò disinteressandosi di tutte le altre – sulle sole questioni idonee, a suo insindacabile giudizio, a contri-

⁵ Non si confonda il modello, come tale assolutamente generico, della Corte di Revisione con le Corti Supreme di matrice germanica, comunemente definite «di Revisione»: invero, a dispetto della terminologia utilizzata, sebbene (come osservato) esse tradizionalmente si interessino della correttezza della decisione emessa *inter partes*, tuttavia il controllo da queste esercitato ha sempre riguardato profili di mero diritto. In argomento si veda M. TARUFFO, *Le Corti supreme europee: accesso, filtri, selezione*, in *Le Corti supreme. Atti del convegno*, cit., p. 100 s.

buire all'affermazione di una certa dottrina; viceversa, laddove la Corte svolga una funzione essenzialmente di controllo dei diversi presupposti su cui si basa la decisione impugnata – modelli *sub* (2) e (b) – la sussistenza di strumenti *lato sensu* selettivi non pare compatibile, se non forse in un'ottica «organizzativa», nel senso di agevolare, tramite la predisposizione di eventuali *fast tracks* paralleli a quello ordinario, il lavoro della Corte.

1.3. Segue: ruolo svolto dalla Corte di ultima istanza e caratteri degli strumenti selettivi predisposti dall'ordinamento: una relazione biunivoca

In realtà, quando dall'elaborazione teorica si passa al confronto con il dato empirico, emerge un insieme di situazioni assai più sfumato e variegato.

Invero, se pure vi sono (ancora) esempi di Corti che possono essere ascritte al modello «pubblico» – e la Corte suprema americana senz'altro ne costituisce il paradigma –, così come si individuano tutt'oggi Corti che perseguono finalità di tipo esclusivamente «privato»⁶, tuttavia in molti ordinamenti europei si assiste ad una progressiva metamorfosi nelle funzioni tipicamente svolte dalle Corti di vertice.

Così, da una parte, istituzioni che tradizionalmente si occupavano della «giustizia del caso concreto» hanno incominciato a tenere in debita considerazione anche finalità più ampie, quali l'applicazione uniforme del diritto orientata essenzialmente al rispetto di valori – uno per tutti, il principio di uguaglianza – di rango costituzionale⁷: il riferimento è, in particolare, al *Bundesgerichtshof* il quale, sebbene nasca e si sviluppi come Corte di ultima istanza (modello *sub* (2)), si è tuttavia nel tempo trasformato, anche per la particolare posizione di vertice di un sistema di tipo federale, in istituzione interessata a perseguire, per la più parte, la «conservazione della unità giurisprudenziale e lo sviluppo del diritto»⁸; e in effetti, scorrendo le diverse disposizioni dello ZPO che regolano l'accesso alla Corte emerge che questo può in concreto avvenire solo se la questione presentata risulti «di importanza fondamentale», ovvero contribuisca all'«evoluzione del diritto», ovvero ancora appaia rilevante nella prospettiva di assicu-

⁶ In argomento, e per ulteriori spunti comparatistici, si veda A. GALIČ, *A civil law perspective on the Supreme Court and its functions*, consultabile al sito <http://colloquium2014.uw.edu.pl>.

⁷ In argomento cfr. M. TARUFFO, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 761, secondo cui «emerge (...) una tendenza molto diffusa secondo la quale le corti supreme continuano bensì a svolgere la loro funzione 'privata' consistente nella decisione delle singole controversie che vengono sottoposte al loro esame, ma la loro funzione preminente diventa quella 'pubblica', che consiste nell'interpretare la legge nella prospettiva di applicazione uniforme del diritto».

⁸ In tal senso cfr. M. PANZAROLA, *La cassazione civile giudice del merito*, I, Giappichelli, Torino, 2005, p. 265.

rare «uniformità nell'interpretazione giurisprudenziale»⁹.

Viceversa, ordinamenti le cui Corti – secondo i modelli di cui *supra sub* (1) (a) – sarebbero chiamate a perseguire finalità essenzialmente «pubbliche» si sono rivelati, anche in tempi piuttosto recenti in cui il ruolo della Corte ha assunto dimensioni rilevanti, particolarmente restii nel fornire alle medesime strumenti di filtro veri e propri: è il caso, ad es., della Francia, la cui disciplina di accesso alla *Cour de Cassation* – la quale peraltro non trova, così come da noi, esplicita garanzia nella Costituzione – prevede, più che altro, un sistema di definizione più flessibile e preliminare per i ricorsi che presentano determinate caratteristiche, ciò che peraltro non priva le parti della disamina «nel merito» dei medesimi (e delle correlate garanzie di contraddittorio) da parte di una composizione ristretta della Corte (c.d. *Formation Restreinte*)¹⁰.

Quanto appena osservato, a parere di chi scrive, dimostra e al contempo rafforza la rilevanza dell'approfondimento delle diverse tecniche di selezione dei ricorsi, inteso non solo come esame delle peculiarità procedurali all'uopo predisposte, ma altresì come passaggio necessario per una corretta comprensione delle Corti di vertice globalmente considerate: invero, se talvolta l'identificazione *ex ante* del ruolo ascrivibile ad una Corte di ultima istanza può rivelare molto sulla necessità e sul correlato utilizzo di criteri selettivi da parte della medesima, spesso altrettanto rilevante per comprendere appieno la funzione in concreto esercitata appare la verifica degli stessi parametri utilizzati per regolare l'accesso, i quali possono risultare in grado di svelare *duties* che, al di là della denominazione formale attribuita all'istituzione e dei modelli in cui tradizionalmente si inserisce, questa di fatto svolge.

1.4. La Corte di Cassazione italiana e il «filtro»: osservazioni preliminari e rinvio

Nel panorama appena descritto la nostra Corte di Cassazione potrebbe, a buon diritto, assurgere a rappresentante di quel fenomeno di «ibridazione» cui si accennava in precedenza.

Invero, essa presenta un po' tutti i caratteri che di norma vengono utilizzati per distinguere i diversi modelli di Corte di vertice: da una parte, sembra dover perseguire una finalità eminentemente «pubblica», riservando l'art. 65 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 (disposizioni che regolano l'Ordinamento Giudiziario) alla medesima il compito di perseguire, *inter alia*, «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge», oltretutto «l'unità del diritto oggettivo nazionale» (cfr. la funzione di cui *supra sub* (1)); allo stesso tempo la Cassazione è innegabilmen-

⁹ Cfr., al riguardo, *infra*, cap. VI, par. 6.4.

¹⁰ V., *infra*, cap. VI, par. 6.5.

te anche una Corte di ultima istanza (modello *sub* (2)), dal momento che completa naturalmente il possibile *iter* processuale e una specifica disposizione costituzionale – l'art. 111, comma 7 – garantisce «sempre» ad ogni cittadino il ricorso in Cassazione per violazione di legge contro le sentenze (e i provvedimenti limitativi della libertà personale)¹¹.

Ma non solo: va altresì rilevata una certa ambivalenza nelle modalità di tutela fornite dalla Corte, la quale si pone tanto come giudice di mera legittimità (*supra sub* (a)), essendo chiamata ad occuparsi delle sole questioni giuridiche sottese alla fattispecie concreta – e del resto i motivi tassativamente indicati all'art. 360 c.p.c. rispecchiano siffatta impostazione – che «di merito» (*supra sub* (b)), pur con le dovute precisazioni: in effetti, oltre al fatto di potersi pronunciare in via rescissoria ogniqualvolta non risultino necessari «ulteriori accertamenti di fatto» secondo quanto dispone l'art. 384, comma 2, c.p.c., non si può dimenticare che la Corte abbia più volte sperimentato la prassi – la quale, per inciso, potrebbe venire limitata dalla recente riforma del 2012 la quale, intervenendo sul motivo di ricorso di cui al n. 5 dell'art. 360 ne ha inteso limitare le doglianze al solo caso di omissione di pronuncia¹² – di servirsi del controllo sulla motivazione per compiere, in via surrettizia, una revisione del giudizio di fatto.

Gli effetti di una situazione così «incerta», che ha finito per tradursi negli ultimi decenni in una netta prevalenza della funzione «privata» a scapito delle finalità «pubbliche», sono sotto gli occhi di tutti e si misurano in termini di massiccia (se non sterminata) produzione giurisprudenziale, tale da avvicinare il repertorio della Corte, così come ha affermato in modo colorito la dottrina, a una sorta di «supermarket» ove le parti, con un po' di attenzione, possono sempre trovare il «precedente» che meglio si addice a supportare le proprie ragioni¹³; di elevato numero di contrasti fra le diverse Sezioni; di imprevedibilità delle decisioni; disfunzioni tutte che si traducono, a loro volta, in un ulteriore incremento del già elevato tasso di litigiosità¹⁴.

Certamente, in un sistema nel quale più forze si muovono in direzioni opposte, parlare di *case selection* è evidentemente impresa oltremodo complessa, così come immaginare un meccanismo che sia in grado di temperare entrambe le

¹¹ In argomento cfr., *infra*, cap. IV, parr. 4.1. e 4.2.

¹² In argomento cfr., *infra*, cap. V, par. 5.17.

¹³ Cfr. al riguardo S. CHIARLONI, *I compiti fondamentali della Corte Suprema di Cassazione, l'eterogeneità dei fini nascente dalla garanzia costituzionale del diritto al ricorso e le recenti riforme*, in www.ordineavvocatorino.it.

¹⁴ Per un'analisi dei principali contrasti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione cfr. G. MONETA, *Conflitti giurisprudenziali in Cassazione. I contrasti della Cassazione civile dal settembre 1993 al dicembre 1994*, Cedam, Padova 1995; ID., *Mutamenti nella giurisprudenza della Cassazione Civile. Ottocentosessantasette casi di contrasto nel quinquennio 1988-1992*, Cedam, Padova, 1993; ID., *La cassazione civile e i suoi contrasti di giurisprudenza del 1990*, in *Contr. e impresa*, 1992, p. 1245 ss.

esigenze – di nomofilachia e di garanzia individuale – si rivela più che altro una utopica illusione; non è dunque un caso che, come accennato e come si vedrà meglio nel corso della trattazione, lo strumento scelto dal legislatore per tentare di razionalizzare il lavoro della Corte – scevro da qualsiasi carattere *lato sensu* selettivo – si concentri esclusivamente su determinate modifiche procedurali, talvolta francamente poco comprensibili, al fine di riservare la cognizione «piena» ai soli ricorsi che *prima facie* appaiano correttamente elaborati e, al contempo, presentino questioni dal carattere (e dall'esito) «non manifesto».

Tuttavia, una scelta «a monte» pare ormai indifferibile: se davvero si intende salvare la nostra Corte da una deriva cui sembra inesorabilmente avviata è necessario assumere una linea chiara e definita su quale ruolo si intenda, *pro futuro*, farle esercitare: se il perseguimento della «nomofilachia» – e allora il modello statunitense potrebbe servire al bisogno – oppure l'espletamento di un ulteriore (e ultimo) controllo sulla correttezza delle decisioni rese dalle Corti inferiori – cosa che peraltro presupporrebbe un ripensamento dell'intero sistema delle impugnazioni civili, a partire dalla stessa idea di impugnazione di legittimità sino ad arrivare ai caratteri dell'appello, le cui maglie di recente si sono invece particolarmente ristrette, con ciò provocando ulteriori ricadute sul successivo giudizio di Cassazione¹⁵ –. *Tertium*, quantomeno *in posterum, non datur*.

¹⁵ Il riferimento è alla legge 7 agosto 2012, n. 134 con la quale è stato introdotto il c.d. «filtro in appello», per i cui riferimenti si rimanda al successivo cap. V, par. 5.17., n. 163.

CAPITOLO II

LA UNITED STATES SUPREME COURT: COMPOSIZIONE, ATTIVITÀ, FUNZIONI

SOMMARIO: 2.1. La *United States Supreme Court*: inquadramento e caratteri generali. – 2.2. *Segue*: modalità di nomina dei *Justices* e garanzie di indipendenza. – 2.3. Il ruolo eminentemente pubblico della Corte e la necessità di selezionare i casi da definire nel merito. – 2.4. Strumenti di selezione dei ricorsi e tecniche di non decisione: alcune precisazioni.

2.1. La *United States Supreme Court*: *inquadramento e caratteri generali*

La Corte suprema degli Stati Uniti non solo rappresenta il grado più elevato della giurisdizione, ma svolge altresì (e al contempo) rilevanti funzioni di «*polycymaking*» destinate a incidere in maniera significativa sul diritto (nazionale) e sui diritti (dei cittadini). Essa appare sin dal primo sguardo istituzione poliedrica e complessa: invero, abituati come siamo a confrontarci quotidianamente con i caratteri tipici della nostra Corte di vertice – di dimensioni ragguardevoli¹ e di natura eminentemente «impersonale», nonché orientata, per la più parte, alla tutela delle specificità individuali della singola questione – e con i relativi meccanismi – spesso particolarmente «tortuosi» –, nel momento in cui ci si avvicina al massimo organo giurisdizionale statunitense diviene necessario preventivamente spogliarsi della totalità di simili «preconcetti».

In effetti, della Corte americana si possono predicare proprio le caratteristi-

¹ Al riguardo la Corte di Cassazione italiana è composta da cinque Sezioni civili (più la nuova sezione VI, più semplicemente definita «Sezione-filtro») e sette penali (oltre all'eventualità di una pronuncia a Sezioni Unite); ma anche le altre Corti di ultima istanza europee presentano un complesso organigramma: così, ad es., la *Cour de Cassation* francese è composta da tre *Chambres civiles*, da una *Chambre commerciale, financière et économique*, da una *Chambre sociale* e da una *Chambre criminelle*; il *Tribunal Supremo* spagnolo consta di 5 *Salas*: *Civil*, *Penal*, *Contencioso Administrativo*, *Social* e *Militar*; infine, in Germania il *Bundesgerichtshof*, organo supremo della giustizia federale per la sola giurisdizione ordinaria (si contano, in effetti, altre cinque Corti supreme in relazione alle diverse tipologie di questioni affrontate), si compone di 25 *Senate*, di cui 12 si occupano delle controversie civili (*Zivilsenate*), 5 di quelle penali (*Strafsenate*) e le restanti 8 di natura specializzata.

che opposte: è istituzione composta di soli nove membri, per di più nominati «a vita»; i meccanismi previsti per la disamina dei ricorsi sono sì formalizzati in apposite *Supreme Court Rules*, ma si tratta di norme elaborate dagli stessi giudici – espressione, quindi, di un vero e proprio *rule making power* – sulla base di principi quali efficienza e rapidità delle decisioni²; le decisioni – *opinions* – non provengono genericamente (soltanto) dalla «Corte», bensì (ciò che peraltro costituisce prassi comune alla famiglia di *common law*) portano il nome di chi le ha in concreto redatte³; infine, cosa forse ancor più interessante, la Corte suprema non va propriamente intesa come «di ultima istanza» nella misura in cui non intende occuparsi di ogni ricorso che venga sottoposto alla sua attenzione. A tale ultimo riguardo si può ricordare quanto già accennato in precedenza, ovvero che la Corte, a fronte di una media di circa 8-9.000 ricorsi pervenuti ogni anno, ne esamini nel merito solamente circa 70-80⁴.

Prima, peraltro, di analizzare più da vicino lo strumento – il *writ of certiorari* – che permette ai giudici supremi di poter operare un così incisivo *screening* dei ricorsi e, soprattutto, di capire quali siano i motivi alla base di una tanto rigida selezione, si rendono necessarie alcune considerazioni dapprima sulla posizione della Corte suprema all'interno del sistema giudiziario federale – nonostante tutto, si tratta pur sempre (salvo alcune eccezioni) di una *appellate court* – e, successivamente, sul ruolo – il quale, come già precisato, può rivelare molto sul meccanismo in concreto adottato – che essa svolge nell'ordinamento.

Tralasciando per ora questo secondo aspetto, va anzitutto rilevato come la Corte si collochi all'apice di un sistema giudiziario complesso⁵ ove alle Corti di primo e secondo grado e alle Corti supreme statali si affiancano altrettanti giudici distrettuali e di circuito, nonché la stessa Corte suprema federale⁶.

² Basti pensare, ad es., al fatto che, a partire dal 1929, la Corte stabilì che ogni caso avrebbe dovuto essere deciso nello stesso *term* (l'equivalente, in un certo senso, del nostro anno giudiziario) nel quale fosse stato esaminato e «briefly argued»: cfr., al riguardo, M. CORDRAY & R. CORDRAY, *The Calendar of the "Justices": how the Supreme Court's timing affects its decisionmaking*, in 36 *Ariz. St. Law J.*, 2004, p. 194.

³ Non solo; oltre all'«*opinion of the Court*», riconducibile ad uno dei giudici che rappresenta e riproduce la volontà della maggioranza della Corte, sovente si riscontrano anche «*dissenting opinions*» ove la minoranza della Corte esprime, sempre a titolo personale, le proprie diverse concezioni sulla questione affrontata.

⁴ Cfr., da ultimo, i dati contenuti nelle statistiche ufficiali raccolte in *Journal of the Supreme Court of the United States, 2014 Term*, consultabili al sito <http://www.supremecourtus.gov/orders/journal.html>.

⁵ Si è al riguardo parlato di dualismo perfetto tra giudiziario nazionale e locale: in tal senso cfr. V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale, I, Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, 2004, p. 319.

⁶ In questa prospettiva gli Stati Uniti differiscono da altri sistemi federali come, ad es., Svizzera e Germania ove, invece, gli organi giudiziari federali si trovano solamente al vertice della gerarchia giudiziaria.

In particolare, a livello statale la struttura e l'organizzazione delle Corti – sebbene sussistano particolarità legate alle scelte sovrane di ciascuno Stato – rispecchia, in genere, la classica tripartizione in tre gradi di giudizio: le *trial courts* di primo grado, le *appellate courts* d'appello (con la precisazione che in almeno un terzo degli Stati non è tuttavia previsto il segmento intermedio⁷ e una Corte suprema statale⁸. Più articolato è invece il discorso relativo alle modalità di scelta dei giudici, rilevandosi numerose procedure di selezione attualmente vigenti nei diversi Stati: di solito, comunque, questi vengono alternativamente eletti dai cittadini ovvero nominati dal Governatore e sottoposti a successiva conferma o da parte popolare ovvero delle assemblee legislative locali⁹.

A livello federale, invece, il dato normativo cui far riferimento è *in primis* la Costituzione la quale, all'art. III comma 1, istituisce la Corte suprema, conferisce al Congresso il potere di stabilire corti federali inferiori e determina le garanzie di indipendenza dei giudici¹⁰.

Tale ultimo potere venne dal legislatore esercitato, nel 1789, mediante il noto *Judiciary Act*, il quale ha posto le basi dell'organizzazione giudiziaria federale che, pur avendo subito numerose modifiche attraverso successivi interventi legislativi, ha comunque mantenuto intatte le caratteristiche essenziali ivi concepite.

Al riguardo, la giurisdizione si articola in due ordini di corti intermedie: le c.d. *District Courts*, di primo grado, e le c.d. *Circuit Courts of Appeals*, in grado di impugnazione: le prime sono 94 e vi afferiscono, complessivamente, circa 600 giudici; in ciascuno Stato è presente almeno una *District Court* la quale opera, generalmente, come organo monocratico.

Le seconde sono 13, di cui 11 articolate su ambiti territoriali¹¹, cui devono

⁷ Così, ad es., gli Stati di Nevada e Montana prevedono un solo appello nei confronti delle sentenze delle proprie *trial courts*, ovvero quello alle rispettive Corti supreme.

⁸ Anche i nomi delle corti possono variare da Stato a Stato: così, in quello di New York, la *trial court* è chiamata *Supreme Court*, l'*appellate court* *Supreme Court Appellate Division* mentre l'ultima istanza è nota come *New York Court of Appeals*; in Pennsylvania, il primo grado prende il nome di *Court of common pleas*, il secondo grado si divide tra due ordini di corti, ovvero la *Superior Court* e la *Commonwealth Court* mentre l'ultimo grado è rappresentato dalla *Supreme Court*.

⁹ Ad es., in California il Governatore sottopone il nome di un candidato alla valutazione di una apposita *commission on qualifications*; se la scelta viene approvata, il candidato esercita le proprie funzioni per un anno, trascorso il quale si presenta all'elettorato per la conferma e, se confermato, resta in carica per dodici anni. In altri Stati, invece (ad es., il New Jersey e il Maine), la nomina del Governatore viene sottoposta al previo consenso del Senato statale. In argomento, cfr. il sito www.judicialselection.us, che riporta le differenti modalità di selezione in vigore nei 50 Stati americani.

¹⁰ A norma dell'art. III, sec. 1, *U.S. Constitution*, «the judicial power of the United States, shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The judges, both of the supreme and inferior courts, shall hold their offices during good behaviour, and shall, at stated times, receive for their services, a compensation, which shall not be diminished during their continuance in office».

¹¹ In particolare, gli undici circuiti sono così ripartiti: (1) Maine, New Hampshire, Massachusetts,

aggiungersi il *District of Columbia* ed il *Federal Circuit*, giudice d'appello contro le decisioni delle corti specializzate e contro le decisioni delle numerose *administrative agencies*; vi appartengono, circa, 200 giudici ed operano tramite organi collegiali, composti da 3 membri, sebbene talvolta le decisioni vengano assunte *en banc*, cioè con la partecipazione di tutti i *judges* della Corte.

La Corte suprema, al vertice della gerarchia federale, è a sua volta composta da otto *Associate Justices* e da un *Chief Justice*¹²; è appena il caso di rilevare che, in relazione alla particolare rilevanza della posizione e del ruolo svolto dalla Corte, i suoi componenti vengono identificati con l'appellativo di *Justice*, a differenza di tutti gli altri giudici federali che sono, più semplicemente, *judges*.

Si accennava, poco sopra, al fatto che la Corte, di norma, opera come *appellate court*¹³, ciò che si verifica tanto nei confronti delle decisioni emesse da una *Circuit Court of Appeal*¹⁴, che di quelle pronunciate dalle corti statali di ultima istanza.

In realtà, e con ciò incominciando a circoscrivere i *duties* della Corte, così come tutte le corti federali essa è dotata di *limited jurisdiction*, ovvero può esercitare il proprio *jurisdictional power* solo con riferimento alle tipologie di casi espressamente elencati nella Costituzione: in linea generale, si tratta di controversie in cui si applichi il diritto federale (c.d. *federal question jurisdiction*) o di controversie tra cittadini appartenenti a stati diversi dell'Unione (c.d. *diversity jurisdiction*)¹⁵. In aggiunta, la giurisdizione federale può essere esercitata – nei

Rhode Island, Puerto Rico; (2) Vermont, New York, Connecticut; (3) Pennsylvania, New Jersey, Delaware, Maryland, Virgin Islands; (4) West Virginia, Virginia, North Carolina, South Carolina; (5) Mississippi, Louisiana, Texas; (6) Michigan, Ohio, Kentucky, Tennessee; (7) Illinois, Indiana, Wisconsin; (8) North Dakota, South Dakota, Nebraska, Minnesota, Iowa, Missouri, Arkansas; (9) California, Nevada, Arizona, Montana, Oregon, Washington, Idaho, Alaska, Hawaii; (10) Wyoming, Utah, Colorado, Kansas, New Mexico, Oklahoma; (11); Alabama, Georgia, Florida; cfr., al riguardo, il sito www.uscourts.gov.

¹² Il numero dei *Justices* è definito con legge ordinaria dal Congresso, ciò che costituisce un esempio di quei «checks and balances» nei rapporti tra i diversi poteri dello Stato.

¹³ V'è una limitata ipotesi di *original jurisdiction* della Corte, stabilita dalla stessa Costituzione all'art. III, sec. 3: «in all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls, and those in which a state shall be party, the Supreme Court shall have original jurisdiction»; cfr., altresì l'*United States Code*, sec. 28 (di seguito, per brevità, 28 U.S.C.) par. 1251, per i cui riferimenti v. la successiva nt. 17.

¹⁴ In tal caso, a ciascun *Justice* è assegnata la competenza su uno o più circuiti: v., al riguardo, 28 U.S.C. § 42 e il sito www.supremecourtus.gov/about/about.html.

¹⁵ In particolare, l'art. III, sec. 2, U.S. Constitution così recita: «the judicial power shall extend to all cases, in law and equity, arising under this Constitution, the laws of the United States, and treaties made, or which shall be made, under their authority; to all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls; to all cases of admiralty and maritime jurisdiction; to controversies to which the United States shall be a party; to controversies between two or more States; between a state and citizens of another state; between citizens of different states; between citizens of the same state claiming lands under grants of different states, and between a state, or the citizens thereof, and foreign states, citizens or subjects».

limiti appena esposti e in ossequio al principio del «case or controversy» stabilito dall'art. III della Costituzione – solo in presenza di situazioni idonee ad incidere sulla sfera giuridica delle parti: in particolare, secondo la prevalente interpretazione, l'attore deve effettivamente lamentare un danno o comunque un pregiudizio «di fatto», non potendo la Corte (e, in generale, ogni tribunale federale) emettere sentenze puramente *advisory* (c.d. *injury in fact*); siffatto danno deve potersi correlare, in maniera verosimile, al comportamento tenuto dal convenuto (c.d. *causation*); infine, la Corte deve disporre della possibilità di emettere un provvedimento che possa in qualche modo sanare la situazione ovvero attribuire una forma di risarcimento all'attore (c.d. *redressability*)¹⁶.

Su questa base – peraltro già circoscritta – opera, a sua volta, il procedimento di accesso alla Corte tramite il *certiorari*, principale strumento di «non decisione» a disposizione della medesima: invero, come si avrà occasione di meglio specificare in seguito, la giurisdizione della Corte ha progressivamente mutato il proprio carattere da *mandatory* a *discretionary*, facendo del *writ* l'unica via di accesso – discrezionale – alla eventuale ulteriore *review* nel merito.

Al riguardo, l'attuale formulazione dell'*United States Code*¹⁷ *sec.* 1254 subordina la possibilità di impugnare una decisione resa da una *Circuit Court*, in linea generale, al «writ of certiorari granted upon the petition of any party to any civil or criminal case, before or after rendition of judgment or decree»¹⁸; mentre la *sec.* 1257, con riferimento questa volta alle sentenze emesse da una *State Court of last resort*, afferma che «final judgments or decrees rendered by the highest court of a State in which a decision could be had, may be reviewed by the Supreme Court by writ of certiorari where the validity of a treaty or statute of the United States is drawn in question or where the validity of a statute of any State is drawn in question on the ground of its being repugnant to the Constitution, treaties, or laws of the United States, or where any title, right, privilege, or immunity is specially set up or claimed under the Constitution or the treaties or statutes of, or any commission held or authority exercised under, the United States»¹⁹.

¹⁶ In argomento si veda, a partire dal *leading case* *Muskrat v. United States*, 219 U.S. 346 (1911), da ultimo, *Hollingsworth v. Perry*, 570 U.S. (2013); *DaimlerChrysler Corp v. Cuno*, 547 U.S. 332, 341 (2006); *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555 (1992); *Diamond v. Charles*, 476 U.S. 54 (1986). Sull'estrinsecazione del principio del «case or controversy» v., nel dettaglio, *infra*, par. 2.4.

¹⁷ Il quale costituisce una sorta di «testo unico generalizzato», contenente l'insieme, suddiviso per materia, di tutti i provvedimenti emanati dal Congresso; è consultabile al sito <http://uscode.house.gov>.

¹⁸ 28 U.S.C. § 1254; in realtà, la norma individua un ulteriore meccanismo di accesso alla Corte, ovvero quello tramite *certification*; tuttavia, come si vedrà nel successivo cap. III, par. 3.1., la Corte ha, di fatto, abolito la predetta strada.

¹⁹ 28 U.S.C. § 1257: si nota, dunque, che mentre le sentenze rese da una *Circuit Court* sono generalmente – salvo i limiti che si vedrà in seguito – impugnabili innanzi alla Corte suprema, le

Pertanto, qualora la parte soccombente nel giudizio *a quo* intenda tentare il *final appeal* alla Corte suprema, dovrà prima (domandare e) ottenere dalla stessa un *writ* – il *certiorari*, per l'appunto – ossia uno strumento che, nella tradizione di *common law* delle corti regie inglesi, attribuiva alla parte (un po' come le antiche *formulae* del processo privato romano) un determinato diritto²⁰: il *certiorari*, in particolare, rientrava nell'ambito dei c.d. *extraordinary writs* – di natura (come suggerisce la denominazione stessa) eccezionale ed ottenibile dietro pagamento di una elevatissima somma di danaro – tramite il quale una corte superiore imponeva ad un giudice inferiore la trasmissione dei *records* relativi ad una certa controversia al fine di verificare la sussistenza di irregolarità o errori che potessero giustificare una ulteriore *review* nel merito.

Oggi il *modus operandi* alla base della concezione del *writ* risulta, in un certo senso, ribaltato – non è più la Corte ad ordinare la trasmissione della sentenza pronunciata (e della relativa documentazione) al fine di identificare eventuali *misstatements of law* bensì è il ricorrente a domandare, e a supportare adeguatamente la propria richiesta, che la medesima si convinca a ulteriormente rivedere il caso –; nondimeno il primigenio carattere, ovvero il *certiorare*, lo scegliere il caso da rivedere, è rimasto sostanzialmente il medesimo.

Si tratta, come accennato, di un metodo di accesso governato non soltanto da una pressoché totale discrezionalità, ma anche dalla *secrecy* che permea tutto il relativo procedimento: in altre parole la Corte non soltanto – libera da qualsiasi influenza o pressione – può valutare e selezionare i casi che intende revisionare²¹, ma si guarda altresì dal fornire motivazioni a supporto delle proprie scelte. Si vedrà come la totalità dei provvedimenti di diniego – c.d. *cert. denials* – riportano solamente l'esito della *review*, ovvero la semplice formula del *cert. denied*, con ciò privando i ricorrenti di qualsiasi indizio il quale potrebbe risultare utile a «convincere» i *Justices*, tramite la propria *petition*, che la questione su cui insi-

sentenze delle Corti supreme statali in tanto sono impugnabili in quanto abbiano messo in discussione uno *statute* federale, ovvero riguardino situazioni in cui si discute della compatibilità tra uno *statute* statale e la Costituzione o altri atti normativi federali.

²⁰ In origine questo consisteva in un ordine del sovrano diretto allo *Sheriff* o al *Lord*, volto a sottrarre un determinata controversia alle corti locali da costoro presiedute: si trattava, dunque, di una sorta di «avocazione». Con il passare del tempo, tuttavia, esso si trasformò in qualcosa di molto più importante: invero, il *writ* diventa lo strumento necessario per la tutela di un diritto, nel senso che in tanto un diritto sussiste in quanto esista un *writ* che lo contempla. L'attore che intende adire la giustizia regia deve pertanto necessariamente procurarsi un *writ* che al contempo preveda e tuteli la propria situazione giuridica: cfr., al riguardo, V. VARANO, V. BARSOTTI, *op. cit.*, p. 248 ss.

²¹ Invero i criteri che dovrebbero informare l'attività di *case selection*, ovvero quelli indicati alla *Supreme Court Rule* 10 (d'ora in avanti, S.C.R. 10), sono particolarmente vaghi e, in ultima analisi, di scarso aiuto per tutti coloro che intendano presentare un ricorso «di ultima istanza»: sul punto v. più in dettaglio, *infra*, cap. III, par. 3.13.

ste la decisione contestata è meritevole di essere rivista nel merito²².

Nel rinviare alla successiva trattazione la disamina, da una parte, degli aspetti processuali «noti» del *certiorari* e, da altra parte, del contributo offerto in argomento dalla dottrina americana, la quale in molteplici occasioni ha tentato di portare alla luce gli aspetti maggiormente cruciali della selezione discrezionale, è tuttavia appena il caso di rilevare il diverso panorama in cui si inserisce la *case selection* negli Stati Uniti.

Invero, mentre in Italia si è discusso anche animatamente sulla riforma del processo civile del 2009 che, come noto, ha inteso introdurre una sorta di «filtro» – peraltro sprovvisto di connotazioni discrezionali – per i ricorsi in Cassazione²³, e più in generale il tema della riduzione del carico di lavoro delle corti superiori è sempre all'ordine del giorno, la dottrina americana sembra meno interessata alla questione della discrezionalità «se decidere», trovando invece maggiormente rischioso, non soltanto nella prospettiva delle parti ma anche nei confronti della stessa progressione del diritto interno, un erroneo utilizzo della discrezionalità della Corte «nel decidere» un caso: la discrezionalità «in entrata» viene, in altre parole, considerata con minor diffidenza poiché ritenuta meno incisiva di quella che si esplica nell'interpretazione del dato normativo.

I motivi di tale atteggiamento sono riconducibili a molteplici fattori: in primo luogo, negli Stati Uniti v'è una spiccata tendenza alla «giuridicizzazione della politica»: in un sistema ove il giudice esercita un ruolo per certi versi creativo, oltre che interpretativo, del diritto, le corti vengono dai cittadini percepite come soggetti che più facilmente della politica sono in grado di pervenire al riconoscimento di nuove situazioni giuridiche soggettive; si tende, allora, a favorire e implementare il più possibile il *self restraint* dei giudici «non politicamente responsabili[i], per meglio giustificare la funzione creativa all'interno di una organizzazione democratica»²⁴.

In secondo luogo, come sopra accennato, la Corte suprema e le corti federali nascono dotate di *limited jurisdiction*, così come statuisce l'art. III della Costituzione federale: vi sarebbe, dunque, quasi «una presunzione di competenza delle corti statali» cosicché «l'intervento del giudice federale [deve] considerarsi eccezionale»²⁵.

In terzo luogo, e con specifico riferimento alla *Supreme Court*, vengono in rilievo considerazioni legate alla c.d. *Judicial Review* – per tale intendendosi la veri-

²² Che l'impresa sia ardua lo dimostrano le stesse statistiche ufficiali della Corte sopra citate alla nota n. 4: la percentuale di «successo» non oltrepassa lo 0,1-0,3% dei casi.

²³ Cfr. il nuovo art. 360 *bis* c.p.c., su cui v., più in dettaglio, *infra*, nel cap. 5.

²⁴ Così V. BARSOTTI, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 30.

²⁵ EAD., *op. ult. cit.*, p. 31.

fica di compatibilità delle norme di legge con la Costituzione federale – e ai relativi caratteri²⁶: in particolare, essendo il controllo di costituzionalità di tipo «diffuso», *id est* compiuto da tutti i giudici nel momento in cui sono chiamati ad applicare una norma ad una fattispecie concreta, una (ulteriore) pronuncia della Corte suprema in relazione a determinate *issues* idonee a coinvolgere diritti costituzionalmente garantiti non è sempre ritenuta elemento imprescindibile di tutela; invero, in tutti i casi in cui la Corte decida di «non decidere» varrà comunque per tutti la statuizione già resa in argomento dalle *Circuit Courts* la quale vincolerà, per il futuro, i giudici inferiori nell'applicazione del principio in discussione.

Last but not least va ricordato non solo che il *writ of certiorari* nasce e si sviluppa nell'ambito di quei *prerogative writs*, di matrice anglosassone, i quali venivano dal giudice rilasciati in maniera assolutamente discrezionale²⁷; ma anche che, nella stessa tradizione di *common law* l'impugnazione – ed in particolar modo il *final appeal* – non è di norma considerata un diritto per il ricorrente²⁸.

2.2. Segue: modalità di nomina dei Justices e garanzie di indipendenza

La particolare modalità di selezione dei membri della Corte suprema rispecchia la differente posizione che essi – e più in generale i giudici statunitensi – ricoprono rispetto ai colleghi delle corti continentali.

Invero, mentre nel nostro Paese (ma lo stesso vale, in sostanza, per tutti gli ordinamenti di *civil law*) il giudice è figura in un certo senso «professionale» nel senso che chiunque, purché in possesso dei requisiti di legge e previo superamento di concorso nazionale, può ambire a percorrere la carriera giudiziale, negli Stati Uniti soltanto coloro che si sono previamente distinti nella «pratica» del diritto – rispettabili avvocati ma anche eminenti docenti universitari – posseggono una *chance* di salire al *bench*, così garantendo, qualora effettivamente sele-

²⁶ In argomento cfr., *infra*, nel medesimo cap., par. 2.3. n. 38; cfr., altresì, V. BARSOTTI, *op. cit.*, p. 31.

²⁷ Tradizionalmente si trattava di strumenti che permettevano al sovrano di esercitare la propria supremazia su tutte le autonomie locali (i vari signori feudali): oltre al *certiorari*, si ricordano il *writ of mandamus*, con cui veniva intimato ad una autorità inferiore di compiere un atto dovuto, il *writ of prohibition*, con cui, invece, si inibiva ad una autorità inferiore la possibilità di compiere un atto di spettanza di quest'ultima e l'*habeas corpus*, tramite il quale si sindacava la legittimità del provvedimento con cui un soggetto veniva privato della propria libertà. In argomento cfr. E. JENKS, *The Prerogative Writs in English law*, in 32 *Yale Law J.*, 1923, p. 523 ss.

²⁸ Così, ad es., in Inghilterra l'accesso alla *Supreme Court of the United Kingdom* è subordinato ad un apposito *leave*, rilasciato dalla *Court of Appeal*, ovvero, in determinate circostanze, anche dalla stessa *Supreme Court*: in dottrina, cfr. N. ANDREWS, *The United Kingdom Supreme Court: a final appellate court created in haste and without manifest need*, in C. BESSO, S. CHIARLONI (a cura di), *Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, p. 107 ss.

zionati, una maggior qualità delle decisioni assunte; inoltre, l'investitura avviene per il tramite o di pubbliche elezioni (come osservato in reazione alle magistrature statali) ovvero (per quanto concerne i giudici federali) di una selezione (discrezionale) compiuta dal potere esecutivo (sebbene, si vedrà a breve, condizionata dal legislativo), ciò che agli occhi di un giurista europeo costituisce elemento difficilmente conciliabile con l'autonomia che deve sempre contraddistinguere l'attività del giudice.

In effetti, volendo limitare il discorso alle sole magistrature federali, l'idea che una controversia possa essere esaminata e decisa da un soggetto nominato dal Governo, dunque sulla base delle indicazioni pervenute da un determinato partito politico, creerebbe una certa agitazione nel nostro panorama giudiziario; al contrario, negli Stati Uniti il problema dell'indipendenza del giudicante in relazione alle modalità di investitura pare trovare una efficace risoluzione nell'art. III, sec. 1, della Costituzione, a norma del quale «the judges, both of the supreme and inferior courts, shall hold their offices during good behaviour, and shall, at stated times, receive for their services, a compensation, which shall not be diminished during their continuance in office».

In estrema sintesi, da una parte il fatto che la durata dell'incarico sia prevista «a vita» garantirebbe una valutazione delle controversie maggiormente serena e soprattutto scevra da considerazioni e timori legati alla propria carriera; da altra parte, la previsione secondo cui lo stipendio dei magistrati non può essere riveduto al ribasso metterebbe i giudici al riparo da eventuali «ritorsioni» dell'esecutivo nei confronti di pronunce in qualche modo sgradite²⁹. A dimostrazione dell'efficacia del sistema così predisposto basti pensare alla nota vicenda c.d. «Watergate» ove il Presidente Nixon è stato «messo in stato d'accusa» da parte di una Corte il cui *Chief Justice* – Warren Burger – era stato in precedenza voluto e nominato proprio dallo stesso Nixon. In quell'occasione il *Chief Justice*, sebbene inizialmente intendesse pronunciarsi in favore del Presidente, a seguito di molteplici (e talvolta accesi) confronti con i colleghi si convinse ad assumere la determinazione della maggioranza della Corte, emettendo così una sentenza (tra l'altro) all'unanimità che, costringendo Nixon a consegnare al *public prosecutor* Jaworski i documenti comprovanti intercettazioni illegali avvenute presso la sede del partito democratico, portò il Presidente a dimettersi quindici giorni dopo³⁰.

²⁹ In argomento cfr., *inter alios*, R. BADEN GINSBURG, *Reflections on the independence, good behavior, and workload of federal judges*, in 55 *Univ. Colorado Law Rev.*, 1983, 1 ss.; P.L. DUBOIS, *From Ballot to Bench – Judicial Elections and the Quest for Accountability*, University of Texas Press, Austin, 1980; S. ERVIN, *Separation of power: judicial independency*, in 35 *Law & Contemp. Probs.*, 1970, p. 108 ss.; I.R. KAUFMAN, *The essence of judicial independence*, in 80 *Colum. Law Rev.*, 1980, p. 671 ss.; ID., *Chilling judicial independence*, in 88 *Yale Law J.*, 1979, p. 681 ss.; P. KURLAND, *The constitution and the tenure of federal judges: some notes from history*, in 36 *Univ. Chi. Law Rev.*, 1969, p. 655 ss.

³⁰ Al riguardo cfr. altresì, *infra*, cap. III, par. 3.19.

Si è accennato al fatto che i giudici federali vengono scelti dall'esecutivo, ciò che si verifica anche per i membri della Corte suprema: in questo caso, anzi, trattandosi di una facoltà destinata ad incidere sugli equilibri della Corte, essa viene effettuata direttamente dal Presidente degli Stati Uniti³¹, ogniqualvolta un componente della Corte, per morte o dimissioni, venga meno al proprio incarico. Solitamente la preferenza del Presidente si dirige verso soggetti del suo stesso orientamento politico, anche se spesso non sono mancate considerazioni «di equilibrio» ad orientarne la scelta: così, ad es., si è talvolta privilegiata l'idea di una Corte i cui componenti fossero rappresentativi delle varie aree territoriali del Paese, così come non sono infrequenti i casi nei quali l'accento, in sede di *appointment*, sia stato rivolto a garantire la compresenza, nell'istituzione, delle diverse *ethnic minorities* che popolano la Nazione³².

In ogni caso, si sottolinea nuovamente come la possibilità per il Presidente di nominare un *Supreme Court Justice* sia estremamente rilevante poiché permette a quest'ultimo di caratterizzare le *policies* della Corte: sebbene questa rimanga istituzione indipendente, tuttavia il fatto che la maggioranza risulti di provenienza «democratico-progressista» o «repubblicano-conservatrice» produce inevitabilmente determinati effetti sugli *outcomes* della Corte, specie ogniqualvolta essa sia chiamata a definire l'esistenza e l'ampiezza di nuovi diritti e forme di tutela sollevati da (più o meno rappresentativi) settori della società.

Se, dunque, la scelta presidenziale costituisce condizione necessaria per la nomina, tuttavia essa non è da sola sufficiente affinché la persona individuata possa effettivamente assumere l'incarico: invero, essa necessita di essere successivamente confermata dal Senato tramite una particolare procedura che si svolge innanzi ad un apposito *Judiciary Committee*. Va al riguardo ricordato che il controllo esercitato dalla Camera alta – espressione di quei *checks and balances* che caratterizzano l'intero impianto istituzionale americano³³ – lungi dal porsi come mera ratifica formale delle determinazioni assunte dall'esecutivo, assume invece contorni decisamente penetranti: in effetti, il *prospective Justice* è chiamato – in seduta pubblica – a rispondere a una fitta serie di domande, anche molto circostanziate, sia per giustificare le proprie determinazioni in relazione a questioni già decise dal medesimo (nell'ipotesi in cui esso abbia sino a quel momento ricoperto il ruolo di *federal judge*), sia per sondare l'orientamento del soggetto in

³¹ Per quanto concerne invece la nomina dei *Federal Judges* il Presidente solitamente delega tale incarico all'*Attorney General*.

³² Cfr., ad es., da ultimo la nomina del *Justice Sotomayor*, primo giudice «ispanico» in forza al collegio; si ricorda inoltre la nomina, da parte del Presidente Clinton, di Ruth Ginsberg, prima donna di religione ebraica a rivestire il ruolo di *Associate Justice*.

³³ In argomento cfr. H.J. MERRY, *Five-Branch government: the full measure of constitutional checks and balances*, University of Illinois Press, Urbana, 1980; M.J.C. VILE, *Constitutionalism and the separation of power*, Liberty Fund, Indianapolis, 1998.

relazione ad importanti casi in passato affrontati dalla Corte³⁴. E che si tratti di procedimento particolarmente incisivo nei modi e negli esiti lo dimostrano i numerosi casi – almeno 40 – nei quali il Presidente è stato costretto a individuare (più di un) altro candidato, avendo il Senato espresso parere negativo sulla figura originariamente individuata³⁵.

2.3. *Il ruolo eminentemente pubblico della Corte e la necessità di selezionare i casi da definire nel merito*

Soffermandoci, più da vicino, sulle funzioni in concreto svolte dalla «highest court of the land»³⁶ – non senza aver previamente precisato come tale disamina, considerata la vastità dell'argomento, sarà necessariamente «orientata», vale a dire limitata ai rapporti tra ruolo della Corte e finalità proprie della *case selection* – è possibile individuare almeno quattro aree di compiti ascrivibili alla Corte. Questa, in particolare:

1. garantisce l'uniformità del diritto federale. Si tratta di una funzione fondamentale: la legge nazionale deve, infatti, essere applicata non solo correttamente, ma soprattutto in egual modo in tutti gli Stati e, poiché spesso i giudici delle corti federali intermedie pervengono a conclusioni differenti sul significato da dare alle singole disposizioni di legge – c.d. «split in the circuits» – i *Justices* si pongono quali garanti ultimi della coerenza stessa del sistema giudiziario federale;

2. assicura uniformità tra il diritto federale e quello statale: la Corte deve vigilare affinché i singoli Stati, nell'agire loro riservato dalla Costituzione federale, non oltrepassino tuttavia i limiti loro imposti³⁷;

3. risolve eventuali conflitti tra il potere esecutivo e quello legislativo: in un'epoca di frizioni e divisioni all'interno dei poteri dello Stato, sempre più spesso la

³⁴ Al riguardo basta osservare quanto accaduto con l'*appointee* del Presidente Obama in sostituzione del *Justice* Souter, Sonia Sotomayor, la quale – per dirla utilizzando le parole dei giornali – «ha sfiorato le lacrime» di fronte alle domande sempre più incalzanti dei Senatori.

³⁵ Cfr., al riguardo, la pagina dedicata alle *Supreme Court Nominations* del sito del Senato degli Stati Uniti, disponibile all'indirizzo www.senate.gov/pagelayout/reference/nominations/Nominations.htm, ove è possibile reperire tutte le nomine (con il relativo *outcome*) dal 1789 ad oggi effettuate da parte del Presidente.

³⁶ Così, J. GOLDBERG, *One Supreme Court: it doesn't need its cases screened*, in *The New Republic*, 1973, p. 16; W. REHNQUIST, *The Changing role of the Supreme Court*, in *14 Fla. St. Univ. Law Rev.*, 1987, p. 2.

³⁷ Il *Justice* Holmes, al riguardo, aveva affermato che la Nazione potrebbe sopravvivere anche se alla Corte suprema non fosse attribuito il potere di dichiarare la legge federale incostituzionale, ma sarebbe in pericolo se la Corte non potesse invalidare la legge statale: cfr. C. GRASSLEY, *The role of the Supreme Court*, in *26 Univ. Rich. Law Rev.*, 1992, p. 449.

Corte è chiamata a rivestire il ruolo di arbitro nelle dispute tra Congresso e Presidente;

4. verifica se l'azione esecutiva o legislativa sia in contrasto con la Costituzione federale: questa funzione è, senza dubbio, quella che più caratterizza – e contraddistingue – la Corte suprema americana rispetto alla nostra Corte di Cassazione. Si tratta della c.d. *Judicial Review*, ovvero del compito di verificare la compatibilità con la Costituzione della legislazione federale e statale³⁸, tramite la quale la Corte si è posta non solo quale interprete ultimo di una carta costituzionale suscettibile di molteplici letture, ma – secondo parte della dottrina – anche quale «vindicator of all constitutional claims»³⁹.

³⁸ Il controllo di costituzionalità, negli Stati Uniti, si caratterizza proprio per il fatto di essere «diffuso»: non esiste un giudice costituzionale *ad hoc*, ma la verifica è svolta da tutti i giudici ordinari nel momento in cui devono risolvere una controversia concreta. In questo panorama si inserisce altresì l'operare della regola dello *stare decisis*: nonostante la possibilità di più pronunce di costituzionalità (magari anche contrastanti), una volta che la questione giunga all'attenzione della Corte suprema tramite il sistema delle impugnazioni, la decisione di quest'ultima vincolerà tutti i giudici inferiori. Va ricordato che il giudizio di legittimità costituzionale delle leggi federali e statali non è espressamente previsto dalla Costituzione, ma venne per la prima volta affermato dal *Chief Justice* Marshall nella celeberrima sentenza *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), in cui statui, *inter alia*, che «the constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law: if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power, in its own nature illimitable (...). It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each (...). This is the very essence of judicial duty». Sulla *Judicial Review*, cfr., in dottrina, S. BREYER, *Judicial review of questions of law and policy*, in 38 *Admin. Law Rev.*, 1986, p. 363 ss.; B. FRIEDMAN, *The politics of judicial review*, in 84 *Tex. Law. Rev.*, 2006, p. 257 ss.; L. JAFFE, *Judicial review: question of law*, in 69 *Harv. Law Rev.*, 1956, p. 239 ss.; H. WELLINGTON, *The nature of judicial review*, in 91 *Yale Law J.*, 1982, p. 486 ss.; J. WRIGHT, *Courts and the rulemaking process: The limits of judicial review*, in 59 *Cornell Law Rev.*, 1974, p. 375 ss.

³⁹ Che la Corte suprema americana sia il foro idoneo per la protezione dei diritti dei singoli contro l'azione governativa è sempre stato un tema particolarmente dibattuto e controverso. Senza alcuna pretesa di esaustività, si riportano di seguito – sebbene per sommi capi – le diverse visioni elaborate in dottrina: da un lato, v'è chi ritiene che la Corte sia il supremo «guarantor of individual and minority group rights» nei confronti dell'azione governativa, federale e statale. In particolare, negli ultimi anni è stato rilevato, da più parti, un deciso «cambiamento di rotta» negli obiettivi della Corte: dai «principles of economic field» del *welfare state*, ai «civil rights and personal liberties» (cfr., tra gli altri, A. COX, *The role of the Supreme Court: judicial activism or self restraint?*, in 47 *Md. Law Rev.*, 1988, p. 118 ss.; C. GRASSLEY, *op. cit.*, p. 450; N. STROSSEN, *The Supreme Court's role: guarantor of individual and minority group rights*, in 26 *Univ. Rich. Law Rev.*, 1992, p. 467 ss.). Da altro lato v'è chi, invece, ritiene che – a ben vedere – la Corte sia «part of the dominant national alliance», e, pertanto, essa inevitabilmente ne supporti le «major policies» (R. DAHL, *Decision-making in a democracy: the Supreme Court as National Policy-Maker*, in 6 *J. Pub. Law Rev.* 1957, p. 279 ss.). Questo non significa, tuttavia, che essa non abbia un proprio spazio di manovra: utilizzando le parole di Dahl, «the Court is not simply an agent of the alliance.

Si conferma così l'idea precedentemente accennata, ovvero che la Corte sia stata sin dall'inizio concepita in modo da assicurare la tutela di valori – il rispetto della Costituzione, l'uniformità del sistema federale – di rango «superiore» rispetto al diritto dei litiganti di ottenere un nuovo riesame nel merito della propria vicenda al fine di ottenere una «giusta» decisione – c.d. funzione di «error correction» –.

Del resto, che la Corte sia una «non-political institution» il cui compito consisterebbe, esclusivamente, nel ripristinare la legalità di ogni caso sottoposto alla propria attenzione e che ogni «disappointed litigant» avrebbe, di conseguenza, il diritto di portare la propria vicenda «all the way to the Supreme Court»⁴⁰ risulta, più che altro, una «popular mythology» negli Stati Uniti⁴¹, la quale in realtà, e come spesso capita, si rivela erranea sotto molteplici aspetti.

A tacere del fatto che, come già riportato, la giurisdizione della Corte è costituzionalmente «limitata», sono gli stessi *Justices* ad aver in più occasioni ribadito che la loro funzione non è tanto di correggere gli errori delle corti inferiori, quanto di «clarifying the law»: al riguardo, il *Chief Justice* Taft, in maniera quasi perentoria, così si esprime: «no litigant is entitled to more than two chances, namely to the original trial and to a review, and the intermediate courts of review are provided for that purpose. When a case goes beyond that, *it is not primarily to preserve the rights of the litigants*. The Supreme Court's function is for the purpose of *expounding and stabilizing principles of law for the benefit of the*

It is an essential part of the political leadership and possesses some bases of power of its own, the most important of which is the unique legitimacy attributed to its interpretations of the Constitution [...]. It follows that within the somewhat narrow limits set by the basic policy goals of the dominant alliance, the Court can make national policy. Its discretion, then, is not unlike that of a powerful committee chairman in Congress who cannot, generally speaking, nullify the basic policies substantially agreed on by the rest of the dominant leadership, but who can, within these limits, often determine important questions of timing, effectiveness, and subordinate policy. Thus the Court is least effective against a current lawmaking majority – and evidently least inclined to act. It is most effective when it sets the bounds of policy for officials, agencies, state governments or even regions, a task that has come to occupy a very large part of the Court's business»: ID., *op. cit.*, p. 293.

⁴⁰ Così D.M. PROVIN, *Case selection in the United States Supreme Court*, University of Chicago Press, Chicago, 1980, p. 42; S. ESTREICHER & J. SEXTON, *Redefining the Supreme Court's Role: a theory of managing the federal judicial process*, Yale University Press, New Haven, 1986, p. 1.

⁴¹ Così K. SMITH, *Certiorari and the Supreme Court agenda: an empirical analysis*, in 54 *Okl. Law. Rev.*, 2001, p. 738. Cfr., altresì, S. ESTREICHER & J. SEXTON, *op. cit.*, p. 1, secondo cui «the popular view of the Supreme Court of the United States is exactly what its name implies. It is the High Court of Justice, the ultimate guarantor of the rule of law, ever ready to correct the errors of subordinate courts and ensure a just result in each case. The image of the innocent death-row inmate saved from execution by an eleventh-hour order from the Court is a powerful one – but simply an aspect of the generally held view that the 'Justices' are there for any litigant willing to take his case 'all the way to the supreme court'».

people of the country, passing upon constitutional questions and other important questions of law for the public benefit»⁴².

In aggiunta, se si considerano le tipologie di decisioni (e di questioni) di cui la Corte ha dichiarato, nelle proprie *Rules*⁴³, di volersi occupare – ovvero, si vedrà meglio in seguito, una sentenza che abbia «entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort» ovvero, ancora, allorquando «a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court»⁴⁴ – ci si rende conto che non tutti gli errori di cui sia affetta una sentenza sono, per quel sol fatto, ritenuti meritevoli di attenzione dalla Corte; al contrario, le situazioni cui fanno riferimento i *Justices* si riconnettono a questioni di più ampio respiro della semplice «ingiustizia» del caso concreto.

Una volta appurato, dunque, che i *Justices* non hanno mai inteso occuparsi – almeno direttamente – del merito della controversia, bensì lavorare per promuovere una corretta e coerente evoluzione del diritto federale, la sussistenza nell'ordinamento americano di strumenti «di non decisione» incomincia ad acquisire una propria legittimazione: è proprio grazie alla disponibilità del *certiorari* (e delle altre tecniche di selezione) che la Corte può identificare e concentrarsi sulle sole *issues* maggiormente idonee a fondare una determinata dottrina o a chiarire e stabilizzare un proprio precedente.

Ciò peraltro non esaurisce il novero delle giustificazioni a sostegno degli strumenti di *case selection*: così, ad es., parte della dottrina si rifà ad un diverso concetto – quello della correzione (non già di un «legal error», bensì) di «ideological errors» – per definire il *modus operandi* dei *Justices* e la conseguente necessità di operare una cernita delle diverse *petitions*.

Partendo dal presupposto che la legge è spesso indeterminata (e che quindi l'attività della Corte non può ridursi a semplice «applying the law»), siffatta incertezza attribuirebbe alla Corte la possibilità di esercitare una sorta di «judicial

⁴² Cfr. *Hearings before the House Comm. on the Judiciary*, 67th Cong. (1925), 2. Tale concezione è poi stata confermata anche dal c.d. «Freund Committee», una commissione di giuristi (professori e avvocati) nominata per studiare possibili meccanismi deflattivi del *docket* della Corte: «we accept and underscore the traditional view that the Supreme Court is not simply another court of errors and appeals. Its role is a distinctive (...) one to define and vindicate the rights guaranteed by the Constitution, to assure the uniformity of federal law, and to maintain the constitutional distribution of powers in our federal union»: v. *Federal Judicial Center, Report of the Study Group on the Caseload of the Supreme Court*, Washington, 1972, p. 577 s. In argomento cfr., altresì, *infra*, par. 3.1.

⁴³ Si tratta di norme processuali di cui la stessa Suprema Corte si è dotata: sul punto v. più in dettaglio, *infra*, cap. III, par. 3.2.

⁴⁴ Cfr. la S.C.R. 10, consultabile al sito www.supremecourtus.gov/ctrules/ctrules.html.

discretion», ovvero di promuovere e portare avanti determinate scelte di politica del diritto: in quest'ottica, una decisione erronea sul piano ideologico è quella «which is not in harmony with the Justice's underlying political, social, economic, religious or philosophical belief structure»⁴⁵.

Da ciò deriva che il *writ* è destinato ad assumere (anche) una valenza «strategica», consentendo ai *Justices* di individuare e selezionare, tra i numerosi casi che ogni mese vengono sottoposti alla loro attenzione, quei soli che riguardino materie e *issues* su cui la Corte sente la necessità, in un dato periodo storico, di pronunciarsi al fine di sanare eventuali scorrettezze «di sostanza» alla base della decisione⁴⁶.

V'è poi un terzo aspetto, nel ruolo esercitato dalla Corte, che sembra giustificare anch'esso la presenza (e l'utilizzo) del *certiorari* (e che costituisce, in un certo senso, la risposta all'«ideological error model»).

Si è detto che i *Justices* tendono a svolgere, tramite le proprie decisioni, una vera e propria funzione di «*policymaking*»; ciò accade soprattutto nei casi in cui la Corte è chiamata a risolvere una questione di costituzionalità.

Invero, come già accennato, la Costituzione americana – per origine e formazione storica – è un testo di tipo «aperto»⁴⁷; tramite la *Judicial Review* la Corte

⁴⁵ K. SMITH, *op. cit.*, p. 741; cfr., altresì, S. BRENNER, J. KROL, *Strategies in Certiorari voting on the United States Supreme Court*, in 51 *J. of Pol.*, 1989, p. 828, secondo cui l'«ideological error-correction model» «assumes a direct, positive relationship between voting to grant certiorari and voting to reverse [-thus, correcting the ideological error-] at the final vote on the merits»; con riferimento all'impatto di «non-legal influences», quali personali convinzioni e ideologie, sul «decisionmaking» dei *Justices* v., tra gli altri, L. GIBSON, *From simplicity to complexity: the development of theory in the study of judicial behaviour*, in 5 *Pol. Behav.*, 1983, p. 7 ss., che si occupa del peso sul comportamento dei *Justices* di fattori quali il *background* sociale, i valori e la personalità; in argomento cfr. altresì S. GOLDMAN & T. JAHNIGE, *The federal courts as a political system*, Harper & Row, New York, 1985, p. 134 ss.; T. GEORGE, L. EPSTEIN, *On the nature of the Supreme Court decision making*, in 86 *Am. Pol. Sc. Rev.*, 1992, p. 323 ss., i quali, sempre con riferimento alle «non-legal influences», parlano di «extralegal model» e affermano che i *Justices*, nell'emettere le proprie decisioni, dovrebbero sempre tener presente i mutamenti nei valori e nell'etica della società; J. SEGAL & H. SPAETH, *The Supreme Court and the attitudinal model*, Cambridge University Press, New York, 1993, p. 65 ss., ove si afferma che la Corte «decides disputes in light of the facts of the case vis-à-vis the ideological attitudes and values of the Justices».

⁴⁶ Numerosi studi tendono a dimostrare che la presenza di un «ideological error» incrementerebbe le possibilità di rilascio del *certiorari*: tra gli altri v., ad es., C. ARMSTRONG & A. JOHNSON, *Certiorari decisions by the Warren and Burger Courts: is cue theory time bound?*, in 15 *Polity*, 1982, p. 141 ss.; L. BAUM, *Policy goals in Judicial gatekeeping: a proximity model of discretionary jurisdiction*, in 21 *Am J. Pol. Sc.*, 1977, p. 13 ss.; ID., *Judicial demand – Screening and decisions on the merits: a second look*, in 7 *Am. Pol. Quart.*, 1979, p. 109 ss.; J. PALMER, *An econometric analysis of the U.S. Supreme Court's certiorari decisions*, in 39 *Pub. Choice*, 1982, p. 387 ss.; D. SONGER, *Concern for Polity outputs as a cue for Supreme Court decisions on certiorari*, in 41 *J. of Pol.*, 1979, p. 1185 ss.

⁴⁷ Si parla, a tale proposito, di clausole costituzionali aperte e di diritto costituzionale giuri-

non solo restituisce vigore ed attualità alle disposizioni della carta fondamentale in modo tale da adattare ai nuovi diritti e situazioni che, di volta in volta, necessitano di tutela⁴⁸ ma, allo stesso tempo, compie precise scelte di politica del diritto.

Siffatto comportamento tuttavia porta con sé un rischio, ovvero quello di sancire surrettiziamente la «superiority of the judicial to the legislative power»⁴⁹; in altre parole, i *Justices*, tramite la *Judicial Review* e lo «striking down» degli *statutes*, «may substitute their own pleasure to the constitutional intentions of the legislature»⁵⁰. Lo stesso *Justice Hughes*, già nel 1909, avvertiva del suesposto pericolo: «we are under the Constitution, but the Constitution is what the judges say it is»⁵¹.

Il problema è, dunque, quello di una possibile «frizione» tra Corte suprema, da un lato, e «democratic rule» dall'altro: quanto più la Corte interviene nel dibattito politico con le proprie pronunce «policyoriented», tanto più il suo operare confligge con la «majority rule» che informa ogni sistema democratico⁵².

sprudenziiale: cfr., al riguardo, R. BERGER, *The role of the Supreme Court*, in 3 *U.A.L.R. Law J.*, 1980, p. 1 ss.; A. COX, *op. cit.*, p. 130; R. DAHL, *op. cit.*, p. 280; J. ELY, *Constitutional interpretivism: its allure and impossibility*, in 53 *Ind. Law J.*, 1978, p. 399 ss.; C. WITTAKER, *The Role of the Supreme Court*, in 17 *Ark. Law Rev.*, 1963, p. 300.

⁴⁸ Basti pensare, ad es., al concetto di «due process of law», presente nel XIV emendamento: se questo, a rigore, riguarda la necessità che ogni giudizio risulti *fair* sotto il profilo tecnico-processuale (e, quindi, che ogni cittadino abbia diritto al contraddittorio, ad una giuria rappresentativa della società e ad un giudice terzo ed imparziale: c.d. «procedural due process»), la Corte ha via via esteso il novero delle garanzie a questo ascrivibili. Con la nota pronuncia *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1962), ad es., essa ha previsto che dovesse rientrare nell'ambito di applicazione della norma anche il diritto all'assistenza legale gratuita, e ciò non solo avuto riguardo ai procedimenti penali federali, ma anche a quelli statali. Sull'attività interpretativa della Corte cfr., più in dettaglio, A. COX, *op. cit.*, p. 130.

⁴⁹ In questi termini si esprime A. HAMILTON nel famoso scritto *The Federalist*, n. 78, 1788, p. 524 [trad. it. a cura di G. Sacerdoti-Mariani, Giappichelli, Torino, 1997, 392].

⁵⁰ A. HAMILTON, *op. cit.*, p. 526: egli, tuttavia, era convinto della «buona fede» dei giudici, che avrebbero seguito scrupolosamente le disposizioni adottate dai Padri fondatori di Philadelphia nel 1789.

⁵¹ C. HUGES, *Speech before Elmira Chamber of Commerce*, in *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, governor of New York 1906-1908*, GP Putnam & Sons, New York, 1908, p. 133; cfr., altresì, la posizione di F. Roosevelt e F. Frankfurter, secondo cui «people have been taught to believe that when the Supreme Court speaks it is not they who speak but the Constitution, whereas, of course, in so many vital cases, it is *they* who speak and *not* the Constitution. And I verily believe that is what the Country needs most to understand»: v. M. FRIEDMAN (a cura di), *Roosevelt and Frankfurter, their Correspondence 1928-1945*, Little Brown, Boston, 1967, p. 383.

⁵² In argomento, v. W. BISHIN, *Judicial review in democratic theory*, in 50 *S. Cal. Law Rev.*, 1978, p. 1099 ss.; E. ELHAUGE, *Does interest group theory justify more intrusive judicial review?*, in 101 *Yale Law J.*, 1992, p. 31 ss.; J. GRANO, *Judicial review and a written constitution in a democratic society*, in 28 *Wayne Law Rev.*, 1982, p. 1 ss.; G. GUNTHER, *Subtle Vices of the Passive Virtues-A Comment on Principle and Expediency in judicial review*, in 64 *Colum. Law Rev.*, 1964, p. 1 ss.; J. MEEKS, *Symposium: judicial review versus democracy: foreword*, in 42 *Ohio St. Law J.*, 1981, p. 1 ss.; M. RE-

Per questi motivi parte della dottrina ritiene che la Corte, per preservare il proprio ruolo – e soprattutto l'effettività delle future decisioni – dovrebbe cercare, per quanto possibile, di astenersi dalla decisione (c.d. *judicial self restraint*) ogniquale volta le proprie determinazioni si pongano in contrasto con la volontà del Congresso o dei singoli Stati e non vi sia un palese conflitto tra le disposizioni costituzionali e gli *statutes* in discussione⁵³.

In particolare, a supporto del(la teoria del) *judicial self restraint* sono state addotte, essenzialmente, le seguenti tre motivazioni:

1. «limitations of institutional competency»: la Corte, si afferma, non solo non potrebbe legittimamente comportarsi «like a legislator» ma, anche qualora intendesse farlo, non avrebbe neppure le capacità per porre in essere decisioni di natura «politica»: da un lato, infatti «the Court does not have the requisite fact-finding machinery and therefore cannot acquire the pertinent knowledge upon which intelligent social action must be based»⁵⁴; da altro lato, la «*Judicial Review* is a blunt in-

DISH, *Judicial review and the political question*, in 79 *Nw. Univ. Law Rev.*, 1985, p. 1031 ss.; F. SCHARPF, *Judicial review and the political question, a functional analysis*, in 75 *Yale Law J.*, 1966, p. 517 ss. Come ebbe a dire, nel 1767, il *Chief Justice* Hutchinson della Corte suprema del Massachusetts: «the Judges should never be legislators. Because then the Will of the judge would be the law: and this tend to a state of slavery»: cfr. M. HOROWITZ, *The Emergence of an instrumental conception of american law*, in D. FLEMING, B. BAILYN (a cura di), *Five perspective in American History*, Harvard University, Cambridge, 1971, p. 292. Sebbene, dunque, in linea di principio, ai *Justices* sia impedito di sostituire la propria volontà con quella di un Congresso espressione della volontà popolare, cionondimeno parte della dottrina americana riconosce che la Corte, soprattutto negli ultimi decenni, ha reso decisioni di natura più «politica» che meramente «giurisdizionale»: e ciò è tanto più vero ogniquale volta la questione in esame tocchi un aspetto fortemente dibattuto nella società (come lo sono stati, ad es., i casi relativi alla segregazione razziale e come lo sono oggi quelli relativi alla «economic regulation» o ai «civil rights»). La Corte, dunque, nel decidere le questioni di costituzionalità, inevitabilmente ha scelto, e sceglie, tra determinate «policies», quella che – in quel dato periodo storico – «derive from their own predispositions or those of influential clienteles and constituents»: in tal senso v. R. DAHL, *op. cit.*, p. 280. Ciò deriva da numerose concause, tra le quali almeno due meritano di esser ricordate: innanzitutto il fatto che i *Justices*, sebbene siano dotati di autonomia e indipendenza, sono pur sempre magistrati nominati dal Presidente degli Stati Uniti (e sottoposti poi a «conferma» da parte del Senato) il quale, inevitabilmente, cercherà di portare all'interno della Corte persone le cui idee rispecchino quelle del proprio schieramento politico; e, non da ultimo, il fatto che si tratta di soggetti i quali vengono scelti sulla base della grande esperienza maturata nelle proprie precedenti attività, dunque esponenti di un pensiero giuridico ben determinato e sedimentato negli anni: non a caso si suole affermare che, in realtà, la Corte Suprema non sarebbe «una» istituzione, bensì sarebbe composta da nove separate *law firms*.

⁵³ Sul punto v. V. BARNETT, *Constitutional interpretation and judicial self-restraint*, in 39 *Mich. Law Rev.*, 1941, p. 213 ss.; R. CATTERALL, *Judicial self-restraint: the obligation of the judiciary*, in 42 *A.B.A.J.*, 1956, p. 829 ss.; A. COX, *op. cit.*, p. 118 ss.; R. POSNER, *The meaning of judicial self-restraint*, in 59 *Ind. Law J.*, 1984, p. 1 ss.; F. RIBBLE, *Some aspects of judicial self-restraint*, in 26 *Vand. Law Rev.*, 1940, p. 981 ss.

⁵⁴ Così J. WRIGHT, *The role of the Supreme Court in a democratic society – Judicial activism or restraint?*, in 54 *Cornell Law Rev.*, 1968, p. 3; anche se sovente la Corte utilizza determinati stru-

strument. The Court cannot make the subtle, delicate, and in a sense arbitrary, distinctions and discriminations which the legislature can, and frequently must, make»⁵⁵; da altro lato, ancora, «the Court, having the power neither of the purse nor the sword, must rely on the legislative and executive branches of government to enforce its directives»⁵⁶;

2. «adverse effects on popular responsibility»: ulteriore pericolo insito in un comportamento «politico» della Corte sarebbe poi da ricollegare ad una sfera essenzialmente etica: invero, le istituzioni democratiche – di fronte ad un siffatto operare della Corte – avvertirebbero meno, nel loro agire, i limiti loro imposti dalla Costituzione, poiché vi sarà comunque un (eventuale) controllo *a posteriori*⁵⁷;

3. «the Court as an undemocratic institution»: questo argomento, cui si accennava in precedenza, si basa sul fatto che la Corte è organismo «oligarchico», addirittura (secondo alcuni) una «deviant institution in the American democracy»(!)⁵⁸; perciò, «except in the most compelling situations, it should allow the representative bodies to act, or not act, as they choose»⁵⁹.

Tramite il *self restraint*, dunque, si perseguono rilevanti obiettivi: si tutelano

menti per avere una maggiore conoscenza dei fatti, quali ad es. gli *amicus curiae briefs*: su tali memorie v., *infra*, cap. III, par. 3.4.

⁵⁵ J. WRIGHT, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁶ J. WRIGHT, *op. cit.*, p. 4; l'autore conclude, quindi, nel senso che «where the choice is between the Court struggling alone with a social issue and the legislature dealing with it expertly, legislative action is to be preferred»; tuttavia, uno spazio di manovra riservato alla Corte è possibile individuarlo ogniqualvolta «the legislature simply cannot or does not act to correct an unconstitutional status quo».

⁵⁷ Significative, al riguardo, risultano le parole di James Thayer: «[L]egislatures are growing accustomed to this [judicial] distrust and more and more readily inclined to justify it, and to shed the considerations of constitutional restraints (...) turning that subject over to the courts (...). The people, all this while, become careless as to whom they send to the legislature [and come to depend on] these few wiser gentlemen on the bench (...) to protect them against their more immediate representatives (...). [T]he [consequent exercise of the power of judicial review], even when unavoidable, is always attended with a serious evil, namely, that the correction of legislative mistakes comes from the outside, and the people thus lose the political experience, and the moral education and stimulus that comes from fighting the question out in the ordinary way, and correcting their own errors. The tendency (...) is to dwarf the political capacity of the people, and to deaden its sense of moral responsibility»: cfr. J. THAYER, *John Marshall*, Boston, 1901, p. 103 s. Anche in questo caso, comunque, la Corte sarà chiamata ad intervenire ogniqualvolta «substantial rights are at stake which the legislative process cannot or will not vindicate»: così J. WRIGHT, *op. cit.*, p. 4.

⁵⁸ A. BICKEL, *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*, New Haven, 1986, p. 18.

⁵⁹ Va, peraltro, chiarito che quest'ultimo argomento – dei tre – è in realtà il più debole, poiché, come è stato affermato, nell'ordinamento americano non sempre si può parlare di regole democratiche in senso proprio: basti pensare alla stessa elezione dei senatori, due per Stato, indipendentemente dal numero dei relativi abitanti, oppure ai poteri, spesso molto penetranti, delle numerose agenzie amministrative.

le prerogative statali e locali, dovendo la Corte «proceed[ing] slowly in using vague constitutional phrases to set aside state laws or local ordinances in favor of national rules»⁶⁰; si predilige un sistema che si forma «step by step», tramite i precedenti e gli interventi legislativi, piuttosto che tramite «the individual views of one judge or even a majority of nine Justices»⁶¹; si raggiunge – cosa forse più importante – quell'effettività essenziale per le pronunce di una Corte che, «lacking power of the purse or the sword, must rely upon the power of legitimacy – upon the capacity to evoke uncoerced assent and strong public support»⁶².

In questa prospettiva il *writ* e, in generale, gli strumenti di «non decisione» acquisiscono, nuovamente, un ruolo di primo piano, consentendo alla Corte di (opportunamente) astenersi dall'intervenire nel dibattito relativo alle questioni più delicate della vita politica statunitense ovvero, qualora la vicenda necessiti di una decisione, di poter, in ogni caso, valutare e graduare tempi e modalità del proprio intervento⁶³.

In aggiunta agli obiettivi sin'ora svelati della *case selection* – individuare casi che presentino «important federal question[s]»⁶⁴; correggere «ideological-errors»; cogliere il momento più opportuno per affermare una determinata «policy» – non va infine dimenticato che l'introduzione del *writ* nell'ordinamento statunitense (e il suo evolversi nel corso degli anni, dalla fine dell'800 ad oggi) si sviluppa altresì come risposta alle dimensioni che il *docket* della Corte ha progressivamente assunto nel corso degli anni, ai fini di limitare la cognizione dei *Justices* in considerazione delle limitate risorse a loro disposizione.

In effetti, come si vedrà nel successivo capitolo III, sino alla fine dell'800 la giurisdizione della Corte era di tipo essenzialmente obbligatorio – «mandatory» – e i *Justices* dovevano pronunciarsi nel merito su tutte le questioni che venivano loro presentate; a lungo andare la situazione si fece tuttavia così ingestibile da determinare il collegio a chiedere a più riprese al Congresso, dapprima, l'adozione di provvedimenti che potessero in qualche modo arginare il numero dei ricorsi⁶⁵ e, successivamente, non soddisfatto dei risultati⁶⁶, a farsi promotore esso

⁶⁰ A. COX, *op. cit.*, p. 122.

⁶¹ ID., *op. cit.*, p. 122.

⁶² ID., *op. cit.*, p. 122.

⁶³ Al riguardo, un eminente studioso della Corte Suprema quale Alexander Bickel ha definito il *writ of certiorari*, unitamente agli altri strumenti di «non decisione», vere e proprie «virtù passive» della Corte (sul punto, v. più in dettaglio, *infra*, cap. III, par. 3.14.); ma v. E. HARTNETT, *Questioning Certiorari: some reflections seventy-five years after the Judges' Bill*, in 100 *Colum. Law Rev.*, 2000, p. 1648, laddove ricorda che la vasta discrezionalità «se decidere» attribuita alla Corte tramite il *writ of certiorari* «is difficult (if not impossible) to reconcile with the classic justification for judicial review, whereby the power to say what the law is flows from the duty to decide the case».

⁶⁴ S.C.R. 10, cit.

⁶⁵ Il riferimento è al *Circuit Court of Appeal Act* del 1891, con il quale vennero istituite Corti federali intermedie d'appello: cfr., *infra*, cap. III, par. 3.1.

stesso di una riforma che attribuisse alla Corte il potere di selezionare – tramite il *certiorari* – quali casi decidere⁶⁷. Il *writ of certiorari* fa quindi il suo ingresso nell'ordinamento americano (anche) «quale vero eroe dello sgravio della Corte da un insostenibile carico di lavoro»⁶⁸.

2.4. Strumenti di selezione dei ricorsi e tecniche di non decisione: alcune precisazioni

Sebbene il *writ of certiorari* rappresenti il principale strumento di *case selection* a disposizione della Corte, non va tuttavia dimenticato che vi sono anche altri meccanismi in concreto utilizzabili per decidere «di non decidere» i quali, sebbene meno peculiari se confrontati al primo, tuttavia vanno seppur brevemente menzionati in questa sede.

Il riferimento va alle c.d. *doctrines of justiciability*, le quali trovano fondamento nel già citato requisito, sancito all'art. III della Costituzione federale, del «case or controversy» che tradizionalmente si declina nelle diverse nozioni di matrice giurisprudenziale di *standing*, *ripeness* e *mootness*.

In particolare, e in estrema sintesi, tramite lo *standing* si individua quello che da noi verrebbe definito come l'insieme di interesse e legittimazione ad agire dell'attore, che potrà adire il giudice solamente qualora presenti un «sufficient stake (...) to obtain judicial resolution of that controversy»⁶⁹, ovvero quando si affermi titolare di un diritto leso o comunque contestato dalla controparte (*injury in fact*) e il provvedimento giudiziale risulti l'unico modo (*redressability*) per ripristinare la situazione di fatto e di diritto cagionata dal convenuto (*causation*).

Se lo *standing* attiene al «chi» possa promuovere una determinata azione, gli altri due requisiti si connettono invece al «quando» questa possa essere esercitata: invero, *ripeness* e *mootness* tendono ad assicurare, rispettivamente, che gli elementi su cui verte la controversia risultino attuali e non meramente ipotetici al momento della domanda e che la necessità di tutela permanga inalterata sino alla fase conclusiva del procedimento (i.e. non devono essere nel frattempo intervenute vicende estintive del conflitto medesimo).

Le suesposte nozioni, in realtà, solo in linea di massima descrivono i requisiti necessari di accesso alla *federal jurisdiction*, risultando in effetti suscettibili di

⁶⁶ Si è parlato, al riguardo, di «workload crisis»: cfr. M. STURLEY, *Observation on the Supreme Court's certiorari jurisdiction in intercircuit conflict cases*, in 67 *Tex. Law Rev.*, 1989, p. 1251; v., altresì, E. GRISWOLD, *Rationing justice*, cit., p. 335 ss.

⁶⁷ Il riferimento è al *Judges' Bill*: v., *infra*, cap. III, par. 3.1.

⁶⁸ Così U. MATTEI, *L'imperialismo del writ of certiorari: il tramonto della giurisdizione obbligatoria nella U.S. Supreme Court*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 134.

⁶⁹ *Sierra club v. Morton*, 405 U.S. 727, 731 (1972).

molteplici interpretazioni – particolarmente circoscritte ovvero, per converso, talmente generalizzate da risultare difficilmente compatibili con l'idea di concretezza sottostante al principio del «case or controversy» – le quali rispecchiano la posizione (di favore o meno) dalla Corte di volta in volta assunta sulla vicenda sottoposta alla propria attenzione⁷⁰. A tale riguardo è possibile individuare un uso strategico (anche) delle *doctrines*, le quali vengono talvolta declinate in modo tale da evitare la decisione di determinate questioni, vuoi per il disinteresse della Corte alla trattazione di una determinata *issue*, vuoi, soprattutto, per ragioni di «opportunità» e di rapporti con il potere legislativo, in tutte quelle situazioni ove (l'elaborazione di) nuovi diritti e nuove situazioni giuridiche soggettive sono ancora in discussione in seno al Congresso e, in generale, nella società.

Le *doctrines*, pertanto, sono strumenti – così come il *certiorari* – con cui la Corte esercita la propria discrezionalità «se decidere»; tuttavia, a differenza di quest'ultimo che opera, per così dire, «a monte» del processo di *case selection*, esse si collocano «a valle», nel senso che i *Justices* potranno eventualmente servirsene in un momento successivo della trattazione, a seguito dunque della previa concessione del *writ*. Non a caso si preferisce parlare al riguardo di tecniche «di non decisione», poiché in queste situazioni la questione, seppur preventivamente selezionata, non viene tuttavia definita dalla Corte poiché carente dei necessari «presupposti processuali» per essere correttamente e compiutamente affrontata.

Ma le differenze non si fermano qui: invero, le *doctrines* nascono e si sviluppano dall'elaborazione giurisprudenziale mentre, come si vedrà a breve, il *certiorari* (nonostante i relativi caratteri siano stati abbozzati e proposti dai *Justices*) è stato attribuito alla Corte da una apposita legge – il c.d. *Judges' Bill* – approvata dal Congresso. In secondo luogo, le sentenze che dichiarano la *ripeness*, la *mootness* o l'assenza di *standing* hanno valore di precedente nei confronti delle

⁷⁰ Al riguardo cfr., ad es., in materia di *standing*, le sentenze *City of Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S. 95 (1983) e *Duke Power Co. v. Carolina Environmental Study Group*, 438 U.S. 59 (1978), ove la Corte ha assunto posizioni opposte in relazione al citato requisito e, dunque, all'utilizzo della *doctrine*: mentre nel primo caso i *Justices*, seppur di fronte ad una personalissima *injury in fact* e ad un nesso di causalità molto stretto con l'evento-danno – la violenta prassi della polizia (c.d. *choke hold*) utilizzata durante i propri controlli – non riconobbe lo *standing* in relazione alla richiesta (inibitoria) di *injunction*, nella seconda sentenza questo venne invece affermato nonostante si trattasse di vicenda dai contorni «ipotetici» – si denunciava l'illegittimità della licenza acquisita dalla società costruttrice di una centrale nucleare e il fatto che, nel caso di un eventuale *meltdown*, il *Price Anderson Act*, nel limitare la responsabilità patrimoniale delle imprese che gestiscono gli impianti, avrebbe provocato una diminuzione patrimoniale a carico delle potenziali vittime e sarebbe risultato quindi in contrasto con il principio della *due process clause* –. In relazione all'utilizzo elastico di *ripeness* cfr., altresì le sentenze *Williamson County Regional Planning v. Hamilton Bank*, 473 U.S. 172 (1985) e *National Gay Task Force v. Board of Education of the City of Oklahoma City*, 470 U.S. 903 (1985). In argomento cfr. BARSOTTI, *L'arte di tacere*, cit., p. 145 ss.

Corti federali inferiori (ciò che invece non si verifica in relazione alle decisioni di diniego di *certiorari*) le quali, dal canto loro, possono a loro volta servirsi dei concetti suesposti e della loro interpretazione per limitare la propria giurisdizione. Infine, ma non meno importante – mentre il *certiorari* è strumento flessibile e in definitiva incontrollabile giusta la carenza di motivazioni – le sentenze che denunciano la mancanza di uno dei requisiti del «case or controversy» debbono essere adeguatamente motivate.

Sebbene le *doctrines* abbiano un impatto molto più ridotto rispetto al *writ*, nel senso che la Corte preferisce certamente servirsi dello strumento di selezione preventiva rispetto alla declinazione ostativa «successiva» dei principi di *standing*, *ripeness* e *mootness*, nell'accingersi ad analizzare più da vicino il *certiorari* ci si deve tuttavia almeno domandare perché, in talune occasioni, essa nondimeno si determini a «non decidere» soltanto «in via postuma» una determinata controversia.

Al riguardo almeno due sono le risposte fornite in dottrina: la prima si rifà ad una particolare declinazione del *certiorari proceeding* – il c.d. *dismissing the case as improvidently granted* – che sarà a suo tempo analizzata ma che, in sostanza, consiste nel fatto che la Corte ha la possibilità, anche dopo la concessione del *writ*, di tornare sulla propria decisione qualora si convinca, ad un più attento esame, che il caso non presenta i requisiti necessari per essere dalla stessa definito: in simili situazioni, forse anche per ragioni di opportunità e per evitare di render manifesto un proprio errore di valutazione, i *Justices* preferirebbero, ovviamente laddove in concreto praticabile, utilizzare una particolare formulazione (ostativa) delle *doctrines* così da emettere una sentenza *lato sensu* nel merito.

In aggiunta, specialmente in quelle situazioni che producono grande risonanza nell'opinione pubblica, la Corte potrebbe trovare migliore la scelta di giustificare il proprio eventuale *self restraint*, anche solo sulla base di motivi d'ordine tecnico-processuale che tuttavia nascondono le reali intenzioni «politiche», piuttosto che manifestare apertamente la propria indisponibilità ad affrontare questioni particolarmente delicate e complesse⁷¹.

⁷¹ In tal senso cfr. V. BARSOTTI, *L'arte di tacere*, cit., p. 197 ss.

CAPITOLO III

IL WRIT OF CERTIORARI: PARADIGMATICO ESEMPIO DI CASE SELECTION

SOMMARIO: 3.1. Origini ed evoluzione del *writ of certiorari*. – 3.2. Il *certiorari proceeding*: osservazioni preliminari. – 3.3. Gli atti introduttivi del procedimento. – 3.4. La partecipazione di terzi «intervenienti»: l'*amicus curiae* e il suo *brief*. – 3.5. I *law clerks*: compiti e responsabilità. – 3.6. *Segue*: il ruolo dei *law clerks* nel procedimento di selezione: i *pool chambers* e il *pool memo*. – 3.7. Il c.d. procedimento *non-pool chamber*. – 3.8. La prima fase di selezione: la *discuss list* e la *friday conference*. – 3.9. *Segue*: i criteri utilizzati: la *rule of four*, la *rule of five*, la *join-3 rule* e la *hold rule*. – 3.10. La seconda fase di selezione: la decisione sul «se» decidere; la difficoltà di identificare i parametri utilizzati dai *Justices*; piano della ricostruzione. – 3.11. I criteri «giurisdizionali» e «formali». – 3.12. I criteri «sostanziali» negativi e il *cert. denial*. – 3.13. I criteri «sostanziali» positivi. – 3.14. I criteri «strategici». – 3.15. Un criterio particolare: il *timing* dei *Justices*. – 3.16. Contrasti all'interno della Corte: il *dissent from certiorari denial*. Esigenze di specificazione: l'*opinion respecting the denial*. – 3.17. Ulteriori esiti del procedimento: il *limited grant of certiorari*. – 3.18. *Segue*: *certiorari improvidently granted* e *summary dispositions*. – 3.19. Un caso particolare: la procedura per il rilascio di *certiorari before judgement*. – 3.20. Considerazioni a margine del procedimento: *writ of certiorari* e *death row petitions*.

3.1. Origini ed evoluzione del writ of certiorari

Sebbene oggi venga esercitato in modo assai incisivo, il *case selection power* ha origini piuttosto recenti, se solo si considera che per più di cento anni dalla nascita della Corte suprema non è stato possibile ai *Justices* limitare la propria giurisdizione ai casi (da loro) ritenuti meritevoli di un approfondimento nel merito.

La Corte, invero, a norma dell'art. III, comma 2, della Costituzione, possedeva, oltre ai limitati e tassativi casi di giurisdizione «originaria»¹, giurisdizione di appello avverso le decisioni delle corti federali istituite dal *Judiciary Act* del 1789 e delle Corti di ultima istanza di molti Stati, mediante *writ of error* e ap-

¹ Cfr., *supra*, cap. II, par. 2.1.

peal, vie di accesso che conferivano, entrambe, al ricorrente il diritto ad un provvedimento nel merito della Corte².

È certamente vero che le corti federali, e tra queste la Corte suprema, avevano la possibilità – riconosciuta loro dal medesimo *Judiciary Act* – di emettere tutti quei *writ*s (e, tra questi, il *writ of certiorari*) che potessero essere «necessary or appropriate in aid of their respective jurisdictions and agreeable to the usage and principles of law»³; ma è altrettanto vero che esse non avrebbero potuto servirsi del *certiorari* nel modo in cui esso veniva utilizzato dalle Corti inglesi, ovvero «to assert jurisdictional control over other courts»⁴, bensì, solamente, come strumento «to supply imperfections in the record of a case already before it»⁵: tale meccanismo, pertanto, non assicurava alla Corte suprema alcun controllo discrezionale sulla propria *jurisdiction*.

Conseguenza immediata di questa situazione fu il rapido incremento nel numero di cause (e di questioni) che annualmente giungevano alla Corte suprema: nel 1860 si registrarono 310 cause nel *docket* della Corte e 9 decisioni; nel 1870, 636 cause (nel *docket*) e 280 decisioni; nel 1880, 1.202 cause e 365 decisioni; nel 1886, 1.396 cause e 451 decisioni. Nel 1888 la Corte si trovò con un arretrato di almeno tre anni e, all'inizio del *Term* 1890, essa raggiunse «the absurd total of 1800 cases on its appellate docket»⁶, i quali attendevano tutti una necessaria definizione.

Il Congresso decise allora di intervenire e, nel 1891, approvò il *Circuit Courts of Appeal Act*⁷ (detto anche *Evarts' Act*, dal nome di uno dei suoi più convinti sostenitori e proponenti, il senatore Evarts dello Stato di New York), con il quale creò nove *Circuit Courts*, quali corti di appello nei confronti delle decisioni rese della *District Courts*, e stabilì, contemporaneamente, che solo le sentenze non dichiarate *final and binding* da queste Corti avrebbero potuto essere riviste dalla Corte suprema. Tuttavia, anche per le decisioni definitive veniva prevista un'estrema possibilità di revisione da parte della Corte, ovvero nel caso in cui la *Circuit Court* avesse «certified to the Supreme Court a question of law»⁸ or if the Su-

² La differenza tra i due strumenti consisteva sostanzialmente nel fatto che tramite il *writ of error* la Corte aveva il potere di rivedere solamente le questioni di diritto relative alla sentenza impugnata, mentre tramite *appeal* essa poteva riesaminare il caso sia in fatto che in diritto. Il *writ of error* fu poi definitivamente sostituito dall'*appeal* nel 1928.

³ *Judiciary Act* 1789, 1 Stat. 73.

⁴ E. HARTNETT, *Questioning Certiorari*, cit., p. 1650.

⁵ *American Construction Co. v. Jacksonville, Tampa & Key West Ry Co.*, 148 U.S. 380 (1893).

⁶ F. FRANKFURTER & J. LANDIS, *The business of the Supreme Court: a study in the Federal Judicial System*, Macmillan, New York, 1928, p. 86.

⁷ Act of March, 3, 1891, 26 Stat. 826.

⁸ L'accesso alla Corte tramite *certification* è chiarito in maniera molto precisa dagli stessi *Justices* dell'epoca che, in una lettera trasmessa in data 12 marzo 1890 al *Senate Judicial Committee*, si dichiararono favorevoli ad un sistema in cui «certain cases were not to be brought to

preme Court granted a writ of certiorari to bring the judgement before it»⁹. Ecco, dunque, apparire per la prima volta il *certiorari* come strumento discrezionale di regolazione del *docket*.

Va osservato, peraltro, che il *writ* è entrato a far parte del contenuto dell'*Act* solo in un secondo momento, ovvero all'atto di sostanziali modifiche operate dal Senato alla bozza licenziata dalla *House of Representatives*: e ciò grazie all'intervento del senatore Evarts il quale così si espresse al riguardo: «in the interest of jurisprudence and uniformity of decision, (...) the Supreme Court shall have a right, in any of these cases that are thus made final, by certiorari to take up to itself for final determination this or that case»¹⁰.

Pertanto, l'introduzione del *writ* nel sistema giudiziario americano avvenne quasi «in sordina», come una sorta di «fallback provision should the circuit courts of appeal prove, on occasion, to be surprisingly careless in deciding cases or issuing certifications»¹¹, tant'è che nei primi due anni dopo l'adozione dell'*Act* solamente due *petitions for certiorari* furono effettivamente accolte¹².

Una seconda importante tappa nell'evoluzione del *writ of certiorari* venne raggiunta nel 1916 e riguardò l'applicazione di tale meccanismo alle decisioni rese dalle Corti supreme dei singoli Stati.

Peraltro, va premesso che fino al 1914 la *review* delle decisioni statali di ultimo grado era sottoposta ad una regola precisa: la Corte suprema era tenuta a rivedere una decisione statale solamente laddove il sistema giudiziario *a quo* avesse negato l'accoglimento di un «federal claim or defense»; in caso contrario, ovvero qualora avesse accolto le istanze del ricorrente, la Corte non avrebbe avuto giurisdizione sul caso.

Nel 1914 quest'ultima preclusione venne meno: il Congresso attribuì alla Corte la giurisdizione anche su tali ultime pronunce, così di fatto duplicando il numero delle decisioni statali soggette a *review* da parte della Corte suprema, ma ciò fu possibile proprio grazie all'introduzione del *writ*. Infatti, con il *Webbs' Act* del 1916 venne attribuito alla Corte il potere – tramite, appunto, il *certiorari* – «to decline to review a state court judgement[s] denying a federal claim or de-

the Supreme Court (...) unless the Court of Appeal, or two judges thereof, certify that the question involved is of such novelty, difficulty or importance as to require a final decision by the Supreme Court»: v. W. MURPHY, *Elements of judicial strategy*, University of Chicago Press, Chicago, 1964, p. 228 s.

⁹ E. HARTNETT, *op. cit.*, p. 1651.

¹⁰ 21 *Cong. Rec.* 10, 222 (1890).

¹¹ E. HARTNETT, *op. cit.*, p. 1656; a tale proposito P. LINZER, *The meaning of certiorari denials*, in 79 *Colum L. Rev.*, 1979, p. 1235, ha affermato che il *writ*, così come disegnato nell'*Evarts' Act*, «serve as a safety valve».

¹² V. *Cunard S.S. Co. v. Fabre*, 166 U.S. 404 (1897); *In re Lau Ow Bew*, 141 U.S. 583 (1891).

fense»¹³, fino a quel momento, invece, rientranti nella *mandatory jurisdiction* della stessa¹⁴.

Certamente, tuttavia, l'atto che – più di tutti – ha decretato l'ingresso ufficiale del *writ* e il conseguente, progressivo, tramonto della giurisdizione obbligatoria negli Stati Uniti fu il c.d. *Judges' Bill* del 1925 (così chiamato perché il testo, nei suoi elementi essenziali, venne elaborato dagli stessi *Justices*).

Promotore di questa importante iniziativa fu il *Chief Justice* (e già Presidente degli Stati Uniti) William Howard Taft, fervente sostenitore dell'idea che la giurisdizione *mandatory* della Corte dovesse essere limitata alle sole «questions of constitutional construction», mentre in tutti gli altri casi al ricorrente avrebbe potuto essere concessa solo «an opportunity to apply for a writ of certiorari»: in altre parole, egli puntava ad una «absolute and arbitrary discretion»¹⁵ della Corte suprema.

Per questi motivi, nel 1921, egli provvide a nominare un *Judicial Committee*, composto dai *Justices* Day, Van Devanter e McReynolds con il compito di elaborare una bozza di riforma della *Supreme Court Jurisdiction* da presentare successivamente al Congresso per l'approvazione.

Alla base di tale bozza vi era la già citata concezione di Taft secondo cui «no litigant is entitled to more than two chances, namely, to the original trial and to a review, and the intermediate courts of review are provided for that purpose» e sulla base della quale «when a case goes beyond that, it is not primarily to preserve the rights of the litigants. The Supreme Court's function is for the purpose of expounding and stabilizing principles of law for the benefit of the people of the country, passing upon constitutional questions and other important questions of law for the public benefit. It is to preserve uniformity of decision among the intermediate courts of appeals»¹⁶.

Sebbene il *Chief Justice* si rendesse conto del fatto che «it is a very difficult thing to include all the important cases, and it is very difficult thing too exclude the unimportant cases»¹⁷, tuttavia riteneva che tale compito non sarebbe che potuto spettare alla Corte. Peraltro, secondo lo stesso Taft, essa non sarebbe stata del tutto sola nel definire una questione così delicata: infatti le *Circuit Courts* avrebbero sempre potuto «certificare» la questione alla Corte suprema, di modo che «the question of review [would have been] also in the discretion of the Circuit Courts of Appeal»¹⁸.

¹³ E. HARTNETT, *op. cit.*, p. 1658.

¹⁴ *Webbs' Act*, 1916, 39 Stat. 726.

¹⁵ W.H. TAFT, *The attacks on the Courts and legal procedure*, in 5 *Ky. Law J.*, 1916, p. 18.

¹⁶ Cfr. *Jurisdiction of Circuit Courts of Appeal and United States Supreme Court: Hearings before the House Comm. on the Judiciary*, 67th Cong., (1922), p. 2.

¹⁷ *House Hearings* (1922), cit., p. 3.

¹⁸ *House Hearings* (1922), cit., p. 3.

In prima battuta il progetto licenziato dal *Committee* non godette di grande favore, né al Congresso¹⁹, né presso l'*American Bar Association*²⁰ e, per questo motivo, il *Chief Justice* compì uno straordinario lavoro di «lobby» presso entrambe le istituzioni.

Interessanti risultano, al riguardo, alcune delle parole utilizzate dai membri del *Committee* in occasione tanto del *Senate* che dell'*House Hearing*²¹, volte a convincere i membri del Congresso che il progetto di riforma elaborato era necessario per il buon funzionamento della Corte.

Si tratta, per lo più, di «rassicurazioni» circa le dinamiche della procedura per *certiorari*, volte a garantire che il *writ*, lungi dal costituire un «personal privilege» per i *Justices*, non avrebbe leso i diritti dei *litigants*²².

¹⁹ Numerose furono le critiche inizialmente rivolte al *draft*: il senatore Walsh, un autorevole membro della minoranza democratica dell'epoca, si oppose risolutamente all'idea che la tutela dei diritti costituzionali potesse dipendere dalla «generosità» della Corte. Egli sostenne che negare, tramite una semplice udienza, al ricorrente il diritto di presentare alla Corte una determinata questione scaturente dall'applicazione di leggi federali sarebbe risultato eccessivamente aleatorio ed affermò, inoltre, di trovare difficile cedere all'idea che la Corte necessitasse del diritto di declinare in ogni caso la propria giurisdizione. Va poi ricordata – per la sua perentorietà – un'ulteriore obiezione al progetto rivolta dal senatore Heflin dell'Alabama: «I understand that out of some 115 cases that came here the Supreme Court decided that a mistake was made in appealing eighty-odd cases. I submit that if one man's rights were preserved and safeguarded the Court in that action served a just purpose and it could well afford to consider 100 to 200 cases if necessary, in order to do justice by even one American citizen. The Bible tell us that it were better that 99 guilty persons go free than one innocent man should suffer (...). I am not ready to surrender the average citizen's right to appeal and accept in its stead discretionary power given to the judges of the Supreme Court»: cfr. 66 *Cong. Rec.* (1925), p. 2928.

²⁰ Il *Committee on Jurisprudence and Law Reform* dell'«A.B.A.» (che, tra i suoi membri, comprendeva anche il fratello del *Chief Justice*, Henry Taft), chiamato anch'esso a rendere la propria opinione sul progetto presentato dalla Corte, si pronunciò a favore di una diversa soluzione: ovvero di aumentare il numero dei *Justices*. Tale soluzione «would enable the court to be in session almost continuously, and thus to dispose of a much greater amount of business without impairing uniformity of decision»; inoltre «a similar provision has for many years been in effect in the State of New York and has worked to advantage there»: v. E. WHEELER et al., *Report of the Committee on Jurisprudence and Law Reform*, in 6 *A.B.A. J.*, 1920, p. 493 ss.

²¹ Si tratta di quelle audizioni, già citate nelle note precedenti, di fronte alle commissioni «on the judiciary» del Senato e della Camera dei Rappresentanti, preliminari all'esame della bozza dell'*Act* da parte delle Camere.

²² I *Justices*, in buona sostanza, volevano convincere il Congresso che – lungi dal costituire una scelta di natura arbitraria – la *discretionary review* da loro proposta sarebbe stata esercitata in maniera responsabile: per dimostrare ciò, assicurarono: 1) che ciascun *Justice* avrebbe personalmente esaminato ogni *petition* presentata; 2) che tutte le *petitions* sarebbero state discusse in sede di *conference*; 3) che la *petition* sarebbe stata accolta qualora avesse ricevuto un voto favorevole di almeno quattro *Justices*. Si vedrà, tuttavia, nel prosieguo, come molte di queste «rassicurazioni», col tempo, non vennero rispettate. Così, ad es., sull'esame delle *petitions* v., *infra*, cap. III, par. 3.3.; sulla *conference* v., *infra*, cap. III, par. 3.8.; sulla *rule of four* v., *infra*, cap. III, par. 3.9.

Così, il Justice Van Devanter – nell'illustrare il modo in cui la Corte avrebbe trattato le *petitions* – dopo aver ribadito che la *discretionary jurisdiction* «does not mean that the court is authorized merely to exercise a will in the matter but rather that a petition is to be granted or denied according to sound judicial discretion» e che tale discrezionalità avrebbe permesso alla Corte «to deny a review unless it appears that the question presented are of public importance or of wide general interest, or that in the interest of uniformity that court should consider and decide them»²³, affermò che «each member of the Court makes his own examination [of] the petition, record and briefs», che il voto su ciascuna *petition* nella apposita *conference* sarebbe avvenuto «in the same way that we vote in other cases» e che «if there be occasion of discussion [then] discussion is hard as in other matters». Inoltre aggiunse che «whenever the vote is relatively close the conference makes it a practice to grant the petition», rivelando, subito dopo, quella che è stata in seguito definita la c.d. «rule of four», ovvero che «if there were five votes against granting the petition and four in favor of granting it, it would be granted, because we proceed upon the theory that when as may of four members of the Court, and even three in some instances, are impressed with the propriety of our taking the case the petition should be granted»²⁴. Infine, fece notare ai membri del *House Committee* che «the bill also enlarged the discretion of the circuit courts of appeals – whenever they are so disposed – to certify questions of law to the Supreme Court»²⁵.

Per parte sua, anche Taft addusse – in sede di *hearing* – tutte le migliori motivazioni a supporto del proprio progetto: dipinse l'allora vigente procedimento «as a trap in which counsel and litigants too often are caught»²⁶; sottolineò l'attenzione e la cura con cui le *petitions* sarebbero state esaminate («I write out every case that comes up for certiorari and I read it to the court [...]. And then having stated the case I go around and ask each member of the Court, who has his memorandum, as to what views he takes. Then having discussed the case we vote on it»²⁷), e concluse con una fase «ad effetto»: «often in the legislature there is resounding eloquence on the subject that every poor man should have the opportunity to carry his case to the last court. There is no statement that is so unfounded as that. The truth is that it is in the interest of the poor litigant that litigation should be ended, and my dear friends, there is nothing that offers such an opportunity for delay as a suggestion that a profound constitutional

²³ *Jurisdiction of Circuit Courts of Appeal and United States Supreme Court: Hearings before the House Comm. on the Judiciary*, 68th Cong., (1924), p. 6.

²⁴ *Procedure in Federal Courts: Hearings before the Subcomm. of Senate Comm. on the Judiciary*, 68th Cong. (1924), p. 29.

²⁵ *House Hearings* (1924), cit., p. 29.

²⁶ *House Hearings* (1924), cit., p. 26.

²⁷ *House Hearings* (1924), cit., p. 27.

question is involved in sustaining a verdict in favor of the poor litigant when the rich litigant has a long purse with which to continue the litigation»²⁸.

Come anticipato, il grande apparato di «lobby» diretto dal *Chief Justice* ebbe il suo effetto: tanto il *Judiciary Committee* del Senato, che quello della *House of Representatives* licenziarono la bozza²⁹, che venne in seguito rapidamente approvata dal Congresso e trasformata in legge nel 1925 con la firma del Presidente Coolidge³⁰.

Con il *Judges' Bill*, dunque, il *writ of certiorari* diventa il principale strumento di accesso alla Corte e inizia effettivamente a svolgere la funzione di controllo del *docket* della stessa³¹.

In seguito, la Corte intraprese la strada di una progressiva «erosione» delle restanti ipotesi di *mandatory jurisdiction*: primo passo in questa direzione fu l'(auto)attribuzione del potere di emettere *limited grants of certiorari*³², ovvero la possibilità di «decidere di decidere» solo una determinata *issue* relativa ad un caso,

²⁸ *House Hearings* (1924), cit., p. 29.

²⁹ Così recita il *report* finale del *Committee on the Judiciary* del Senato: «cases should not go to the Supreme Court of the United States unless the question involved are of grave public concern or unless serious uncertainty attends the decision of the circuit courts of appeals by reason of conflict in the rulings of these courts or the courts of the States (...). The right of the circuit courts to certify questions to the Supreme Court and the right to file a petition for certiorari will furnish ample opportunity for all cases to go from the circuit court of appeal to the Supreme Court which ought to be heard by the latter tribunal (...). A large number of cases which fall within the obligatory jurisdiction of the Court are taken there simply for delay»: *Appellate Jurisdiction of the Federal Courts*, S. Rep. No. 68-362, p. 1; va altresì ricordato che la bozza ottenne pure l'appoggio dell'«A.B.A.» e del *Solicitor General*.

³⁰ È interessante riportare, al riguardo, le parole del «congressman» Sumner del Texas che disse a Taft che «he never knew of a case in which such an important bill went through so smoothly and in such a short time»: v. *Letter from Thomas W. Shelton to William H. Taft*, 1924, in *William H. Taft Papers*, Library of Congress, Reel 271.

³¹ In buona sostanza, infatti, in relazione ai casi provenienti dalle *Circuit Courts of Appeals*, allorché fosse in discussione una legge federale, la competenza della Corte Suprema sarebbe stata per *certiorari* sia in caso di affermata costituzionalità che in quello di incostituzionalità; qualora, invece, fosse in discussione una legge statale, la competenza della Corte sarebbe stata per *writ of error* o *certiorari* a seconda che essa fosse stata ritenuta, rispettivamente, incostituzionale o costituzionale.

³² Tale potere è stato per la prima volta riconosciuto con la famosa sentenza *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1927), ove lo stesso *Chief Justice* Taft, nell'*opinion*, attribuì alla Corte il potere di limitare la *review* alle sole questioni di rilievo costituzionale. Tuttavia, Taft non rispose all'obiezione del *Justice Stone* che – nella propria *dissenting opinion* – faceva osservare come, sotto il vigente *Judges' Bill*, «this court determines a case here on certiorari with the same power and authority, and with like effect, as if the cause had been brought by unrestricted writ of error or appeal». In ogni caso, la prassi del *limited grant* (come si vedrà meglio, *infra*, par. 3.17.) è stata talmente ben recepita che, nelle vigenti *Supreme Court Rules*, è espressamente stabilito che «only the questions set out in the petition, or fairly included therein, will be considered by the Court» (S.C.R. 14): non esiste dunque più alcun *writ* che porti automaticamente davanti alla Corte tutte le questioni oggetto dei gradi precedenti.

tralasciando nel contempo tutte le altre; e ciò, nonostante il fatto che l'*Evarts Act* avesse previsto e disciplinato il *certiorari* come strumento riguardante il caso nel suo insieme e che una delle motivazioni a sostegno del *Judges' Bill* riferita da Taft in sede di *hearing* fosse il fatto che «there was a greater need for discretion as to cases from the circuit courts of appeal than from the state courts, because in the former the power of review extend to the whole case and every question presented in it, rather than only to the federal question»³³.

Successivamente la Corte – in maniera questa volta surrettizia – introdusse una certa discrezionalità anche nei casi di giurisdizione *in appeal*: in particolare, promulgò una nuova *Rule*³⁴, all'interno delle *Supreme Court Rules*, che stabiliva l'obbligo, per l'appellante, di depositare presso la cancelleria della Corte un *jurisdictional statement* entro trenta giorni dal deposito dell'appello.

Questo *statement*, lungi dal riguardare (come suggerisce la parola), questioni di giurisdizione della Corte «in the conventional sense»³⁵, costringeva – in realtà – gli avvocati delle parti a dimostrare alla Corte che le «federal questions» oggetto dell'*appeal* erano «substantial» o, quantomeno, a persuadere la Corte che «the record present an issue that is not frivolous and is not settled by prior decisions»³⁶. Tale prassi si radicò talmente in profondità nel *modus operandi* della Corte che nel 1945 il *Clerk* della medesima affermò che «jurisdictional statements and petitions for certiorari now stand on practically the same footing»³⁷.

³³ E. HARTNETT, *op. cit.*, p. 1706.

³⁴ S.C.R. 12 (1928).

³⁵ Così F. FRANKFURTER & J. LANDIS, *The Business of the Supreme Court at October Term*, 1929, in 44 *Harv. Law Rev.*, 1930, p. 12.

³⁶ F. FRANKFURTER & J. LANDIS, *op. ult. cit.*, p. 12: essi affermano, a tale proposito, che «the administration of Rule 12 operates to subject the obligatory jurisdiction of the Court to discretionary considerations not unlike those governing certiorari».

³⁷ H. WILEY, *Jurisdictional statements on Appeals to U.S. Supreme Court*, in 31 *A.B.A. J.*, 1945, p. 239; va altresì ricordato quanto affermato, a tale proposito, dal c.d. «Freund Committee» (costituito anni dopo dal *Chief Justice* Burger allo scopo di studiare ulteriori meccanismi deflattivi del carico di lavoro della Corte), il quale affermò che «the discretionary-mandatory distinction between certiorari and appeal has been largely eroded» (cfr. *Report of the Study Group on the Case-load of the Supreme Court*, in 57 *F.R.D.*, 1972, p. 573); ancora, è stato riconosciuto che «the jurisdiction thus is obligatory in form is discretionary in fact» (G. CASPER & R. POSNER, *The workload of the Supreme Court*, American Bar Foundation, Chicago, 1976, p. 1). Peraltro, non mancarono le critiche avverso la predetta prassi della Corte: così, ad esempio, v'è chi ha denunciato che, in questo modo, «the Court simply disregarded its statutory duty to decide appealed cases on the merits» e che «it is simply inadmissible that the highest court of law should be lawless in relation to its own jurisdiction» (H. WECHSLER, *The Appellate Jurisdiction of the Supreme Court: Reflections on the Law and the logistics of direct review*, in 34 *Wash. & Lee Law Rev.*, 1977, p. 1043); ancora, è stato affermato che «eliminating the appeal/certiorari distinction would conform theory to practice because the Court has assimilated essentially all of the certiorari criteria into the standards for the disposition of appeals» (J. SIMPSON, *Turning over the Reins: The abolition of the mandatory appellate Jurisdiction of the Supreme Court*, in 6 *Hastings Const. Law Q.*, 1979, p. 315 s.).

Ancora, un'ulteriore erosione della *mandatory jurisdiction* consistette nell'eliminazione, di fatto, del potere di *certification* delle *Circuit Courts of Appeal*.

Già nel 1930 Frankfurter e Landis, pur riconoscendo che «petitions for certiorari the Court can deny, but questions certified must be answered», avevano rilevato una certa ostilità della Corte nei confronti del «certification process»³⁸. Tale atteggiamento, senza dubbio, condizionò il comportamento delle *Circuit Courts*, le quali si mostrarono piuttosto riluttanti nell'utilizzo di questo strumento³⁹: per rendersi conto di ciò è sufficiente notare l'esiguo numero di *certifications* emesse dal 1927 al 1936 (72) e dal 1937 al 1946 (20)⁴⁰.

Nel 1957 fu la stessa Corte suprema ad affermare che «certification(s) should not be used to handle conflicts between different three-judge panels of the same court of appeal», poiché «it is primarily the task of a Court of Appeal to reconcile its internal difficulties»⁴¹.

Dal 1946 al 1985 vennero gestiti solamente 4 procedimenti di *certifications* provocandone, di fatto, la caduta in desuetudine: come affermato in dottrina, «certification [has become] practically a dead letter, and I suspect that are a few lawyers (and perhaps few circuit judges) who even know it remains an option»⁴².

Nonostante la progressiva e costante erosione, sopra accennata, della giurisdizione obbligatoria, tuttavia il problema del carico di lavoro della Corte si fece nuovamente sentire tra la fine degli anni sessanta e l'inizio degli anni settanta⁴³.

³⁸ F. FRANKFURTER & J. LANDIS, *op. ult. cit.*, p. 36; al riguardo cfr. J. MOORE & A. VESTAL, *Present and potential role of certification in federal appellate procedure*, in 35 *Va. Law Rev.*, 1949, p. 22, secondo cui «apparently felt that a broad use of certification would frustrate the Court's proper functioning as a policy-determining body by greatly restricting the time available for the discretionary side of its docket».

³⁹ V., ad es., J. MOORE & A. VESTAL, *op. cit.*, p. 22, secondo cui «an indication by the Court that certification is not favored will greatly limit its use» e «whenever the Supreme Court has dismissed a certificate from a lower court, that court has usually refrained from certifying for a number of years».

⁴⁰ J. MOORE & A. VESTAL, *op. cit.*, p. 25 s.

⁴¹ E. HARTNETT, *op. cit.*, p. 1711, riferendosi alla sentenza *Wisniewski v. United States*, 353 U.S. 901 (1957).

⁴² E. HARTNETT, *op. cit.*, p. 1712.

⁴³ Il problema, in realtà, venne avvertito già da prima ma, in quell'occasione, la ragione venne più che altro attribuita al comportamento degli avvocati, più volte invitati a considerare il peculiare ruolo svolto dalla Corte e a utilizzare il più correttamente possibile i rimedi a loro disposizione. Emblematiche, a tal proposito, risultano le parole del *Chief Justice* Vinson, il quale – in una comunicazione all'«A.B.A.» – affermò che «while a great many of the 85% that were denied were far from frivolous, far too many reveal a serious misconception on the part of the counsel concerning the role of the Supreme Court in our federal system (...). Lawyers might be well advised, in preparing petitions for certiorari, to spend a little less time discussing the merits and a little more time demonstrating why it

Nel 1971 l'allora *Chief Justice* Burger istituì una commissione di studi – c.d. «Freund Committee» – allo scopo di individuare le ragioni di tale sovraccarico ed i possibili rimedi⁴⁴, la quale al termine della propria indagine confermò che il carico di lavoro pendente impediva alla Corte di svolgere adeguatamente la propria missione⁴⁵ e propose, quale possibile soluzione al problema, l'istituzione di una Corte nazionale di appello, con funzione di *screening* dei ricorsi presentati alla Corte suprema e di risoluzione degli eventuali conflitti tra corti di circuito⁴⁶; peraltro, il progetto non trovò il sostegno della classe politica e fu, ben presto, abbandonato.

Qualche anno dopo fu di nuovo Burger – sempre più preoccupato dal fenomeno dell'*overload* – a farsi promotore di un'ulteriore ipotesi di riforma: l'istituzione di un «Intercircuit Committee» (I.T.C.) cui affidare l'esame nel merito dei conflitti tra circuiti⁴⁷. Anche tale proposta, tuttavia, non ebbe il seguito sperato anche perché, questa volta, Burger non ottenne neppure l'appoggio di tutti i *Justices*⁴⁸.

is important that the Court should hear them»: cfr. al riguardo N. DOWLING, J. GUNTHER, *Constitutional law. Cases and materials*, The Foundation Press, Stanford, 1958, p. 83.

⁴⁴ Tale Commissione era composta, oltretutto dal presidente prof. A. Freund della *Harvard Law School*, da A. Bickel della *Yale Law School*, P. Herenhaft del *District of Columbia Bar*, R. Niles della *New York University School of Law*, B. Segal del *Pennsylvania Bar*, R. Stern dell'*Illinois Bar* e C. Wright dell'*University of Texas Law School*.

⁴⁵ Cfr., al riguardo, S. ESTREICHER & J. SEXTON, *A managerial theory of the Supreme Court responsibilities: an empirical study*, in *N.Y.U. Law Rev.*, 1984, p. 812 ss.

⁴⁶ In particolare, secondo la Commissione, due sono le funzioni che avrebbero dovuto essere espletate dal predetto organo, composto da sette giudici selezionati dalle *Circuit Courts* a rotazione ogni tre anni: procedere allo *screening* di tutte le *petitions for certiorari* e di tutti gli *appeals* iscritti al ruolo della Corte e all'invio alla Corte suprema di quelle ritenute più meritevoli di revisione; procedere all'esame nel merito dei casi aventi come oggetto reali *conflicts* tra *Circuit Courts*, ad eccezione di quelli più rilevanti, lasciati alla cognizione della Corte suprema. Quest'ultima, nel progetto, sarebbe poi rimasta libera di scegliere quali tra i casi ad essa inviati decidere nel merito e quali riaffidare alla stessa Corte nazionale di appello per una decisione nel merito. Il *Committee* rifiutò, invece, di inserire nella sua bozza proposte quali: fornire più assistenti ai giudici; individuare uno staff con il compito di evidenziare i casi che i giudici dovrebbero considerare ai fini di una eventuale disamina nel merito; condizionare la revisione del caso da parte della Corte ad una certificazione proveniente dal giudice *a quo*; escludere certe classi di casi dalla giurisdizione della Corte; limitare la giurisdizione della Corte ai casi che presentano questioni di costituzionalità; dividere la Corte in *panels* per aumentare la capacità di trattare le diverse questioni. Cfr., sul punto, S. ESTREICHER & J. SEXTON, *op. cit.*, p. 818.

⁴⁷ Tale organismo, che avrebbe dovuto essere istituito per un periodo sperimentale di cinque anni e le cui decisioni sarebbero state in ogni caso rivedibili dalla Corte, avrebbe avuto il compito di esaminare nel merito i circa 35-50 casi in tema di conflitti tra *Circuit Courts* per *term* decisi dalla Corte suprema, al fine di ridurre a circa 100 i casi decisi, annualmente, dalla medesima.

⁴⁸ Infatti, mentre i *Justices* White, Powell, Rhenquist e O'Connor «have endorsed the ITC concept, Justice Stevens, on the other hand, has said that, in his view, an ITC 'would not alleviate the workload of the Court and would only increase the burdens of our already over-worked

Altre proposte – sebbene di minor ampiezza e rilievo – si susseguirono negli anni successivi⁴⁹, ma nessuna di esse venne recepita a livello legislativo. Ancora una volta, unanime consenso fu raggiunto solamente sull'opportunità di ampliare ulteriormente la giurisdizione discrezionale della Corte⁵⁰.

Con il *Judiciary Act* del 1988, infatti, il Congresso provvide a trasferire nella competenza per *certiorari* le residue competenze in *appeal* della Corte⁵¹, sancendo definitivamente l'«imperialismo del writ of certiorari» nell'ambito dei sistemi di accesso alla Corte Suprema⁵².

3.2. Il certiorari proceeding: *osservazioni preliminari*

Prima di analizzare il procedimento tramite il quale la Corte accorda la *review* ad una determinata questione è necessario svolgere alcune considerazioni preliminari di metodo.

Invero, accostarsi alla *case selection* americana non è attività affatto agevole, sia per la molteplicità di fonti – non sempre di natura positiva – che regolano i diversi passaggi in cui essa si articola, sia soprattutto per l'insofferenza che la Corte ha sempre dimostrato nei confronti di chi avesse inteso «andare in profondità» e cercare di capire i meccanismi alla base di tale sistema.

In particolare, quanto alla regolamentazione della procedura, sarà necessario rifarsi non già alla legge, che disciplina solamente le tipologie di casi oggetto di *review* della Corte⁵³, bensì alle *Supreme Court Rules* (d'ora in avanti, *S.C.R.* o, più semplicemente, *Rules*), norme processuali di cui la Corte stessa si è dotata e che provvede, periodicamente, a revisionare⁵⁴. Ma non solo: infatti, come si ve-

Courts of Appeals'. And, although Justice Brennan and Justice Marshall have acknowledge the existence of workload problem of some kind, each has stood by his earlier opposition to proposal for new courts that would be given some of the authority now exercised by the Supreme Court». Cfr. al riguardo S. ESTREICHER & J. SEXTON, *op. cit.*, p. 687.

⁴⁹ Per una disamina delle varie proposte, v. T. BAKER, D. MCFARLAND, *The need for a new national court*, in 100 *Harv. Law Rev.*, 1986, p. 1402 ss.

⁵⁰ Così F. TIRIO, *Il writ of certiorari davanti alla Corte Suprema: principi, strategie, ideologie*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 23.

⁵¹ Si tratta delle decisioni delle Corti statali di ultima istanza aventi ad oggetto: una legge o un trattato federale di cui sia dichiarata l'incostituzionalità; una legge statale di cui sia dichiarata la legittimità rispetto alla Costituzione o ai trattati o alla legge federale.

⁵² L'espressione è di U. MATTEI, *L'imperialismo del writ of certiorari*, cit., p. 132 ss.

⁵³ Cfr. 28 *U.S. Code*, sec. 1251-1259, cit., *supra*, par. 3.1. e cap. II, par. 1.1.

⁵⁴ Al riguardo, si parla di «rule-making power» con riferimento alla possibilità per la Corte di elaborare norme sulla procedura da seguire avanti alla stessa e alle Corti federali inferiori. Tale potere è stato attribuito con l'Act of June 19, 1934, 48 Stat. 1064, che, testualmente, recita: «the Supreme Court of the United States shall have the power to prescribe, by general rules, for the

drà nel corso della trattazione, molte fasi – anche cruciali, come la formazione della *discuss list* oppure le votazioni *in conference* – costituiscono spesso il frutto di una prassi adottata e affinata nel corso degli anni dai *Justices*, di cui peraltro non è semplice verificarne l'evoluzione, strettamente connessa con il «ricambio» che costantemente avviene all'interno della Corte.

E proprio nella conoscibilità dei meccanismi che regolano e orientano le scelte della Corte si individua l'ostacolo forse più grande per l'interprete. Costituisce ormai elemento acquisito il fatto che il procedimento sia volutamente tratteggiato da contorni «opachi», quasi che i *Justices* non vogliano svelare all'esterno le modalità delle proprie determinazioni; e ciò per evitare di veder limitata – tramite la «prevedibilità» delle decisioni – l'ampia discrezionalità conquistata nel corso del tempo⁵⁵. È vero che da alcuni anni la stessa Corte ha incominciato ad adottare determinate prassi – si pensi ad es. al *dissent from denial*, ma anche alla speculare *opinion respecting the denial* in sede di decisione sul «se decidere» – le quali, seppure intendano formalmente garantire il pluralismo di vedute all'interno dell'istituzione e incrementare l'autonomia di ogni *Justice*, in un certo senso consentono di intravedere, magari in controluce, le opinioni dei diversi componenti in relazione alla concessione del *writ*; tuttavia ciò non è da solo sufficiente a comprendere a pieno un procedimento di cui si conoscono le linee di base ma per il quale, ad oggi, sfugge sempre qualcosa.

Pertanto, la ricostruzione e gli approfondimenti che seguiranno costituiscono il risultato di una necessaria compenetrazione tra disposizioni normative, prassi applicative, (poche) pronunce giurisprudenziali, consuetudini, interpretazioni dottrinali, ma anche testimonianze di passati componenti della Corte che, una volta cessato il proprio incarico, hanno deciso di rivelare (con la precisazione, tuttavia, che si tratta di ricostruzioni valevoli esclusivamente per il tempo in cui essi hanno rivestito il proprio ufficio) alcuni tra gli elementi maggiormente oscuri del *certiorari proceeding*.

3.3. Gli atti introduttivi del procedimento

La *petition* costituisce il primo atto del procedimento: si tratta del ricorso introduttivo con il quale la parte, soccombente nel giudizio d'appello, sottopone la questione oggetto della propria controversia alla valutazione della Corte circa la possibilità di (ri)discutere nel merito la determinazione assunta dal giudice inferiore.

district courts of the United States and for the courts of the District of Columbia, the forms of process, writs, pleadings, and motions, and the practice and procedure in civil actions at law. Said rules shall neither abridge, enlarge nor modify the substantive rights of any litigant».

⁵⁵ V. più approfonditamente, *infra*, parr. 3.8-3.14.

Essa trova una precisa e puntuale disciplina all'interno delle S.C.R., le quali si preoccupano di stabilirne modalità, tempi e contenuto; in aggiunta, e a dimostrazione della molteplicità di fonti sopra accennata, sarà necessario considerare l'apposito «memorandum to those intending to prepare a petition for a writ of certiorari» (di seguito più semplicemente *memorandum* o *guideline*), redatto dal Clerk della Corte al fine di «highlight[ing] the most common mistakes observed by [his] Office», il quale individua precise modalità di forma-contenuto il cui mancato rispetto conduce ad una inevitabile inammissibilità della domanda⁵⁶.

Come è stato affermato dalla dottrina, «for many lawyers representing a client in a case that is a candidate for review by the Supreme Court of the United States is a once-in-a-lifetime experience», e, conseguentemente, quella di «seeking and opposing certiorari» è una vera e propria arte che va studiata, preparata e curata secondo le indicazioni che provengono dalle regole, dalla prassi e dall'interpretazione⁵⁷.

Innanzitutto vi sono almeno due ordini di controlli, prodromici al deposito della *petition*, che vanno necessariamente effettuati: in primo luogo, l'avvocato del ricorrente deve verificare di essere regolarmente iscritto al *Supreme Court Bar*, i cui requisiti di ammissione sono specificati alle S.C.R. 5-9⁵⁸; in secondo luogo, è essenziale verificare i tempi entro cui è possibile depositare la *petition*. Invero questa si considera tempestiva solo se depositata entro 90 giorni dall'emissione della sentenza impugnata o da un precedente *denial of rehearing* della Suprema Corte⁵⁹. Va ricordato, comunque, che le *Rules* permettono una *extension of time*

⁵⁶ Il *memorandum* è consultabile al sito <http://www.supremecourt.gov/casehand/guidetofiling-paidcases2014.pdf>.

⁵⁷ Così T. BISHOP, J. SARLES, S. KANES, *Tips on Petitioning for and Opposing Certiorari in the U.S. Supreme Court*, in *Litigation*, 2008, p. 26; sull'elaborazione della *petition* e del *brief in opposition* v. anche M. CRUM, *Drafting Petitions for Writ of Certiorari to the United States Supreme Court*, in 3 *Cap. Def. Dig.*, 1991, p. 12 ss.; E. GRESSMAN, *Anatomy of a Petition for Certiorari*, in *Practical Litigator*, 1991, p. 61 ss.; R. RANDOLPH JR., *Certiorari Petitions in the Supreme Court*, in *Litigation*, 1978, p. 21 ss.; S. SHAPIRO, *Certiorari practice: the Supreme Court's Shrinking Docket*, in *Litigation*, 1998, p. 25 ss.

⁵⁸ Al riguardo, il patrocinio avanti alla Corte suprema non è automatico ma richiede, da un lato, determinati presupposti e, da altro lato, una precisa procedura di ammissione. Quanto ai presupposti, l'avvocato deve essere iscritto da almeno tre anni all'albo degli avvocati abilitati all'esercizio della professione innanzi alle giurisdizioni superiori del proprio Stato e deve «appear to the Court to be of good moral and professional character» (S.C.R. 5.1); quanto alla procedura, è necessario presentare alla Corte un certificato che attesti la sussistenza dei presupposti richiesti per l'ammissione al *Supreme Court Bar*, accompagnato da uno *statement* di due *sponsor* – entrambi avvocati già iscritti al detto *Bar* – che confermi la veridicità di quanto dichiarato (S.C.R. 5.2).

⁵⁹ S.C.R. 13. Al riguardo, è interessante leggere quanto contenuto nel *memorandum*, ove vengono specificate anche le varie ipotesi di deposito della *petition*: «you have ninety calendar days, not three months, from the date of entry of judgment, order or opinion, or the date a timely filed petition for rehearing is denied, or a subsequent judgment based on the grant of the petition for rehearing, within which to file with the Clerk a petition for a writ of certiorari. The time to file

(fino a 60 giorni) per il *petitioner*, qualora dimostri l'esistenza di una *good cause* con apposita istanza rivolta al *Clerk* della Corte almeno 10 giorni prima dello scadere dei 90 giorni⁶⁰.

Infine è opportuno – anche se non strettamente necessario – che il ricorrente individui, con un certo anticipo (anche perché vi sono precisi tempi da rispettare nelle *Rules*), eventuali *amici curiae*, ovvero, detto in termini molto generici, terzi interessati alla vicenda, portatori di interessi *lato sensu* generali e «sostenitori» della propria richiesta di *review*, i quali supportino le sue ragioni con apposito *brief* depositato anch'esso presso la cancelleria della Corte⁶¹.

Ogni *petition* (come, d'altra parte, il correlato *brief in opposition*) si compone di tre parti:

1. innanzitutto deve risultare in maniera inequivoca la questione sottoposta all'attenzione della Corte⁶²: si tratta ovviamente tanto del presupposto che dell'oggetto del ricorso⁶³, il quale deve descrivere «the essential features of the case while conveying the necessity of Supreme Court intervention»⁶⁴. Se poi tale parte dovesse essere costruita in modo tale da riflettere la necessità di ottenere una decisione rilevante non solo nei confronti del *petitioner*, ma anche nei confronti di terzi, allora, volendo utilizzare un'affermazione tipicamente americana, «[the petitioner is] well on [his] way»⁶⁵. Inoltre, la giurisprudenza della Corte ha avvertito di limitare le doglianze ad una o, al massimo, due questioni⁶⁶: infatti, come affer-

does not begin to run when the mandate, remittitur, rescript, or similar document issues or is filed in the lower court. In order for the petition to be timely filed, it shall either be received by the Clerk of the Court within those ninety days or be sent to the Clerk by first-class United States Postal Service, including express and priority mail, postage prepaid, and bearing a postmark, other than a commercial postage meter label, showing that the document was mailed on or before the last day for filing; or if it is delivered on or before the last day for filing to a third-party commercial carrier for delivery to the Clerk within 3 calendar days»: cfr. il «*memorandum*», cit., 6.

⁶⁰ S.C.R. 13.5.

⁶¹ Sulla rilevante funzione svolta dagli *amici curiae*, v., *infra*, parr. 3.4 e 3.13.

⁶² S.C.R. 14.

⁶³ La *question* deve essere «the colorful fly that irresistibly leads to a strike» anche se, troppo spesso, «it is a confession that the case is not even arguably certworthy»; inoltre, essa deve essere «short and easily comprehended, but not conclusory»; ancora, «a properly phrase question captures in a few words the essential features of the case, including the federal law dimensions, and suggests the reasons why Supreme Court review is imperative» così, S. SHAPIRO, *op. cit.*, p. 30; a conferma della rilevanza della presentazione va ricordato che il *Justice* Brennan spesso decideva se un caso fosse o meno *certworthy* semplicemente guardando alla questione così come presentata nel ricorso: così, T. BISHOP, J. SARLES, S. KANE, *op. cit.*, p. 28.

⁶⁴ Così T. BISHOP, J. SARLES, S. KANES, *op. cit.*, p. 28.

⁶⁵ In tal senso v. S. SHAPIRO, *op. cit.*, p. 25.

⁶⁶ Al riguardo, S. SHAPIRO, *op. cit.*, p. 30, ha affermato che «it is not credible to argue that a single case presents multiple 'certworthy' questions. The best strategy is to set out one well-phrased question».

mato, «few cases present a single question that merits the Court's review; it is unlikely that your case presents three or more, and you may lose credibility suggesting otherwise»⁶⁷. Anche in questo caso risulta utile la *guideline* del *Clerk* che, al riguardo, afferma: «the first page of the petition, not the back of the front cover, must contain Questions Presented for Review. The caption of the petition is not to be repeated on this page. The question(s) may be prefaced by a very brief introductory statement to set the scene, so that the question(s) may be understood. The question(s) should be short and concise and may not be argumentative or repetitious (...). No other information is to be included on this page»⁶⁸;

2. il secondo requisito della *petition* è il c.d. *statement*, ovvero una breve descrizione del *factual background* e della decisione impugnata. Esso va redatto in maniera chiara ma al contempo essenziale; infatti, una dettagliata e laboriosa descrizione dei fatti «may only serve to show that your case is convoluted and factual-dependent – defects that usually result in a denial»⁶⁹. Inoltre, è opportuno che all'interno di questa sezione vengano evidenziati eventuali *dissents* oppure *votes in favor of rehearing* della decisione impugnata, nonché i nomi dei *judges* che li hanno pronunciati, specialmente se si tratta di giudici *well respected*;

3. terzo ed ultimo requisito «sostanziale» della *petition* consiste nell'individuazione delle ragioni poste alla base della richiesta di *review* da parte della Corte suprema. Anticipando ciò che occuperà buona parte della successiva trattazione – ovvero che, così come appare dalle *Rules*, i criteri (tendenzialmente) considerati dalla Corte per la concessione del *writ* consistono nell'individuazione di un conflitto tra circuiti ovvero, più in generale, nell'importanza della questione presentata⁷⁰ – corrispondentemente questa sezione deve evidenziare l'esistenza di (almeno) uno dei due elementi. In particolare, quanto al primo, «the conflict must be proven», non solo semplicemente allegato: il conflitto va descritto nei dettagli, al fine di rendere «[the] conflict argument unmistakable to a busy clerk or Justice who may not have time to go to the bookshelves»⁷¹. Quanto al secon-

⁶⁷ *O'Sullivan v. Boerckel*, 526 U.S. 838 (1998).

⁶⁸ Cfr. il *memorandum*, cit., p. 2.

⁶⁹ Così T. BISHOP, J. SARLES, S. KANE, *op. cit.*, p. 28; S. SHAPIRO, *op. cit.*, p. 31, al riguardo afferma che «a lengthy factual summary, bristling with citations to complex factual matters, is self-defeating»; inoltre, ammonisce da subito il *petitioner* del tipo di *screening* che la *petition* subirà: «the screening clerk is in a rush. Avoid long recitations of events at trial, background controversies, evidentiary squabbles – all of the necessary preoccupations of the trial counsel (...). Convey the impression that your question presented arises on a basis of simple and undisputed facts, even if the facts at trial were hotly disputed». Va, peraltro, anticipato che la Corte potrebbe anche – tramite una *summary disposition* – accordare il *writ* e contemporaneamente decidere nel merito la questione presentata: in tal caso, l'indicazione degli elementi fattuali costituirebbe un indubbio (se non necessario) ausilio per i *Justices*. Sul punto v., *infra*, par. 3.18.

⁷⁰ S.C.R. 10: sui criteri di concessione del *writ*, v. più in dettaglio, *infra*, par. 3.10.

⁷¹ Così S. SHAPIRO, *op. cit.*, p. 31; al riguardo, è stato anche consigliato di «prov[ing] that the lower courts are deeply divided on an issue of federal law by quoting from the leading cases»; inoltre

do, il *petitioner* deve fornire la prova che «the issue presented is of great importance beyond the narrow interests of the litigants, ant that Supreme Court intervention is therefore imperative»⁷². Quanto, poi, alla necessità di inserire nella *petition* una parte dedicata all'erroneità della decisione impugnata, la dottrina ritiene che essa non sia indispensabile, poiché il mero errore in cui sia incorso il giudice *a quo* «is not, standing by itself, a sufficient ground for Supreme Court review»⁷³. Tuttavia, è stato recentemente da più parti proposto di inserire un breve periodo sul punto, vista la (pur rara) prassi della Corte di *granting certiorari* e allo stesso tempo *summarily affirming* la decisione impugnata⁷⁴.

La *petition* deve infine tenere conto dei criteri di impaginazione previsti dal *memorandum*, tanto in tema di *page and type size*, quanto di *cover and cover page information*, quanto, ancora, di *numbering of pages*⁷⁵. Infine, all'atto del deposito, il ricorrente dovrà pagare una *docket fee* di 300 dollari⁷⁶.

Dal canto suo il convenuto – qualora intenda opporsi alle ragioni addotte dal ricorrente⁷⁷ – ha 30 giorni a disposizione, decorrenti dal deposito della *petition*⁷⁸ (anche se, su specifica richiesta, il *Clerk* della Corte può assegnargli un ulteriore termine di 30 giorni) per presentare la propria memoria, denominata *brief in opposition*.

Anche il contenuto di tale ultimo atto si compone, in buona sostanza, di tre parti:

«if [the petitioner is] lucky that lower courts have acknowledged the split, [he should] emphasize that fact»: T. BISHOP, J. SARLES, S. KANE, *op. cit.*, p. 29.

⁷² T. BISHOP, J. SARLES, S. KANE, *op. cit.*, p. 28; S. SHAPIRO, *op. cit.*, p. 31, al riguardo consiglia di citare «other cases showing the commonly recurring nature of the issue and the pervasive confusion in the lower courts. Government studies, treatises, law review articles, and even newspapers coverage can contribute to a plausible demonstration that the issue has general public importance»; inoltre, suggerisce di «convinc[ing] the Supreme Court that a nationally binding rule of law is imperative, not that [the] client has suffered an individual injustice»; infine, consiglia, in ogni caso, di «us[ing] [the] creative imagination and good research skills».

⁷³ Così S. SHAPIRO, *op. cit.*, p. 31; del resto, la stessa S.C.R. 10 afferma, all'ultimo comma, che «a petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law». Sull'influenza del merito sulla decisione circa la concessione del *writ*, v. comunque, *infra*, parr. 3.12 e 3.13.

⁷⁴ Sulla prassi della *summary disposition* v. più in dettaglio, *infra*, par. 3.18.

⁷⁵ Cfr. il *memorandum*, *cit.*, pp. 1-3.

⁷⁶ S.C.R. 38. Tale onere non è, invece, previsto per gli *in forma pauperis Cases*, ovvero quelle *petitions* presentate da soggetti indigenti (di solito, detenuti) cui viene dispensato il pagamento delle spese di giustizia.

⁷⁷ Al riguardo, la S.C.R. 15.1 afferma, espressamente, la facoltatività del «*brief*», a meno che non si tratti di una questione correlata alla pena capitale ovvero la Corte stessa non abbia ordinato al «*respondent*» di replicare al «*petitioner*».

⁷⁸ S.C.R. 15.3.

1. in primo luogo, così come per la *petition*, deve essere indicata la questione su cui esso insiste: è appena il caso di rilevare che, in questo caso, il *respondent* dovrà cercare di dimostrare che si tratta di *issue* di scarsa importanza, ovvero meramente fattuale: in una parola, che essa è *uncertworthy*;

2. in secondo luogo, vanno fornite alla Corte le motivazioni a supporto della tesi per cui la *petition* dovrebbe essere dichiarata non meritevole di *review* (c.d. *argument section*): si può già anticipare come la posizione del convenuto sia decisamente più agevole rispetto al ricorrente: in effetti, ciascun *clerk* (ovvero i soggetti che per primi esamineranno nel dettaglio le diverse *petitions* e che svolgono, per questo, un ruolo essenziale non solo nella loro cernita, ma anche, secondo alcuni, nel successivo eventuale accoglimento⁷⁹) tende ad essere *risk adverse*⁸⁰, ovvero ad evitare, per quanto possibile, di suggerire (e ottenere) l'accoglimento di una *petition* che poi, alla luce di ulteriore esame nel merito, si rivela *uncertworthy*⁸¹. Come suggerisce la dottrina, pertanto, il convenuto dovrà semplicemente «play upon the pool clerk's 'just say no' predisposition by providing reasons to doubt that the petition presents a certworthy issue»⁸²;

3. parte conclusiva (sebbene non necessaria) della memoria riguarda, così come già quella del ricorrente, eventuali riflessioni sul merito della controversia. In tale occasione, il *respondent* può cercare di convincere i *clerks*, ad esempio, che la decisione impugnata si colloca nell'alveo dei precedenti della Corte e non appare dunque necessario ribadire ciò che già costituisce principio tralatizio.

Va altresì ricordato che in questa sede il convenuto ha l'obbligo – a pena di ritenere rinunciata qualsiasi domanda al riguardo successivamente proposta – di

⁷⁹ Sul rilevante ruolo svolto dai *law clerks* dei *Justices*, v., *infra*, par. 3.6.

⁸⁰ Così T. BISHOP, J. SARLES, S. KANE, *op. cit.*, p. 30.

⁸¹ Con la conseguenza che il caso verrà *dismissed as improvidently granted*: su detta pratica, v. più in dettaglio, *infra*, par. 3.18.

⁸² T. BISHOP, J. SARLES, S. KANE, *op. cit.*, p. 30; nell'individuare, in concreto, le ragioni che il *respondent* dovrà inserire in questa sezione, la dottrina evidenzia, soprattutto, le seguenti:

1. la tardività della *petition*: nei *civil cases* è causa di difetto di giurisdizione;
2. la decisione resa è di natura interlocutoria;
3. il caso riguarda l'applicazione di una legge statale;
4. il caso è *fact-bound*;
5. la decisione si fonda su più motivazioni, ciascuna idonea, di per sé, a sostenerla;
6. il *writ* è stato negato sulla medesima questione in precedenza;
7. il conflitto tra circuiti in realtà non sussiste;
8. il conflitto non è adeguatamente *percolated* (sulla nozione di *percolation*, v., *infra*, par. 3.12);
9. il conflitto è idoneo a risolversi senza che sia necessaria all'uopo una pronuncia della Corte suprema;
10. il conflitto è *tolerable or unimportant*;
11. il Congresso o un'agenzia amministrativa può risolvere in maniera più adeguata il conflitto.

V., sul punto, A. FREY, K. GELLER & D. HARRIS, *Opposing review: the art of finding uncertworthiness*, in *Inside Litigation*, 1987, p. 27 ss.; ID., *Opposing Cert: Addressing the issues presented*, in *Inside Litigation*, 1987, p. 26 ss.

evidenziare ogni *misstatement made in the petition*, di fatto o di diritto, che sia rilevante ai fini della decisione finale⁸³.

Il *petitioner* può, a sua volta, replicare agli argomenti sollevati dal convenuto mediante un *reply brief*⁸⁴ e, nel corso del procedimento, ciascuna parte potrà sempre depositare dei *supplemental briefs* per segnalare alla Corte nuovi casi, nuova legislazione o altre questioni rilevanti sconosciute al tempo di presentazione delle memorie introduttive.

Infine, va ricordato che le parti possono sempre determinare l'estinzione del procedimento dichiarando congiuntamente e per iscritto di rinunciare agli atti⁸⁵.

3.4. La partecipazione di terzi «intervenienti»: l'*amicus curiae* e il suo brief

Come accennato nel precedente paragrafo, colui che presenta una *certiorari petition* ha facoltà di cercare il supporto di terzi, rappresentanti di interessi che trascendono quelli eminentemente individuali dei litiganti i quali, seppur non siano formalmente parti in causa, sostengano comunque le ragioni del ricorrente tramite una propria memoria, anch'essa depositata presso la cancelleria della Corte.

Si tratta dei c.d. *amici curiae*, la cui importanza è andata crescendo sempre più nel corso degli anni, rappresentando essi un modo attraverso cui estendere il giudizio a situazioni e diritti connessi con l'oggetto del medesimo e dar così spazio a chi verrebbe più o meno direttamente coinvolto dall'esito del processo⁸⁶.

⁸³ S.C.R. 15.2; è forse superfluo rilevare che, contrariamente al *petitioner*, il convenuto dovrà evitare di far supportare la propria memoria da eventuali *amici curiae*. Infatti, in questo caso la dottrina ha evidenziato come gli *amicus briefs* in supporto dell'*opposition* possano produrre l'effetto opposto, ovverossia quello di aumentare le probabilità di accoglimento della richiesta del *petitioner*, poiché idonei a mostrare alla Corte l'importanza – in termini di impatto su un numero rilevante e potenzialmente indeterminato di persone – della questione presentata: così, G. CALDEIRA & J. WRIGHT, *The discuss list: Agenda Building in the Supreme Court*, in 24 *Law & Soc. Rev.*, 1990, p. 828; per maggiori approfondimenti sul tema, v. subito *infra*, par. 3.4.

⁸⁴ S.C.R. 15.6.

⁸⁵ S.C.R. 46.

⁸⁶ Sulla figura dell'*amicus curiae* la letteratura è molto ampia; tra gli altri cfr. R. BRADLEY & P. GARDNER, *Underdogs, Upperdogs and the use of the Amicus Brief: trends and explanations*, in 10 *Just. Sys. J.*, 1985, p. 90 ss.; J. KEARNEY & T. MERRILL, *The influence of amicus curiae briefs on the Supreme Court*, in 148 *Univ. Pa. Law Rev.*, 1999, p. 743 ss.; S. KRISLOV, *The amicus curiae brief: from friendship to advocacy*, in 72 *Yale Law J.*, 1962, p. 694 ss.; K. LYNCH, *Best friends? Supreme Court Law Clerks on effective amicus curiae briefs*, in 20 *J. of Law & Pol.*, 2004, p. 33 ss.; K. O'CONNOR & L. EPSTEIN, *Court Rules and workload: a case study of rules governing amicus curiae participation*, in 8 *Just. Sys. J.*, 1983, p. 42 ss.; G. PIPER, *Amicus curiae participation – at the Court's discretion*, in 55 *Ky Law J.*, 1966, p. 864 ss.; E. SILVESTRI, L'«*amicus curiae*»: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 679 ss.

Prima di indagare le ragioni per cui il supporto di eventuali terzi «qualificati» sia così rilevante anche nell'ambito del *certiorari proceeding* risulta tuttavia opportuno spendere alcune parole sui caratteri generali di tale strumento e, soprattutto, sull'evoluzione che esso ha subito nel tempo.

La figura dell'*amicus curiae* nasce, in effetti, con funzioni ben diverse da quella appena descritta. Si tratta di istituto sviluppatosi nel *common law* inglese, secondo cui questi sarebbe «a friend of the Court (...). A bystander, who without having an interest in the cause, of his own knowledge makes suggestions on a point of law or of fact for the information of the presiding judge»⁸⁷. In altre parole, in origine il terzo era una sorta di un «attore indipendente» nel procedimento, la cui precipua funzione sarebbe consistita solo nel chiarire alla Corte elementi omessi, non sufficientemente chiariti dall'avvocato di una delle parti, ovvero ancora non adeguatamente compresi dagli stessi⁸⁸.

Pertanto, tale forma di «intervento» avrebbe potuto essere posta in essere solo con l'esplicito consenso della Corte, tanto che la dottrina, al riguardo, ha affermato che si sarebbe trattato di «a matter of grace rather than a right»⁸⁹: invero, assai raramente il permesso veniva concesso e la ragione di tale diffidenza consisteva nello stesso fondamento del *trial by duel*, ovvero del c.d. modello *adversary*, che predica[va] la parità assoluta tra i due contendenti e la regola per cui «the parties (...) shall have the right to litigate the same, free from the interference of strangers»⁹⁰.

Nel «mutuare» tale istituto, la Corte suprema americana gli attribuì una funzione (assai meno neutrale e) molto più simile a quella di un avvocato di parte: non a caso, la dottrina ha parlato, al riguardo, di uno «shift from friendship to advocacy»⁹¹. In altre parole, l'*amicus curiae* si fa sostenitore – in fatto ed in diritto

⁸⁷ La definizione, riportata da S. KRISLOV, *op. cit.*, p. 694, è di ABBOTT, *Dictionary of terms and phrases*, Boston, 1879; gli stessi giudici inglesi sottolinearono che «he acts for no one, but simply seeks to give information to the Court»: v. *Campbell v. Swasey*, in 12 *Ind.*, pp. 70, 72 (1859); v. anche G. PIPER, *op. cit.*, p. 864, secondo cui l'*amicus curiae* era «a mere bystander whose sole mission is to aid the Court and to act for the sole benefit of the Court».

⁸⁸ Come affermato dalla dottrina, la prassi dell'*amicus curiae* «was utilized at an early date to avert one type of injustice which might otherwise have resulted from strict application of the principles of adversary proceedings (...). The friend of the Court could point out either that the proceeding was fraudulent or that it threatened to foreclose the rights of third parties through collusion»: così S. KRISLOV, *op. cit.*, p. 696; cfr., altresì, E. SILVESTRI, *op. ult. cit.*, p. 680, secondo cui, almeno in origine, «l'intervento dell'*amicus curiae* non è volto specificamente a fornire all'organo giudicante elementi di convincimento idonei a sostenere le ragioni di una parte in funzione della sua vittoria in giudizio, ma mira soprattutto a tutelare il prestigio della corte, aiutandola ad evitare la pronuncia di decisioni manifestamente errate».

⁸⁹ Così S. KRISLOV, *op. cit.*, p. 695.

⁹⁰ *Consolidated Liquor Corp. v. Scotello & Nizzi*, in 21 *N.M.*, 1916, 494-495.

⁹¹ Così S. KRISLOV, *op. cit.*, p. 695.

to – degli interessi o di una delle parti in causa oppure di un soggetto terzo non rappresentato, ma nei cui confronti saranno destinati a prodursi gli effetti della sentenza che verrà pronunciata tra le parti⁹²; egli diventa dunque «an ally of one of the parties, or (...) the representative of an interest not otherwise represented»⁹³.

In particolare, si è osservato come l'*amicus curiae*, in un procedimento pendente *inter alios*, intervenga – in buona sostanza – per due motivi:

1. – quando «there is evidence of some weakness in the legal talent arrayed by the principal party, or when the interest of the amicus curiae is, in fact, very sharply differentiated from that of litigants»;

2. – ovvero al fine di «perform[ing] a valuable subsidiary role by introducing subtle variations of the basic argument, or emotive and even questionable arguments that might result in a successful verdict, but are too risky to be embraced by the principal litigant»⁹⁴.

Pertanto, l'*amicus* svolge una funzione che va dal semplice *endorsement* di una delle parti (ovvero di un soggetto terzo) fino ad una «part of the supplementary strategy available to the principal litigants»⁹⁵.

Anche a livello più squisitamente processuale, nel passaggio all'ordinamento americano si è assistito ad una certa evoluzione dell'istituto: invero, se in origine la possibilità di dispiegare un simile «intervento» continuava ad essere sottoposta – così come in Inghilterra – ad un previo assenso della Corte⁹⁶, successivamente al recepimento della figura all'interno delle S.C.R. rilevanti modifiche vennero apportate.

In particolare, la S.C.R. 27 del 1949 stabiliva, diversamente dalla originaria connotazione, che l'*amicus curiae* avrebbe potuto intervenire solo se le parti principali avessero acconsentito per iscritto; nel caso in cui non avesse ottenuto il predetto permesso, questi avrebbe comunque potuto rivolgere una ulteriore richie-

⁹² In particolare, l'*amicus curiae* «interviene nel processo senza acquistare la qualità di parte, ma (...) della parte può esercitare quasi tutti i poteri»: così E. SILVESTRI, *op. ult. cit.*, p. 681.

⁹³ Il passaggio è stato graduale: dapprima la Corte ha riconosciuto tale possibilità all'*Attorney General* per la tutela degli interessi del Governo federale nelle controversie riguardanti i singoli Stati [*Green v. Biddle*, 21 U.S. 1 (1823)]; v., anche, *Florida v. Georgia*, 58 U.S. 478 (1854)]; successivamente, ha esteso tale possibilità anche ai *private litigants* [v., ad es., i casi *Bate Refrig. Co. v. Hammond*, 129 U.S. 151 (1889); *Northern Security Co. v. United States*, 191 U.S. 555 (1903); *White-Smith Music Co. v. Apollo Co.*, 209 U.S. 1 (1908)]; sul punto, v., altresì, E. SILVESTRI, *op. ult. cit.*, p. 681 s.

⁹⁴ S. KRISLOV, *op. cit.*, p. 712.

⁹⁵ ID., *op. cit.*, p. 713.

⁹⁶ La dottrina ha, al riguardo, affermato che «an amicus's privilege to participate in litigation [was] a matter of favor, not right, and thus fall[ed] within the court's discretion»: così G. PIPER, *op. cit.*, p. 865.

sta alla Corte stessa⁹⁷. Qualora, invece, interessato alla partecipazione fosse stato il Governo degli Stati Uniti, ovvero un'agenzia amministrativa rappresentata sempre dall'*Attorney General*, ovvero ancora uno Stato, l'«intervento» avrebbe potuto essere posto in essere senza necessità di previa autorizzazione.

La citata *rule* venne quindi leggermente modificata nel 1954 (cambiando altresì numerazione), anche a seguito delle critiche ad essa rivolte da alcuni *Justices*⁹⁸. Nella nuova disposizione, pur continuandosi ad affermare che l'«intervento» avrebbe potuto essere effettuato a seguito di *leave* sia delle parti che della Corte, si ribadiva, tuttavia, che il previo consenso delle parti rimaneva presupposto fortemente consigliato: le richieste di permesso rivolte alla Corte venivano, infatti, considerate *not favored*⁹⁹. A conferma di quanto appena esposto, la norma stabiliva che, in caso di *motion* presentata alla Corte, essa avrebbe dovuto descrivere «the nature of the applicants interest, set forth facts or questions of law that have not been, or reasons for believing that they will not adequately be presented by the parties, and their relevancy to the disposition of the case»¹⁰⁰.

Nei decenni che seguirono la regola non subì ulteriori modifiche: ciò che, invece, cambiò fu l'atteggiamento della Corte nei confronti degli *amici curiae*: essa iniziò ad accordare il permesso a pressoché tutte le richieste di «intervento» presentate, con la conseguenza di consentire – di fatto – «unlimited filings of amicus curiae briefs in argued cases»¹⁰¹.

Negli anni '90, infine, la norma subì ancora due interventi: nel 1990 venne rinumerata nuovamente, con l'aggiunta che gli «amicus curiae briefs failing to bring new relevant matter to the attention of the Court are 'not favored'»¹⁰²; nel 1997 venne inserita una ulteriore sezione (37.6), che richiede all'*amicus* la

⁹⁷ S.C.R. 27 (1949).

⁹⁸ V. ad es., quanto affermato dal Justice Frankfurter nella sentenza *On Lee v. United States* 343 U.S. 747 (1951), secondo cui «the rule governing the filing of amici briefs clearly implies that such brief should be allowed to come before the Court not merely on the Court's exercise of judgement in each case. On the contrary, it presuppose that the Court may have the aid of such briefs if the parties consent».

⁹⁹ S.C.R. 42 (1954); affermazione sostanzialmente riportata dall'attuale S.C.R. 37.2 (b).

¹⁰⁰ S.C.R. 42.3 (1954); in ogni caso, tali elementi erano formulati in modo talmente vago da portare alla conclusione che la Corte avrebbe deciso se accordare il permesso in maniera quasi totalmente discrezionale; nell'attuale *rule* si richiede al potenziale *amicus*, più semplicemente, di «state the nature of the movant's interest» [S.C.R. 37.2 (b)].

¹⁰¹ Si parla, a tale riguardo, di «open door policy towards amicus filings»: così, J. KERNEY & T. MERRILL, *op. cit.*, pp. 762-767; sul punto, v. anche L. EPSTEIN, *Interest group litigation during the Rehnquist Court era*, in 9 J. of Law. & Pol., 1993, p. 650; in giurisprudenza, v. *Ford motor Co. v. Fulkerson*, 517 U.S. 1229, (1996); *Ford Motor Co. v. Sperau*, 517 U.S. 1217, (1996); *Mock v. Pennsylvania Dep't of Env'tl. Resources*, 517 U.S. 1216, (1996).

¹⁰² S.C.R. 37.1 sostanzialmente riprodotto dalla formulazione attuale.

«disclosure of certain relationships between the parties to the case and any person or entity that files an amicus brief»¹⁰³.

Delineata, dunque, nei suoi caratteri essenziali, la figura dell'*amicus curiae* e limitando l'attenzione, in questa sede, da una parte alla sola figura del soggetto che intervenga a sostegno di una delle parti (non anche di colui che decide di intervenire per un terzo non rappresentato) e, da altra parte, al *certiorari proceeding* (dunque con esclusione di tutte le altre fattispecie di «intervento» indicate alla S.C.R. 37) si è accennato, poco sopra, al fatto che al *petitioner* viene fortemente consigliato di farsi affiancare da (uno o più) *amici curiae*, essendo molteplici i segnali che connettono siffatto *endorsement* ad un significativo incremento delle *chances* di accoglimento della propria *petition*.

Pur essendo, quest'ultimo, un tema che troverà ampio spazio nella parte dedicata ai criteri che convincono la Corte ad accordare la *review*¹⁰⁴, si può tuttavia già anticipare come la presenza di *amici curiae* aumenti, statisticamente, le possibilità di ottenere il *writ* poiché «the demonstration of interest outside the parties to the case may signal importance [of the case]»¹⁰⁵. In altre parole, essendo l'*importance of the case* uno dei due (soli) parametri esplicitamente positivamente valutati nelle S.C.R. per la concessione della *permission to appeal*, ma risultando altresì di difficile definizione il concetto di *importance*, la presenza di *amici curiae* pare in grado, a certe condizioni, di dar concretezza al predetto indicatore, costituendo essi, specie quando si tratti di gruppi rappresentativi di categorie ed interessi (c.d. *organized interests*), una importante verifica, per i *Justices*, circa la rilevanza della questione presentata dal ricorrente.

Alla luce di quanto sommariamente affermato, e nel rimandare per i necessari approfondimenti alla successiva trattazione, risulta in questa sede utile enu-

¹⁰³ S.C.R. 37.6; nella sua formulazione attuale, la regola richiede di render noto «whether counsel for a party authored the brief in whole or in part», ovvero l'identità «of every person or entity other than the amicus curiae, its members or its counsel, who made a monetary contribution to the preparation or submission of the brief»: in argomento cfr. M. RUSTAD & T. KOENING, *The Supreme Court and Junk Social Science: selective distortion in amicus briefs*, in 72 N.C. Law Rev., 1993, p. 157 s. Quanto al significato di quest'ultima aggiunta, secondo la dottrina, essa potrebbe semplicemente significare che i «Justices want to know if an amicus brief is written or financed by one of the parties so that they can more appropriately evaluate the contents of the brief for possible bias. Alternatively, the changes could reflect a perception by the Justices that some parties are funding or ghost-writing amicus briefs to get around the page limits that apply to the parties' brief on the merits. Or, the amendments could reflect a growing concern on the part of the Justices that amicus filings are being manipulated in order to create an impression of widespread political support of a particular position»: così, J. KEARNEY & T. MERRILL, *op. cit.*, p. 766 s.

¹⁰⁴ V., *infra*, par. 3.13.

¹⁰⁵ Così, H. PERRY, *Deciding to decide. Agenda setting in the United States Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, 1991, p. 135; si vedrà, inoltre, *infra*, par. 3.13 che se un *private amicus* aumenti le possibilità di *review* del caso, l'«intervento» del *Solicitor General* quale *amicus curiae* in sostegno di una delle parti incrementa moltissimo le *chances* di successo.

cleare, almeno per sommi capi, il *know-how* dell'*amicus brief*, così come suggerito da quei soggetti – i *law clerks* – che, primi fra tutti, li esaminano:

- anzitutto un «buon» *brief* dovrebbe guardarsi dal ripetere le argomentazioni, in fatto ed in diritto, della parte principale: «a serviceable brief must be additive to the party discussion, and contribute to the Court's knowledge base in some significant way». Come regola generale, «the amicus brief must address an important factual or legal aspect of the case that has been neglected in order to be valuable to the Court. Amicus brief that repeat party positions for the purpose of talking a 'strenght in numbers' approach should be avoided at all cost»¹⁰⁶;
- ulteriore requisito del *brief* è la sua brevità: una memoria troppo dettagliata, inevitabilmente, finisce per contenere elementi e informazioni non essenziali. L'*amicus curiae*, come affermato, «has the luxury to focus on only those arguments or that information corresponding to its specific organizational interests» e, pertanto, non deve sprecare tale prerogativa¹⁰⁷;
- ancora, il *brief* dev'essere redatto in modo chiaro, corretto e fruibile anche ad una prima lettura: in particolare, «the table of contents and summary of arguments must clearly state what the brief adds to the Court's deliberation of the merits». Una memoria che non mostri, sin da subito, l'elemento aggiuntivo che essa introduce all'interno del processo, «risks immediate disregard by the clerks who review it»¹⁰⁸;
- *last but not least*, considerata la propensione dei *clerks* a prestare maggior attenzione ai *briefs* provenienti da autorevoli giuristi (siano essi avvocati o professori), «a potential amicus filer should seriously contemplate hiring a top advocate»¹⁰⁹.

3.5. I law clerks: *compiti e responsabilità*

Oltre ad essere i primi destinatari delle diverse *petitions* e dei correlati *briefs in opposition*, i *law clerks* – ovvero gli assistenti di ciascun giudice – condividono con i *Justices* le responsabilità maggiori del procedimento di selezione dei casi: invero in più occasioni la dottrina ha messo in luce che la serie di attività da questi svolte – e, in particolare, le loro «raccomandazioni» sul se accogliere o meno una *petition* – possono anche giungere a condizionare la decisione finale sul «se decidere» della Corte¹¹⁰.

¹⁰⁶ Così K. LYNCH, *op. cit.*, p. 69.

¹⁰⁷ *Id.*, *op. cit.*, p. 70.

¹⁰⁸ *Id.*, *op. cit.*, p. 71.

¹⁰⁹ *Id.*, *op. cit.*, p. 71.

¹¹⁰ D. STRAS, *The Supreme Court's gatekeepers: the role of the Law Clerks in the certiorari pro-*

Per comprenderne appieno le diverse funzioni nell'ambito del *certiorari proceeding* è tuttavia opportuno, così come già per gli *amici curiae* e più in generale per tutti gli istituti di matrice straniera, delineare preliminarmente la nascita e le prerogative spettanti a questi soggetti: mai come in questo caso, infatti, l'evoluzione della figura è stata così incisiva e penetrante da stravolgerne completamente la portata; non è un caso se oggi la dottrina americana li definisca una vera e propria *institution* nel sistema giudiziario¹¹¹ posto che questi «provide a second pair of hands and legs for [their] judge»¹¹².

In particolare, negli anni immediatamente successivi la nascita della Corte, gli assistenti personali dei *Justices* erano semplici *messengers*, per lo più di origine afroamericana, le cui funzioni dipendevano essenzialmente da quanto decideva al riguardo il singolo *Justice*: di regola, comunque, erano utilizzati come «errand clerks, waiters and chaffeurs»¹¹³.

La nascita della figura del *law clerk* si deve al *Justice* Horace Gray, il quale – una volta nominato nel 1882 – introdusse all'interno della Corte la prassi che aveva inaugurato come *Chief Justice* della *Supreme Court of Massachusetts*, ovvero la decisione di assumere a sue spese un laureato (*cum laude*) della *Harvard*

cess, in 85 *Tex. Law Rev.*, 2006, p. 947 ss. Sulla nascita, evoluzione e ruolo dei *law clerks*, la dottrina è assai numerosa. Tra gli altri, cfr. AA.VV., *The Bright Young Men behind the Bench*, in 43 *U.S. News & World Rep.*, 1957, p. 45 ss.; P. BAIER, *The Law Clerks: profile of an institution*, in 26 *Vand. Law Rev.*, 1973, p. 1125 ss.; A. BICKEL, *The Court: an indictment analyzed*, in *N.Y. Times*, april 27, 1958, S6, p. 16 ss.; B. BOSKEY, *Mr. Chief Justice Stone*, in 59 *Harv. Law Rev.*, 1946, p. 1200 ss.; G. BRADEN, *The value of law clerks*, in 24 *Miss. Law J.*, 1953, p. 295 ss.; V. BRUDNEY, R. WOLFSON, *Mr. Justice Rutledge – Law Clerk's Reflections*, in 25 *Ind. Law J.*, 1949, p. 455 ss.; N. DORSEN, *Law clerks in Appellate Courts in the United States*, in 26 *Modern Law Rev.*, 1962, p. 265 ss.; R. HILLS, *A Law Clerk at the Supreme Court of the United States*, in 33 *Los Angeles Bull.*, 1958, p. 333 ss.; L. MATHEWS, *Supreme Court Clerks: Fame in a footnote*, in *Los Angeles Times*, January 5, 1972, S1, p. 1 ss.; A. MCCORMACK, *A Law Clerk's recollection*, in 46 *Colum. Law Rev.*, 1946, p. 710 ss.; D. MEADOR, *Do Law Clerks wield power in Supreme Court cases – Another view: Clerks might "influence some actions"*, in 44 *U.S. News & World Rep.*, 1958, p. 116 ss.; ID., *Mr. Justice Black and his law clerks*, in 15 *Ala. Law Rev.*, 1962, p. 57 ss.; C. NEWLAND, *Personal assistants to Supreme Court "Justices": the Law Clerks*, in 40 *Ore. Law Rev.*, 1961, p. 299 ss.; T. PEPPERS, *Courtiers of the Marble Palace: the rise and influence of the Supreme Court Law Clerks*, Stanford, 2006; H. PERRY, *Deciding to decide*, cit., p. 69 ss.; D. PROVINE, *Case selection in the U.S. Supreme Court*, cit., p. 22 ss.; W. REHNQUIST, *Who writes decisions of the Supreme Court?*, in 43 *U.S. News & World Rep.*, 1957, p. 74 ss.; W. ROGERS, *Do Law Clerks wield power in Supreme Court Cases – Clerks' work is "not decisive of ultimate result"*, in 44 *U.S. News & World Rep.*, 1958, p. 114 ss.; S. SARSHILK, *The Supreme Court and its Law Clerks: Bullets or Blanks for the hired guns*, in 2 *Juris Doctor*, 1972, p. 40 ss.; A. WARD & D. WEIDEN, *Sorcerer's Apprentices: 100 years of Law Clerks at the United States Supreme Court*, New York, 2006; R. WILLIAMS, *Justice run "nine little law firms" at the Supreme Court*, in 7 *Smithsonian*, 1977, p. 83 ss.

¹¹¹ P. BAIER, *op. cit.*, p. 1125 ss.

¹¹² Così J. FRANK, *Marble Palace: the Supreme Court in american life*, Knopf, New York, 1958, p. 116.

¹¹³ Così C. NEWLAND, *Personal assistants to Supreme Court "Justices"*, cit., p. 300.

Law School come segretario personale; l'assistente così concepito era tuttavia provvisto di mansioni meramente amministrative e, soprattutto, stenografiche¹¹⁴.

L'iniziativa di Gray venne sostenuta anche dall'allora *Attorney General* Garland, il quale, nel suo *Report to Congress* del 1885, non solo sponsorizzava la figura del *clerk*, ma ne consigliava l'utilizzo anche agli altri *Justices*, scorgendo in esso un modo per deflazionare il carico di lavoro della Corte. In particolare, egli affermò che «it should greatly facilitate the business of the Supreme Court if each Justice was provided by law with a secretary or law clerk, to be a stenographer, to be paid an annual salary sufficient to obtain the requisite qualifications, whose duties shall be assist in such clerical work as might be assigned to him»¹¹⁵.

Il Congresso recepì il suggerimento dell'*Attorney General* e, con atto del 1886, ufficializzò la figura dello *stenographic clerk*¹¹⁶.

Nel 1919, sempre il Congresso, su richiesta dei *Justices*, diede loro la possibilità di assumere un secondo *law clerk* «at a salary 'not exceeding \$3.600 each'»¹¹⁷ il quale, nell'idea della Corte, avrebbe avuto il compito di «writing summaries of incoming petitions for certiorari»¹¹⁸. È, dunque, a questa data che si ricollega la nascita del *law clerk* quale assistente con *duties* «para-legali» e non meramente amministrativi. Inoltre, con l'avvento del *Chief Justice* Warren nel 1953, tali compiti vennero incrementati, avendo questi standardizzato la prassi, già introdotta dal *Chief Justice* Vinson, di «delegating many judicial functions to his clerks, including drafting memoranda on certiorari petitions, writing bench memos for

¹¹⁴ Non a caso si parlava, al riguardo, di *stenographic clerk*: P. BAIER, *op. cit.*, p. 1131; va però ricordato che – almeno all'origine – i *clerks* avevano anche una funzione ... ben poco giuridica: «I remember washing my judge's car – afferma Baier – and, more curiously, the afternoon when in the middle of some research I was called to the bench during orals and handed a note by my judge that read: 'We've been on the bench for almost five hours. I'm hungry. Get me a corned beef on rye'. È quanto dall'autore definito come «gastronomical jurisprudence»: ID., *op. cit.*, p. 1149 ss.

¹¹⁵ Cfr. *Att'y Gen. Ann. Rep.* 1885, p. 43.

¹¹⁶ L'atto prevedeva uno «stenographic clerk for the Chief Justice and for each associate Justice of the Supreme Court, at not exceeding one thousand six hundred dollars each»: Act of Aug. 4, 1886, 24 Stat. 254.

¹¹⁷ Act of July 19, 1919, 41 Stat. 163: la possibilità accordata andava anch'essa nella direzione di deflazionare il carico di lavoro dei *Justices*, essendo in quegli anni i procedimenti *in forma pauperis* notevolmente aumentati.

¹¹⁸ V. T. PEPPERS, *op. cit.*, p. 85; A. WARD & D. WEIDEN, *op. cit.*, p. 34; con riferimento a tale funzione, va ricordato come essa si intensificò particolarmente a seguito dell'introduzione, da parte del *Justice* Hughes, della c.d. *dead list* (ovvero la lista delle *petitions* che non sarebbero neppure state discusse nella *conference* dedicata, *inter alia*, alla decisione relativa alla concessione del *writ*: v., *infra*, par. 3.8). Se, prima, tutte le *petitions* venivano discusse in *conference*, successivamente alla modifica sopra accennata i *Justices* «came to rely heavily on their clerks for certiorari memos as the docket expanded and not all petitions were discussed in conference» (D. STRAS, *op. cit.*, p. 951): come è stato affermato, «law clerk participation in cert. review had become institutionalized»: T. PEPPERS, *op. cit.*, p. 94.

merits cases, and even drafting the initial version of majority, concurring and dissenting opinions»¹¹⁹.

Nel 1970 e nel 1974 il numero dei *clerks* per ciascun *Justice* venne quindi aumentato dapprima a due e poi a quattro componenti, probabilmente – anche se non v'è chiarezza sul punto – per far fronte alle nuove funzioni a questi assegnate a partire dalla Corte Warren¹²⁰.

Infine, nel periodo della Corte Burger e, ancor di più, Rehnquist, divenne pressoché normale «delegating opinions to law clerks in most, and in some instances all, cases»¹²¹. I *law clerks* pertanto, divennero (e sono tutt'ora) «an indispensable (...) component of the Court's operations»¹²².

Alla luce di quanto appena osservato, particolarmente rilevante appare il meccanismo di *recruiting* messo a punto dalla Corte e perfezionato nel tempo: in linea di massima, il *prospective clerk* – solitamente un neolaureato – deve aver conseguito il proprio *J.D.*¹²³, con il massimo dei voti, presso una delle più prestigiose *law schools* della nazione¹²⁴; costituisce altresì titolo di preferenza – anche per la tipologia di attività che il *clerk* è chiamato a svolgere – l'aver fatto parte del comitato di redazione di una *law review*¹²⁵ o aver già effettuato pubblicazioni o svolto ricerche a carattere comparatistico¹²⁶.

¹¹⁹ T. PEPPERS, *op. cit.*, p. 148. Pertanto, dal 1919 al 1931 ciascun *Justice* poteva avvalersi dell'attività di un *law clerk* e di uno *stenographic clerk*; quest'ultima figura, però, venne abolita dal *Chief Justice* Hughes, il quale trasformò anch'esso in un *law clerk* con compiti paralegali e non più amministrativi.

¹²⁰ D. STRAS, *op. cit.*, p. 952.

¹²¹ ID., *op. cit.*, p. 953; secondo la dottrina, «one can safely conclude that no other set of sitting Supreme Court Justices have delegated as much responsibilities to their law clerks as those on the Rehnquist Court»: così, T. PEPPERS, *op. cit.*, p. 191.

¹²² D. STRAS, *op. cit.*, p. 953.

¹²³ *Juris Doctor*, titolo universitario *graduate*, sostanzialmente analogo alla laurea in Giurisprudenza italiana.

¹²⁴ La scelta veniva (e viene) preferibilmente effettuata tra i migliori *J.D.'s* delle *law schools* afferenti alle università c.d. *ivy league*, tra cui si ricordano i nomi di *Harvard*, *Yale*, *Cornell*, *Penn*, *Columbia*, *Princeton*; non mancano, comunque, negli ultimi anni anche *clerks* provenienti da altre ottime scuole, sebbene non appartenenti alla *league*: ad es., la *Stanford Law School*, la *New York University School of Law*, la *Duke University Law School*, la *University of Virginia Law School*, ecc.

¹²⁵ A differenza del sistema italiano, negli Stati Uniti ogni università vanta la propria *law review*, il cui comitato di redazione è composto dai migliori studenti dei corsi, unitamente ad altre eventuali riviste giuridiche a contenuto più specifico. Sull'importanza di tale attività nel *résumé* di un *prospective clerk*, v. quanto affermato dal *Chief Justice* Rehnquist, il quale «prefer[s] that the applicant has had a responsible position on the law review, because [he] thinks law review is an excellent teaching device whereby one learns to organize, assemble, and develop one's ideas and to work with other people. Service on law review certainly does not teach one to write sparkling or even interesting prose, but it does teach one to organize and logically develop one's train of thought»: così W. REHNQUIST, *The Supreme Court*, Vintage Book, New York, 2004, p. 231 s.

¹²⁶ Va, comunque, ricordato il ruolo determinante dei docenti delle *law schools*, che solitamen-

Non sono tuttavia mancati, nella storia, casi in cui la scelta dei *Justices* ha riflettuto anche particolari predilezioni degli stessi: così ad es., il *Justice* McReynolds faticava (non solo a trovare, ma anche) a mantenere presso di sé *clerks* «adeguati» ai propri *standards*, richiedendo egli che questi rimanessero «single» e non fumassero mentre al lavoro (!) ¹²⁷.

A volte, poi, si sono registrate delle scelte connesse più che altro al legame intercorrente tra il *Justice* e la propria *alma mater*: così ad es., i *Justices* Brandeis, Gray e Holmes sceglievano i propri *clerks* esclusivamente tra *J.D.'s* di *Harvard*; il *Chief Justice* Taft ogni anno selezionava il proprio *clerk* tra i laureati di *Yale*, dietro suggerimento dell'allora *Dean* Charles E. Clark; il *Justice* Vinson preferiva chi proveniva dalla *Northwestern University*.

Quanto alla durata dell'incarico, è attualmente previsto che ciascun *clerk* svolga il proprio incarico per un solo anno (a partire da inizio di giugno, fino a quello dell'anno successivo) ¹²⁸. Il termine è volutamente breve: in tal modo, invero, si ottiene «fresh blood to circulate anew each year in the judiciary» ¹²⁹: l'idea è dunque che – tramite un rapido *turnover* – i *Justices* non soltanto possano essere sempre al corrente delle nuove idee e degli orientamenti più recenti che si formano nelle *law schools*, ma traggano altresì giovamento dall'«enthusiasm and zeal the young graduate brings to his first job» ¹³⁰.

te provvedono a «raccomandare» ai *Justices* (da loro conosciuti, magari come *ex* compagni di università) gli studenti che essi reputino migliori per l'incarico da svolgere. Inoltre, l'aver ricoperto il ruolo di *law clerk* costituisce un titolo di tutto rispetto nel *curriculum*, che favorisce l'assunzione nelle più prestigiose *law firms* americane.

¹²⁷ Cfr. C. NEWLAND, *op. cit.*, p. 306; P. BAIER, *op. cit.*, p. 1138, il quale ricorda, ancora, come il *Justice* Black preferiva coloro che, sposati o meno, sapessero giocare bene a tennis.

¹²⁸ La breve durata, peraltro, è una caratteristica attuale dell'incarico. In precedenza i *clerks* potevano rimanere in servizio per anni, addirittura fino al decesso del proprio *Justice*.

¹²⁹ In tal senso v. P. BAIER, *op. cit.*, p. 1141.

¹³⁰ ID., *op. cit.*, p. 1141; per dirla con le parole di altra dottrina, «the recurring and unceasing impact of a young junior in the task is the best medicine yet discovered by man against the hardening of a senior's mind and imagination (...). There then arrives yearly in the judges' chambers a reasonable sampling of information and opinion derived from the labors, over the three past years, of an intelligent group of men specializing in the current growth and problems of our law: the faculty which has reared the new apprentice»: K. LLEWELLYN, *The common law tradition: deciding appeals*, Little, Brown & Co., Boston, 1960, p. 322. Ancora, è stato affermato che «a recent graduate from law school is, to be sure, innocent in the practical way of the law, but he is also likely to be learned in what may be called the frontiers of the law, the new ideas being evolved in the halls of the scholars of the law. The law develops, as it must if it is to meet the needs of a changing society, and the judges who pronounce the law need all the help that they can get in keeping the law abreast of the times»: G. BRADEN, *op. cit.*, p. 297. Al fine di ovviare all'inconveniente relativo alla sostituzione del *clerk* proprio nel momento in cui ha acquisito l'esperienza per gestire le serie di attività che gli vengono richieste sono stati predisposti diversi meccanismi: ad esempio, le prime due settimane di lavoro il nuovo *clerk* è affiancato dal precedente che può

Le principali funzioni svolte dai *clerks* sono essenzialmente tre:

1. in primo luogo, come già accennato, essi si occupano dell'iniziale *screening* di tutte le *petitions on writ of certiorari* depositate presso la cancelleria della Corte: nell'economia del lavoro svolto, tale disamina preliminare richiede, senza dubbio, la maggior parte del tempo (e delle risorse) a disposizione dei *clerks*. Poiché il numero di ricorsi è costantemente cresciuto nel corso degli anni, rendendone impossibile, per i *Justices*, un'analisi dettagliata, la prassi, sin dalla nascita della figura del «clerk paralegale», è sempre stata nel senso di delegare a questi ultimi la redazione di un *summary* (in seguito rinominato *memorandum*) su ciascuna *petition*, di modo che ogni *Justice* potesse presentarsi alla *conference* per la decisione sul «se decidere» disponendo di tutti gli elementi necessari. Invero, siffatto *memorandum* «state[s] the fact, the opinion below, the issues, and the arguments of the attorneys»¹³¹; in aggiunta, nella parte finale il *clerk* inserisce, di solito, una propria *recommendation* (anche se si tratta di una prassi, quest'ultima, recente) sul se accogliere o meno la *petition*¹³²;

2. altra funzione svolta dai *clerks* attiene alla redazione di *bench memos*: si tratta di una sorta di riassunto dei casi (cui è già stata accordata la *review*) che verranno trattati nel merito dalla Corte; «these memos – afferma al riguardo la dottrina – are prepared by the law clerks as an aid in preparation for the oral arguments. They are supplementary to the records and briefs supplied for the case»¹³³;

3. i *clerks*, infine, provvedono a stendere una bozza dell'*opinion* in vista della decisione della causa¹³⁴. È appena il caso di segnalare che questa funzione «di

così mostrargli, almeno per sommi capi, le prassi adottate e il *know how* acquisito: v., al riguardo, W. REHNQUIST, *The Supreme Court*, cit., p. 6 ss.

¹³¹ Così C. NEWLAND, *op. cit.*, p. 312; al riguardo, v. le parole di D. MEADOR, *former clerk* del *Justice Black*, secondo cui «the clerks get the weekly distribution of certiorari petitions. The task is to prepare a short memorandum on each. Yearround these come on an average of twenty to thirty a week»: ID., *Mr. Justice Black*, cit., p. 59.

¹³² Più in dettaglio sul *memo* e sull'attuale procedura seguita dai *clerks*, v. il successivo par. 3.6.

¹³³ C. NEWLAND, *op. cit.*, p. 312; v., al riguardo, quanto affermato da N. DORSEN, *former clerk* del *Justice Harlan*, secondo cui «some law clerks also prepare memoranda summarizing the contending arguments in cases about to be heard by the court; these are known informally as 'bench memos' because the Justices use them in preparation for oral argument. Such memoranda outline the precedents and possible lines of approach to the case and often suggest questions for counsel»: ID., *op. cit.*, p. 268.

¹³⁴ Va ricordato, al riguardo, che la struttura della sentenza americana è molto diversa dalla nostra. In Italia, essa viene emessa da un giudice-organo di natura «impersonale»; negli Stati Uniti (come, in genere, nei sistemi di *common law*), la decisione è la *summa* delle *opinions* dei singoli giudici (i quali possono anche dissentire dalla statuizione della maggioranza della Corte). Sull'attività di «drafting opinion», v. le parole di uno dei primi *clerks* della Corte, S. Williston (scelto dal *Justice Gray*), il quale affermava che spesso gli era richiesto «to write an opinion on the cases that had been assigned to the judge»: ID., *Life and Law*, Little, Brown & Co., Boston, 1940, p. 91 s.; v., altresì, al riguardo, la prassi descritta da J. Frank, secondo cui «sometimes a Justice writes the first

supporto» ha sollevato numerose perplessità: parte della dottrina ha, in effetti, scorto in tale «delega di funzioni» una sostanziale «abdicazione» dal potere giudiziario da parte dei *Justices*. In particolare, è stato contestato ai *clerks* di porsi quali *ghost writers*: «men who handle much of the detailed work of the Court (...). Workers not subject to the usual security or loyalty checks (...), who exercise an influence upon the Justices that is reflected in the opinion handed down by the Supreme Court (...). A 'second team' on the U.S. Supreme Court»¹³⁵. In risposta a queste obiezioni è stato tuttavia osservato, da un lato, che l'operazione di stesura dell'*opinion* è una sorta di *institutional process*, dovendo essa riflettere le idee della maggioranza dei *Justices* al riguardo, non solo dunque di quello per cui il *clerk* svolge la propria attività¹³⁶ e, da altro lato, che in ogni caso la decisione finale spetta pur sempre ai *Justices*, i quali conservano la facoltà di «re-touch[ing] the draft to eliminate any sentences or words not to [their] liking»; in altre parole, «they possess the good sense to recognize the bad and good work that their clerks do or write»¹³⁷. In tale prospettiva si è osservato che la loro principale «influenza» sui *Justices* si concretizza (semplicemente) in un costruttivo confronto su quanto eventualmente già scritto dal *Justice* e, soprattutto, in una approfondita ricerca di tutti i dettagli contenuti nei *records*, nei *briefs* e negli *arguments* degli avvocati¹³⁸.

E proprio la ricerca costituisce la *magna pars* dell'attività del *law clerk*: «the research required is monumental», e si estrinseca nello studio «[of] the birth,

draft of one opinion while the clerk writes the first draft of another, and the opinions are then exchanged and the clerk writes a second draft of his Justice's opinion while the Justice writes a second draft of the clerk's»: ID., *op. cit.*, p. 118; ancora, v. quanto affermato da D. MEADOR, *op. ult. cit.*, p. 60, secondo cui «the major work is the preparation of opinions. Here's the clerk's role is that of a combination research assistant, critic, sounding board, and tendered of suggestions – occasionally a point of substance but more often matters of punctuation, phraseology or organization (...). The draft [of the Justice's opinion] is then turned over to the clerks, and, with all the confidence of youth, they work it over».

¹³⁵ Cfr. AA.VV., *The bright young man behind the bench*, cit., pp. 45-48.

¹³⁶ Così C. NEWLAND, *op. cit.*, p. 312.

¹³⁷ Così P. BAIER, *op. cit.*, p. 1169 s.; d'altra parte, lo stesso S. WILLISTON, *op. cit.*, p. 91 s., ammetteva che, pur essendogli richiesto di redigere una bozza dell'*opinion*, tuttavia «he [does] not wish to give the impression that [his] work served for more than a stimulus for the judge's own mind. He was a careful man and examined cases for himself, and wrote his own opinion; [the clerk's] work served only as a suggestion»; anche D. MEADOR, *op. ult. cit.*, 60, afferma al riguardo che «sometimes a clerk can get a word or comma accepted, but the substance and a decision are never anything but Black's alone»; sul punto, v. altresì, *infra*, par. 3.6.

¹³⁸ C. NEWLAND, *op. cit.*, p. 312; v. ancora S. WILLISTON, *op. cit.*, p. 91 s., il quale affermava che era suo compito «to read over the opinions prepared by the other Justices which were passed around in proof to all members of the Court for criticism before they were ultimately delivered».

growth, and perhaps the demise of legal doctrine»¹³⁹, così supplendo, in un certo qual modo, alle imprecisioni (volute o meno) degli avvocati nelle loro memorie.

Il più tangibile risultato della predetta attività si concretizza, certamente, nelle note a piè di pagina cui è provvista l'*opinion* (c.d. *footnotes*): al riguardo, interessanti risultano le parole di Dean Acheson, *former clerk* del *Justice* Brandeis, il quale ha affermato che le sue «footnotes (...) were the Mount Everest of footnotes (...). Up to that time I had written the greatest footnotes, fifteen pages of footnotes. And what were we trying to do? We were collecting all the legislation and all the decisions of the (...) states and the Territories of the United States» relative alla materia oggetto del caso¹⁴⁰.

3.6. Segue: *il ruolo dei law clerks nel procedimento di selezione: i pool chambers e il pool memo*

Identificata, dunque, la figura del *law clerk* e le sue principali funzioni, si può ora tornare al *certiorari proceeding* per meglio comprenderne l'attività in questo specifico ambito.

Si è accennato, poco sopra, al fatto che gli assistenti sono i primi attori del procedimento di selezione, ovvero coloro che per primi (e forse, nella maggior parte dei casi, i soli che) esaminano *funditus* la *petition* e l'eventuale *brief in opposition* del convenuto.

Anche sotto questo profilo si è assistito, nel corso degli ultimi decenni, ad una evoluzione nella loro funzione: inizialmente un *clerk* per ogni *Justice* provvedeva ad analizzare le memorie depositate e a redigere, per ciascuna di esse, un *summary* per il proprio giudice.

¹³⁹ Così P. BAIER, *op. cit.*, p. 1150, il quale afferma anche che «no doubt some (...) will be sent by your judge to research the entire National Report System with the curious instruction, for instance, to amass all the authorities demonstrating that when parties stipulate in their contracts that 'time is of essence' they do not mean it, and even if they do, courts need not enforce the clause».

¹⁴⁰ Così D. ACHESON, *Recollection of service with the federal Supreme Court*, in 18 *Ala. Law J.*, 1957, p. 364 s.; a volte, però, ciò che si trova scritto nelle *footnotes* risulta forse più importante del testo della stessa *opinion*: v., al riguardo, la famosa *footnote* «Carolene Products» del *Justice* Stone nella sentenza *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1937). Sebbene con tutta probabilità in quel caso sia stato lo stesso giudice a redigere la nota, una tale pratica finisce per risollevare i problemi di delegazione (se non abdicazione) di funzioni giudiziarie di cui si parlava poco sopra, tant'è che alcuni *Justices*, forse preoccupati da questa eventualità, hanno affermato che «a footnote hardly seems to be an appropriate way of announcing a new constitutional doctrine»: così il *Justice* Frankfurter nella sentenza *Kovacs v. Cooper*, 336 U.S. 77, 90 s. (1948).

Tuttavia, il rapido espandersi del *docket* della Corte, nonostante le riforme tendenti ad ampliare sempre più la discrezionalità della stessa, rendeva una simile operazione particolarmente lunga e poco efficiente, considerate le limitate risorse a disposizione. Tutto ciò spinse il Justice Powell, nel 1972, a proporre che i *clerks* dei *Justices*, anziché operare «singolarmente» nella disamina delle *petitions*, si raggruppavano in un *pool*, cosicché avrebbero potuto suddividersi equamente i casi e, in ultima analisi, risparmiare tempo ed energie¹⁴¹.

L'idea di Powell venne favorevolmente accolta, sebbene non tutti i *Justices* decisero di unirsi al *pool*¹⁴²; progressivamente però (anche a seguito dei nuovi *appointments*) pressoché la totalità della Corte vi aderì; l'ultimo Justice che decise di organizzarsi autonomamente è stato, in ordine di tempo, John Paul Stevens, sostituito nel 2010 da Elena Kagan, la quale si è invece unita agli altri colleghi¹⁴³.

Pertanto oggi tutte le *petitions* vengono suddivise «randomly» tra i *clerks* delle nove *Chambers* afferenti al *pool*, i quali redigono, per ciascuna di esse, un *memorandum* che viene fatto poi circolare tra tutti i *Justices*: in questo modo, da un lato, i *clerks* si liberano di un gran parte del lavoro (essendogli prima richiesto di stendere il *memo* per ciascuna *petition* depositata) e possono meglio concentrarsi nell'attività di studio e ricerca relativa all'*opinion drafting* e, da altro lato, i *Justices* sono in grado di esaminare più agevolmente, seppur per sommi capi e sulla base delle indicazioni del proprio *clerk*, ciascun ricorso, affidandosi per la decisione (anche) a quanto riportato nel *memorandum* di altro *clerk*.

Anche lo stesso *memorandum* ha subito modifiche nel corso del tempo: dapprima, si trattava di semplici *summaries* del caso, senza quindi una vera e propria funzione di *screening* iniziale; solo dal 1981 i *clerks* iniziarono a «raccomandare» «a specific course of action in the 'discussion' section at the end of the memo»¹⁴⁴, caratterizzando così in modo maggiormente incisivo la propria funzione nel procedimento di selezione dei casi.

Al di là di quanto riportato nel tempo dalla dottrina¹⁴⁵, è oggi possibile verificare in concreto la forma e i contenuti di un *pool memo*, avendo alcuni *Justices*

¹⁴¹ Come è stato affermato, «as docket grew, and a greater number of cases failed to make the discuss list, the Justices were forced to rely more heavily on their clerks»; «In response to the growing caseload, the cert. pool was created in 1972 to expedite the processing of petitions for certiorari»: così A. WARD & D. WEIDEN, *Sorcerer's Apprentices*, cit., pp. 115, 117.

¹⁴² Si trattava dei *Justices* Brennan, Douglas, Stewart e Marshall.

¹⁴³ Va in ogni caso ricordato che l'attuale *Chief Justice* Roberts sebbene abbia aderito al *pool*, si è però riservata la possibilità, in futuro, di uscirne. Cfr. T. MAURO, *Courtside*, in *Legal times*, 2006, p. 10.

¹⁴⁴ Così B. PALMER, *The "Bermuda Triangle?" – The Cert Pool and its influence over the Supreme Court's Agenda*, in 18 *Const. Commentary*, 2001, p. 112.

¹⁴⁵ Per una descrizione dettagliata dei *pool memos* v. A. WARD & D. WEIDEN, *op. cit.*, p. 118.

provveduto, successivamente al *retirement*, a render pubblici i propri *papers* (e tra essi, pure i *memoranda*) relativi alle decisioni assunte in *conference*¹⁴⁶.

In particolare, già da una sommaria analisi si può affermare come la struttura sia «standardizzata»: in effetti, dopo alcune indicazioni «di forma» (quelle relative all'accesso via *certiorari* o *appeal*, la corte che ha emesso la sentenza impugnata, il nominativo dei giudici del *panel below*, di chi ha redatto l'*opinion* ed eventuali *concurring* o *dissenting opinions*), ciascun *memo* si suddivide, generalmente, in cinque sezioni:

1. *Summary*: viene riassunta, in termini generali, la questione giuridica alla base della *petition*;
2. *Facts and decision below*: in questa sezione non vengono solo ripercorse le vicende – sia di fatto che processuali – che hanno preceduto la *petition*, ma il *clerk*, tramite la sua attività di ricerca, inizia anche a giustificare (o, eventualmente, a confutare) le decisioni dei gradi precedenti, tramite l'inserimento nel testo dei precedenti giurisprudenziali della Corte in materia;
3. *Contentions*: la questione giuridica, enucleata per sommi capi nel *summary*, viene qui analizzata in ogni dettaglio, dalle origini alle eventuali rivisitazioni;
4. *Discussion*: si tratta del momento *screening-oriented*, essendo qui rappresentata la personale posizione del *clerk* sulla validità e sostenibilità della decisione impugnata;
5. *Recommendation*: questa sezione, di poche righe (solitamente si usano formule molto semplici quali: «I recommend denial»), esprime il suggerimento finale del *clerk*.

I *memos* possono variare, quanto a lunghezza, da una a 10 pagine, anche se solitamente oscillano tra le due e le cinque pagine.

L'effettiva utilità del procedimento c.d. *pool chamber* è stata oggetto di numerosi studi da parte della dottrina. Interessanti risultano, *inter alia*, le opinioni raccolte da H. Perry, il quale ha provveduto ad intervistare numerosi *Justices* e altrettanti *clerks*, (all'epoca) afferenti o meno al *pool*, per conoscere le loro opinioni in qualità di osservatori privilegiati. Assai sinteticamente si può affermare che la sensazione sia di una sostanziale e convinta approvazione di tale *modus operandi*, sebbene con qualche distinguo¹⁴⁷: soprattutto, com'era inevitabile, sono gli assistenti

¹⁴⁶ Così, ad es., fecero i *Justices* Burton, Brennan, Powell e Blackmun. In particolare, quest'ultimo, diversamente dagli altri, ha provveduto a render pubblici non solo i *memoranda* relativi a casi esaminati e decisi dalla Corte, ma anche tutti quelli (e si tratta della maggioranza) il cui esito è stato poi un diniego di *review* del caso da parte dei *Justices*. I *pool memos* del *Justice* Blackmun sono contenuti in *Blackmun: A register of his papers in the Library of Congress*, consultabile al sito <http://loc.gov/rr/mss/blackmun>.

¹⁴⁷ Ovviamente, l'opinione del *Justice* Stevens non poteva che essere critica nei confronti del *pool*: secondo il magistrato, infatti, così facendo sarebbero aumentate le possibilità di errore dei

ad essere i più soddisfatti del «nuovo corso»: «really – sostiene un *clerk* – there is an advantage to the cert. pool (...). That is, you can generally look at cases more closely. I mean, Justices obviously can't do it, and it means that cases do get a closer look than they would if each chamber did them all. At least, someone has read it carefully enough to prepare a formal memo for the cert. pool. I believe people get a fairer shake». Un altro *clerk*, ancora, afferma che «what we probably did do was a real thorough job of going over a case»¹⁴⁸.

Una volta redatto il *pool memo* e fatto circolare tra le *Chambers* afferenti al *pool*, ciascun *clerk* «marks it up» per il proprio *Justice*; in particolare, tramite il *mark up process* l'assistente aggiunge al *memo*, proveniente da una diversa *Chamber*, l'eventuale accordo (o disaccordo) del *clerk* ricevente, oppure un'analisi più dettagliata di alcuni aspetti, magari non adeguatamente chiariti nel *pool memo*¹⁴⁹. In aggiunta, tramite tale procedimento i *clerks* hanno la possibilità di «talk[ing] more frankly with [their] Justice, and strategic consideration are put forth»¹⁵⁰: il

colleghi, i quali si rifacevano a quanto affermato nel *memo*. L'unica controprova sulla *certworthiness* o meno di un caso, a giudizio di Stevens, sarebbe stata effettuata dalla propria *Chamber*. V., altresì, le critiche al *pool* da parte del *former Solicitor General* Kenneth Starr secondo cui, in questo modo, casi importanti potrebbero venire travolti dalla massa delle questioni non meritevoli di *review*, ciò che invece più difficilmente accadrebbe se ciascun *Justice* provvedesse allo *screening* delle *petitions*. V., al riguardo, K. STARR, *Supreme Court needs a management revolt*, in *Wall St. J.*, 1993, p. 23 ss.; ID., *Trivial Pursuit at the Supreme Court*, in *Wall St. J.*, 1993, p. 17 ss.

¹⁴⁸ Cfr. H. PERRY, *Deciding to decide*, cit., p. 53, il quale riporta, tuttavia, anche una testimonianza in parziale disaccordo: «when writing the pool memo – afferma un altro *clerk* – you can often just look at cases and see they're frivolous. But even though the case is frivolous and you know that there is no way in hell the Court is going to grant this thing, it still might take a day to write the cert memo. Sometimes it's a very complex fact situation and you have to work it all out so that it can easily be seen by the Justice that it's a frivolous case. I've often wondered at times if, in fact, the cert. pool is counterproductive. If one were just working for one justice, you could probably say: 'look, this is ridiculous, there's no reason to take this case'. But when you're writing a memo for all the Justices, you have to lay it all out. If I were working just for Justice [...], I could have been more direct and said 'this is frivolous' and not spent much time on it». Inoltre, va ricordato che i *Justices* che, all'epoca, non facevano parte del *pool*, non nutrivano particolare interesse per lo stesso: così, alla domanda se, secondo loro, il *pool*, fosse una buona idea, uno di essi rispose «if you came from the moon and had no preconceptions, I think that would be a pretty good idea. It would be bad for all nine of us to be in it» poiché, talvolta, i *clerks* «may be a particular advocate for a case, and if we were all receiving the same memo from the cert. pool, that wouldn't be good» (ID., *op. cit.*, p. 53 s.). Sul problema dell'influenza del *clerk* sulla decisione in sede di *certiorari* v. comunque, *infra*, nel paragrafo corrente.

¹⁴⁹ Il *mark up*, nella sua formulazione, varia da *clerk* a *clerk*: così, v'è chi si limita solo a un semplice «I concur»; altri dedicano anche più pagine. Come ha affermato un *clerk* al riguardo, «my comments would range from one sentence to three pages»: cfr. H. PERRY, *op. cit.*, p. 61.

¹⁵⁰ H. PERRY, *op. cit.*, p. 60; sulla funzione del *mark up process*, comunque, è dato riscontrare un certo disaccordo: secondo alcuni *clerks*, esso si presta a considerazioni strategiche («We were nonstrategic in the pool memo, but (...) in the mark up process we would say things like 'you can't get a fifth vote'»); altri, invece, negano tale possibilità («I never felt necessarily that I was writing

mark up pertanto costituisce insieme tanto una forma di controllo successivo del *memo* per il proprio *Justice* che un elemento di disomogenizzazione dello stesso.

Questo passaggio è generalmente apprezzato dai *Justices*: uno di loro ha al riguardo osservato, da un lato, che l'eventualità che l'errore contenuto in un *pool memo* si diffonda per tutto il *pool* è contenuta proprio grazie al *mark up process* e, da altro lato, che in questo modo si stimola una proficua dialettica fra *clerks*¹⁵¹.

Così strutturato il procedimento – *lato sensu* istruttorio sino a questo momento – sono almeno due le questioni più delicate che si pongono all'interprete interessato a comprendere le dinamiche del meccanismo selettivo: in primo luogo è importante verificare quale sia l'atteggiamento dei *clerks* nei confronti delle *petitions*, ovvero con quale «predisposizione» essi provvedano allo *screening* iniziale. Si è detto, fin dall'inizio del presente lavoro, che il *writ of certiorari* viene annualmente concesso con estrema prudenza (circa lo 0,2 % delle *petitions per term*): l'ipotesi è, in particolare, che – al di là e prima ancora del *modus operandi* dei *Justices* – sia lo stesso comportamento dei *clerks* ad orientare in senso restrittivo l'accesso alla (*review* della) Corte.

Strettamente connessa è poi la questione, più specifica, relativa all'eventuale influenza delle *recommendations* contenute nei *pool memos* sugli *outcomes* della Corte in sede di decisione sulla concessione del *writ*: il tema, come si può intuire, risulta particolarmente delicato, idoneo com'è a toccare principi, primo fra tutti quello della stessa giurisdizione, difficilmente questionabili.

Procedendo con ordine, l'atteggiamento del *law clerk* nei confronti delle migliaia di *petitions* che si trova ad analizzare ogni *term*¹⁵² è stato efficacemente descritto dalla dottrina: nella prospettiva delle parti, compito del *petitioner* (o del *respondent*) consiste nel «play[ing] upon the pool'clerk's 'just say no predisposition' by providing reasons to [affirm or] to doubt certworthiness»¹⁵³; nella

in any strategic way for the Justice. I might say something stronger for an issue»); altri, ancora, ritengono che il *mark up* serva al solo scopo di controllo del *pool memo* (The way I saw my function in the markup was that I was to be a screen or filter. You learn early on what the minds are of the law clerks of the pool»); per altri, infine, è solo quando il *memo* riguarda una questione di particolare interesse per il proprio *Justice* che il *mark up* diventa qualcosa di più di un mero controllo del *memo* (in tali casi, «in my markup I might say something like 'this is good old x case again, but this is really not the right case to try and set the balance you want to set»); v. ID., *op. cit.*, p. 60 ss.

¹⁵¹ In particolare, il *Justice* ha affermato: «many times clerks can be very critical of other clerks' work (...). I like that for two reasons. One, there is a braking effect. Secondly, it gives the clerk more of a chance to participate in the decision-making process»: cfr. H. PERRY., *op. cit.*, p. 55.

¹⁵² Il *term* corrisponde, sostanzialmente, al nostro anno giudiziario: esso inizia la seconda settimana di ottobre e termina a fine maggio.

¹⁵³ Così, T. BISHOP, J. SARLES, S. KANE, *Tips on Petitioning*, cit., p. 30.

prospettiva del *clerk*, «it is never a mistake to deny a certworthy petition. It is only a mistake to grant a noncertworthy one»¹⁵⁴.

Emerge, dunque, in tutta la sua chiarezza, un vero e proprio pregiudizio del *clerk* verso le *certiorari petitions*¹⁵⁵, pregiudizio che verosimilmente deriva da molteplici ragioni, in parte «interne» al procedimento ma altresì correlate alla figura dell'assistente e ai suoi caratteri peculiari.

Una prima serie di fattori, peraltro strettamente connessi, va individuata, da un lato, nell'inesperienza dei *clerk* e, da altro lato, nella difficoltà di identificare (quantomeno alcuni dei) parametri previsti dalle *Rules* per la concessione del *writ*. In particolare, tenendo in mente: che l'assistente solitamente è appena uscito dalla *law school*; che il maggior numero di ricorsi si accumula nel corso dell'estate (durante il c.d. *summer recess*) ed è quindi destinato ad essere analizzato nei primissimi mesi di attività del *clerk*¹⁵⁶; che, infine, nell'assenza di elementi obiettivi, come quello di un contrasto tra corti inferiori, la decisione sul se raccomandare l'accoglimento o meno di una *petition* non può che basarsi su fattori soggettivi (lo stesso requisito di *special importance of the case* ha una componente certamente valutativa¹⁵⁷), che i *clerks* raramente posseggono nella prima fase del loro incarico, il margine di errore nella valutazione rischia di diventare particolarmente elevato, ciò che convince molti di loro a non spingersi in territori ignoti e in apprezzamenti personali, bensì a preferire l'individuazione, oltre che dell'(unico) elemento oggettivo (il *conflict*) risultante a livello normativo, di quelle sole *issues* che i loro colleghi (in servizio l'anno precedente) hanno verosimilmente loro comunicato essere di interesse per il proprio *Justice*.

Un secondo elemento alla base del pregiudizio è invece da ricollegare alla nascita del *cert. pool*: se, prima di questo, il *clerk* redigeva il *memorandum* esclusivamente per il proprio *Justice*, ora, invece, lo stesso *memo* verrà letto e analizzato da tutti i *Justices* afferenti al *pool*. Ciò ha portato i *clerks* ad essere (se possibile) ancor più cauti nel raccomandare l'accoglimento di un determinato ricorso, poiché il loro eventuale errore finirebbe per ripercuotersi su tutte le altre *Chambers*. Il rischio, in concreto, è quello di una successiva pronuncia di *certiorari improvidently granted* (c.d. *DIG: dismiss the case as improvidently granted*), ovvero, in termini molto generici, che i *Justices* si rendano conto, in sede di esame nel merito, che il caso, nonostante la preventiva raccomandazione di accogli-

¹⁵⁴ Così S. SHAPIRO, *Certiorari practice*, cit., p. 27.

¹⁵⁵ Cfr., al riguardo, quanto affermato da un *clerk* intervistato da Perry: «We saw our role as clerks to find every reason possible to deny cert. petitions. If the Justice were interested in the area, he'd probably grant anyway. We'd try to show where it may have problems»: Cfr. H. PERRY, *op. cit.*, p. 218.

¹⁵⁶ Non a caso si è parlato di un vero e proprio «baptism of fire» per i *law clerks*: così T. PEPERS, *Courtiers of the Marble Palace*, cit., p. 187.

¹⁵⁷ Cfr. S.C.R. 10. Sul punto v. più in dettaglio, *infra*, par. 3.10 ss.

mento, manchi in realtà dei requisiti necessari per l'accesso alla Corte, così da giustificare un «diniego postumo» di *certiorari*; ovviamente, nessun *clerk* vuole assumersi un siffatto rischio, tanto più all'inizio della propria carriera¹⁵⁸.

Un terzo ordine di fattori si ricollega a considerazioni meramente «temporali». Come si vedrà in seguito, essendo la *conference* (i.e. il momento nel quale la Corte decide «se decidere») dedicata non solo alla decisione sulla concessione del *certiorari* ma anche (e soprattutto) a quella nel merito delle questioni già preventivamente ammesse e discusse, ciascun *clerk* sa bene che dovrà presentare all'attenzione del proprio *Justice* solo quelle controversie per le quali la relativa determinazione sia prevedibilmente chiara o comunque agevole, così da permettere alla Corte di conservare il tempo necessario all'*opinion drafting*.

Sullo sfondo delle considerazioni sin qui effettuate si pongono poi altre motivazioni a sostegno della «just say no predisposition» che costituiscono più che altro parte di un «sentire comune» tra i diversi operatori del diritto che si occupano di *case selection* e che, dunque, si riportano per mere esigenze di completezza: il riferimento va, in particolare, da una parte al luogo comune secondo cui la gran parte delle *petitions* annualmente presentate sarebbe, in realtà, *frivolous* e, quindi, del tutto *uncertworthy*¹⁵⁹ e, da altra parte, all'incremento nel numero delle *petitions* cui si assisterebbe, *term* dopo *term*, che costringerebbe i *clerks* ad una maggior incisività dello *screening* al fine di mantenere il numero di raccomandazioni *pro review* sostanzialmente al medesimo livello degli anni precedenti.

Accertato quindi che i *clerks* giocano un ruolo da «attenti cernitori» nel procedimento, resta ora da capire se tale atteggiamento abbia qualche ricaduta sui *Justices*: in altre parole, essendo la decisione sull'accoglimento o meno della *petition* a questi ultimi riservata (tanto che ai *clerks* è fatto assoluto divieto di accedere alla *friday conference*, all'uopo dedicata), la domanda è se effettivamente gli *outcomes* della Corte trovino una corrispondenza nelle precedenti *recommendations* degli assistenti.

La risposta, peraltro, non è agevole. In passato la dottrina si era divisa tra chi decisamente negava che «the Court granted any cert. petitions because of something clerks did and, if some clerks did manage to bury a few cases along the way, the same issues, assuming they were worth the Court's time, were sure to resurface»¹⁶⁰; e chi, invece, riteneva di poter individuare una tendenziale coin-

¹⁵⁸ K. STARR ha parlato, al riguardo, di «hydraulic pressure to say no» del *cert pool*: ID., *The Supreme Court and its shrinking docket: the Ghost of William Howard Taft*, in 90 *Minn. Law Rev.*, 2006, p. 1377.

¹⁵⁹ Sul concetto di *frivolousness* v., *infra*, par. 3.12.

¹⁶⁰ Così E. LAZARUS, *Closed Chambers: the first eyewitness account of the epic struggles inside the Supreme Court*, New York, 1998, p. 268; cfr. altresì R. CORDRAY & M. CORDRAY, *The supreme*

cidenza tra la progressiva diminuzione, a partire dagli anni '80, nel numero delle *petitions granted* e la prassi del *cert. pool*¹⁶¹.

In realtà, le conclusioni appena esposte potevano essere accolte solo in parte: esse, infatti, o non trovavano corrispondenza alcuna in precisi riscontri empirici (trattandosi di semplici valutazioni ricavate, al più, da colloqui con i *clerks*¹⁶²) ovvero si basavano su elementi di fatto incompleti¹⁶³.

È solo con la pubblicazione, nel 2004, dei *papers* del Justice Blackmun (in carica dal 1970 al 1994, dunque a cavallo del periodo in cui cominciò a funzionare il *cert. pool*) che è stato possibile in concreto verificare i rapporti tra le *clerks'* *recommendations* e gli *outcomes* della Corte in sede di *certiorari*.

Al riguardo, merita attenzione l'attenta indagine di David Stras, il quale ha inteso verificare la «correlation and level of agreement between the recommendations of the cert. pool and the decision of the Court, which may provide some clue as to the role and importance of the cert. pool in the screening process»¹⁶⁴.

In particolare, in un primo momento l'autore ha esaminato tutti i *pool memos* relativi ai *terms* 1984-1985 e 1991-1992 (più di 20.000), e li ha raggruppati a seconda che la *recommendation* fosse di accoglimento o di diniego del *writ*. Confrontando questi dati con il numero di pronunce (nel merito) emesse dalla Corte ogni anno, un primo risultato raggiunto ha confermato che il *cert. pool* è assai restio nel raccomandare l'accoglimento della *petition*¹⁶⁵, e tale «ritrosia» cresce con il passare degli anni (i.e. con il rafforzarsi della pratica del *pool memo*). Anzi, i risultati hanno dimostrato che il *cert. pool* «dispensed grant recommendations considerably less often than the Court granted certiorari»¹⁶⁶.

Il secondo, cruciale, passaggio è consistito nel verificare la correlazione tra la *recommendation* di un determinato caso e l'(eventuale) decisione nel merito: per far ciò, Stras ha confrontato i dati raccolti relativi alle *recommendations* con le sen-

court's plenary docket, in 58 *Wash & Lee Law Rev.*, 2001, p. 791, secondo i quali è improbabile «that the cert. pool has had much systematic influence on the votes cast by individual Justices to grant or to deny plenary review, at least when compared to the dominant factor of the Justices own predisposition».

¹⁶¹ Cfr. D. O'BRIEN, *Join-3 votes, the Rule of Four, the Cert. Pool, and the Supreme Court's shrinking plenary docket*, in 13 *J. of Law & Pol.*, 1997, p. 779 ss.

¹⁶² V., al riguardo, il più volte citato contributo di H. Perry.

¹⁶³ V., ad es., lo studio di B. PALMER, che tuttavia si basava sui *papers* del Justice Powell, il quale aveva pubblicato soltanto i *pool memos* cui era seguito il rilascio del *writ of certiorari*: EAD., *op. cit.*, p. 105 ss.

¹⁶⁴ Così D. STRAS, *The Supreme Court's gatekeepers*, cit., p. 976.

¹⁶⁵ *Stingy* è il termine da Stras utilizzato per descrivere il comportamento del *cert. pool*.

¹⁶⁶ Così, se nel 1984 le raccomandazioni *pro review* erano 107 a fronte di 151 casi decisi nel merito, nel 1985 il rapporto era di 111 a 159; nel 1991 di 86 a 116 e nel 1992 di 83 a 114; cfr. i dati contenuti nelle tabelle nn. 1-2, in D. STRAS, *op. cit.*, p. 979 s.

tenze effettivamente pronunciate (e contenute negli *U.S. Reports*), al fine di verificare in quanti casi la Corte avesse accordato la piena *review*.

I risultati raggiunti hanno dimostrato, ancora una volta, uno stretto collegamento tra i due fattori: il livello di *compliance* tra raccomandazione e decisione è aumentato nel corso degli anni, essendo corrispondentemente diminuiti i casi di disaccordo dall'1,46% del periodo 1984-1985 allo 0,86% del periodo 1991-1992¹⁶⁷.

Se, dunque, è indubitabile la sussistenza di una elevata correlazione tra quanto suggerito dai *clerks* e le conseguenti decisioni della Corte, ciò peraltro non deve condurre a ritenere che i *Justices* si conformino sempre – per esigenze di tempo e di efficienza del sistema – a quanto loro suggerito dai propri assistenti: se così fosse non si potrebbe che concordare con chi ha affermato che «the wholesale delegation of screening cases to newly-minted law clerks would be a remarkable abdication of judicial responsibilities»¹⁶⁸; ciò trova conferma anche dallo stesso studio citato il quale rileva che, se all'interno dei casi in cui si è individuata la sintonia *clerks/Justices* si vuole ulteriormente distinguere tra quelli dove la *recommendation* ha consigliato la *review* e quelli dove, invece, ha suggerito il rigetto emerge che, in caso di *recommendation pro review*, la percentuale di accordo inevitabilmente scende¹⁶⁹, così di fatto rafforzando l'idea che i *Justices* «exercise some independent judgment in making their decisions about whether to grant certiorari»¹⁷⁰.

Pertanto, ferma la innegabile frequente corrispondenza di posizioni, non pare possibile concludere che la concessione del *writ* sia inequivocabilmente segnata dalle determinazioni dei *clerks* e che i *Justices* risultino per la maggior parte poco interessati alla selezione preliminare dei ricorsi: quel che è certo è che si tratta di un delicato equilibrio tra rigorosa e incisiva disamina dei primi e necessaria libertà di giudizio dei secondi, e (soprattutto) che gli assistenti sembrano imparare presto e bene le mansioni cui sono preposti¹⁷¹, garantendo così alla Cor-

¹⁶⁷ Cfr. la tabella n. 8 in D. STRAS, *op. cit.*, p. 991.

¹⁶⁸ Così D. STRAS, *op. cit.*, p. 990.

¹⁶⁹ Cfr. tabella n. 9 in D. STRAS, *op. cit.*, p. 993; peraltro, non può dimenticarsi che nelle *denied petitions* l'accordo è necessariamente maggiore, essendo solitamente elevato il numero di quelle infondate o comunque manchevoli dei requisiti di base per l'accesso alla Corte.

¹⁷⁰ V., al riguardo, O'BRIEN, *op. cit.*, p. 193, secondo cui i casi in cui la Corte accorda il *certiorari* sono caratterizzati (anche) dal fatto di essere «more a matter of 'feel' than of precisely ascertainable rules». In aggiunta, non può escludersi che i *Justices* – sebbene giungano alla medesima conclusione suggerita loro dagli assistenti – tuttavia adottino un percorso argomentativo e motivazionale del tutto differente.

¹⁷¹ In argomento cfr. la posizione del *Chief Justice* Rehnquist, il quale, di fronte all'obiezione secondo cui tramite il *pool memo* i *Justices* abbiano sostanzialmente abdicato alla propria funzione, ha così risposto: «I certainly do not think so. The individual Justices are quite free to disregard whatever recommendation the writer of the pool memo may have made, as well as the recommendation of his own law clerk (...). It is one thing to do the work yourself, and it is another thing to simply approve the recommendation of another person who has done the work. But the deci-

te nel contempo risparmio di tempo e filtraggio delle sole questioni cui i *Justices* sono effettivamente interessati.

3.7. Il c.d. *procedimento non-pool chamber*

Come sopra accennato, la pratica del *cert. pool* non ha trovato immediatamente il consenso di tutti i *Justices*: così Marshall, Brennan, Stewart e Stevens decisero di seguire procedure diverse – c.d. *non-pool chambers* – per lo *screening* iniziale delle *petitions for writ of certiorari*.

Sebbene attualmente tutti i componenti della Corte siano riuniti nel *pool*¹⁷², si riportano di seguito, a completamento del discorso sui *law clerks*, alcune prassi seguite in passato dai giudici «non aderenti».

Va peraltro precisato che i procedimenti *non-pool* variavano da *Justice* a *Justice*, il quale decideva quale *imprinting* dare all'*iter* dei ricorsi. In linea generale, tuttavia, si può affermare come ciascuna *Chamber* valutasse tutte le *petitions* presentate, senza alcuno scambio di informazioni con le altre¹⁷³. Queste venivano suddivise equamente tra i *clerks* ad essa afferenti, i quali provvedevano a redigere un *memo* per il proprio *Justice*. Tale *memo* aveva, pressappoco, la medesima struttura di quello del *pool*, anche se più succinto e informale: addirittura, poteva essere così conciso da esaurirsi nelle seguenti parole: «this is the draft case – deny»¹⁷⁴.

A titolo puramente esemplificativo – poiché dimostrano due modi di procedere diametralmente opposti – valgano le procedure *non-pool* stabilite dai *Justi-*

sion whether to grant certiorari is a much more 'channelled' decision than the decision as to how a case should be decided on the merits; there are really only two or three factors involved in the certiorari decision (...). Each of these factors is one that a well-trained law clerk is capable of evaluating, and the Justices, of course, having been in the certiorari-granting business term after term, are quite familiar with many of the issues that come up. I would feel entirely different about a system that assigned the preparation of 'bench memos' – memoranda that summarize the contention of the parties and recommend a particular result in an argued case – to one law clerk in a large pool of clerks»: così, W. REHNQUIST, *The Supreme Court*, cit., p. 234 s.

¹⁷² In particolare, il *Justice* Marshall è stato sostituito da Thomas, il *Justice* Brennan da Souter prima e da Sotomayor dopo, il *Justice* Stewart da O'Connor prima e da Alito dopo, il *Justice* Stevens da Kagan: tutti i nuovi *appointees* hanno aderito al *pool*.

¹⁷³ V., però, quanto affermato da alcuni *clerks* delle *nonpool chambers* secondo i quali, in realtà, una sorta di intercomunicazione vi sarebbe stata: «we shared informations – afferma al riguardo uno di loro – about certain things as a time saving device. Infact, on some of the real difficult cert. petitions (...) we would sometimes go swimming: we took a dip in the pool. We would ask the person doing the pool memo what they thought about it, and that did form some of our opinion because they had a lot more time to research cert. petitions and give more thought to them»: cfr. H. PERRY, *Deciding to decide*, cit., p. 54.

¹⁷⁴ Cfr. H. PERRY, *op. cit.*, p. 43.

ces Brennan e Stevens (l'ultima, in ordine di tempo, ad essere utilizzata prima del suo *retirement*).

Il primo era solito esaminare in prima persona ciascuna *petition* depositata, assumendosi in grado di decidere sulla richiesta basandosi sulla sola questione presentata¹⁷⁵. La ragione di siffatta solerzia non va tuttavia individuata nel fatto che non si fidasse dell'attività dei propri *clerks*, anche perché demandava loro un tale compito durante il *summer recess*; probabilmente è autentica la notizia secondo la quale gli piacesse in modo particolare quella tipologia di incombenza, che doveva altresì impegnarlo relativamente, considerata la gran velocità nel compierla¹⁷⁶.

Durante l'estate, come sopra accennato, il procedimento mutava radicalmente, essendo i suoi *clerks* chiamati a redigere il *memo* per ciascuna *petition* nel frattempo depositata. Tali *memos*, tuttavia, così come specificamente richiesto dallo stesso *Justice*, dovevano essere assai succinti, limitandosi a volte ad una sola riga contenente la materia su cui verteva il caso: come ha affermato un suo *clerk*, «three pages would be an extremely long one»¹⁷⁷.

Quanto invece allo «Steven process», il *Justice* richiedeva ai propri *clerks* di redigere un *memo* sulle sole *petitions* che questi avessero ritenuto meritevoli di *review* dalla Corte. Se, poi, nella *discuss list* fatta circolare successivamente dal *Chief Justice*, fosse risultato un caso per cui non era stato redatto alcun *memo*, un *clerk* avrebbe provveduto a redigerlo immediatamente prima della *conference*.

Solitamente, un *clerk* di Stevens si trovava a redigere *memos* per il 40-50% delle *petitions* assegnate alla sua camera: a tale fine queste ultime dovevano tuttavia essere confezionate in modo impeccabile, se è vero che, come affermato da uno degli assistenti allora in attività, «to get a cert., a case almost has to be perfect»¹⁷⁸. In realtà, alcuni assistenti avevano ufficiosamente ammesso che a volte erano soliti redigere *cursory memos* anche in relazione a casi che sarebbero stati quasi sicuramente *dismissed* in sede di *conference*. Il motivo di siffatta prassi consisteva in ciò che è stato definito «protection of yourself»: vuoi perché il *clerk* temeva che altri colleghi, afferenti al *pool*, potessero invece raccomandare la *review* del caso così provocandone, per ipotesi, l'inserimento nella *discuss list*, vuoi, all'opposto, perché il caso veniva considerato

¹⁷⁵ V. W. BRENNAN, *The national court of appeal: another dissent*, in 40 *Univ. Chi. Law Rev.*, 1973, p. 473.

¹⁷⁶ Un suo *clerk* affermò, al riguardo: «he liked doing it. He loved doing it (...). He can't wait to get his hands on it». Alla domanda su come riuscisse ad esser così rapido nello *screening*, lo stesso assistente rispose: «first of all he just looks and reads the question presented. After twenty-five years, he really knows what type of issue the Supreme Court ought to be dealing with». V. H. PERRY, *op. cit.*, p. 67 s.

¹⁷⁷ *Id.*, *op. cit.*, p. 68.

¹⁷⁸ *Id.*, *op. cit.*, p. 65.

piuttosto semplice e il relativo *memo* avrebbe potuto essere steso in pochi minuti¹⁷⁹.

3.8. La prima fase di selezione: la discuss list e la friday conference

Una volta ricevute le *petitions*, e a seguito del loro esame (diretto) da parte dei *clerks* e (mediato) da parte dei *Justices* (tramite il *pool memo*), la successiva fase del procedimento è, senza dubbio, cruciale al fine della selezione dei casi cui accordare la piena *review*.

Invero, di tutti i ricorsi depositati solo il 20-30% viene di norma inserito in un'apposita *discuss list* la quale, si vedrà, costituisce la base per un'ulteriore disamina delle diverse questioni tra i *Justices*; tutti gli altri si intendono – automaticamente – «rigettati» per il sol fatto di non comparire in tale lista.

Al riguardo, non sarebbe errato sostenere che la selezione discrezionale operata dalla Corte si compone in realtà non già di uno, bensì di due *steps*: il primo, al momento della formazione della *list*, nel quale si verifica la «scrematura» maggiore, ed il secondo in sede di discussione in cui, tra i casi inseriti nella *list*, vengono ulteriormente selezionati quelli meritevoli di *review* sulla base dei diversi parametri adottati dalla Corte (con conseguente definitivo accantonamento di tutti gli altri)¹⁸⁰.

L'inserimento nella *discuss list* è, quindi, essenziale: l'avvocato del *petitioner* dovrà convincere i *clerks* e i *Justices* che la sua richiesta appare, quanto meno, meritevole di essere analizzata più in profondità rispetto al preliminare esame successivo al deposito: non a caso, è stato affermato come «for litigants who seek a decision on the merits in the Supreme Court, the first battle is to gain access to the discuss list»¹⁸¹.

Anche l'istituto della *discuss list*, come altri già analizzati in precedenza, ha subito una notevole evoluzione nel corso del tempo, delineandosi e acquisendo sempre maggior rilevanza corrispondentemente all'evoluzione della *discretionary review* affidata alla Corte.

In sede di *hearings* relativi all'esame della bozza del *Judges' Bill*, il *Chief Justice* Taft aveva assicurato al Congresso non soltanto che ciascun *Justice* avrebbe

¹⁷⁹ V., al riguardo, H. PERRY, *op. cit.*, p. 66. Inoltre, un'altra pratica che il *Justice* imponeva ai *clerks* consisteva nel leggere – a voce alta – il proprio *memo* in modo tale da fissarlo su un registratore (ciò che, come affermato da un *clerk*, creava un certo imbarazzo). In argomento v. altresì J. STEVENS, *The life span of a Judge-made rule*, in 58 N.Y.U. Law Rev., 1983, p. 17 ss.

¹⁸⁰ Giova ricordare che l'attività «persuasiva» dei *clerks*, di cui si è parlato, *supra*, al par. 3.6, si manifesta, più ancora che in sede di decisione sulla concessione del writ, a questo livello, risultando essa potenzialmente idonea a convincere i *Justices* ad inserire (o meno) un caso nella *list*.

¹⁸¹ Così G. CALDEIRA & J. WRIGHT, *The discuss list*, cit., p. 808.

esaminato ogni *petition* depositata (cosa che poi non si è verificata: v. la prassi del *pool memo*), ma anche che la Corte avrebbe discusso tutte le *petitions*¹⁸².

Tale ultima prassi venne effettivamente portata avanti sino agli anni '30, quando la Corte iniziò ad elaborare due *lists* di casi¹⁸³, sulla base della convinzione di molti *Justices* secondo cui più della metà delle *petitions* presentate alla Corte sarebbero state *meritless*¹⁸⁴.

Si trattava di una c.d. *dead list*, redatta dal *Chief Justice* e da lui fatta circolare tra gli *Associate Justices*, contenente i casi cui non si sarebbe data attenzione in sede di *conference*; e di una contestuale *second list* contenente tutti gli altri ritenuti «sufficiently meritorious for discussion in the Conference»¹⁸⁵. Peraltro, le determinazioni del *Chief Justice* sulle *lists* non erano vincolanti: ciascun *Associate Justice* avrebbe potuto, qualora sussistessero a suo giudizio validi motivi, chiedere (e ottenere) lo spostamento di un caso afferente alla *dead list* in quella prodromica alla discussione.

Il descritto *modus operandi* venne quindi successivamente modificato (assumendo le fattezze attuali), e di tale modifica ci testimonia il *Justice Stevens* il quale ha affermato che «in the 1975 Term, when I joined the Court, I found that other procedural changes had occurred. The 'dead list' had been replaced by a 'discuss list'; now the chief justice circulates a list of cases he deems worthy of discussion and each of the other members of the Court may add cases to it»¹⁸⁶. Si è trattato di una innovazione che, sostanzialmente, poco cambia l'*iter* procedurale, ma il cui significato va individuato nel fatto che se, prima, ogni caso veniva discusso a meno che non fosse contenuto nella *dead list* adesso, invece, in una prospettiva ribaltata, nessun caso viene discusso, a meno che non sia presente nella *discuss list*¹⁸⁷.

¹⁸² V., *supra*, par. 3.1.

¹⁸³ La predetta prassi sembra esser stata introdotta, per la prima volta, dal *Chief Justice Hughes*. Invero, nei *papers* del *Justice Stone* si legge, *inter alia*, una richiesta del *Chief Justice Hughes* del seguente tenore: «My dear Justice Stone: I enclose a list of petitions for certiorari to be presented to the Conference simply by number and title. If you desire one of the cases on the list to be stated to the Conference, kindly let me know»: cfr. *Charles Evans Hughes to Harlan F. Stone*, 30 sept. 1935, in *Papers of Harlan F. Stone*, Library of Congress, riportato da G. CALDEIRA & J. WRIGHT, *op. cit.*, p. 810.

¹⁸⁴ Cf., al riguardo, W. BRENNAN, *The national Court of appeals*, cit., p. 473 ss; W. REHNQUIST, *The Supreme Court*, cit., p. 233 ss.; J. STEVENS, *The life span*, cit., p. 1 ss.; P. STEWART, *Reflections on the Supreme Court*, in 8 *Litigation* 1982, p. 8 ss.

¹⁸⁵ V. G. CALDEIRA & J. WRIGHT, *op. cit.*, p. 810.

¹⁸⁶ Così J. STEVENS, *op. cit.*, p. 13.

¹⁸⁷ Non è chiaro quando esattamente avvenne il cambiamento di prospettiva: al riguardo, D. PROVIN, *Case Selection*, cit., p. 28, afferma che «Miscellaneous Docket cases soon became so numerous on the special list [the 'dead list'] that it became more efficient to list only cases the Court might desire to vote for. The change from special listing most Miscellaneous Docket petitions to listing only those the Court might discuss occurred in 1950s (...). In recent terms, this practice has been expanded to cover all cases».

Attualmente, dunque, il *Chief Justice* provvede a far circolare – «prior to 'noon on the Wednesday before the Friday Conference'»¹⁸⁸ – la *discuss list* contenente, da una parte, i *jurisdictional statements*¹⁸⁹ e, da altra parte, (l'indicazione di) quelle *petitions* che il *Chief Justice* o altro *Associate Justice* (che potrà, a sua volta, aggiungere casi alla *list*) abbia ritenuto meritevoli di esser discusse in sede di *conference*¹⁹⁰. La *dead list* non esiste più nella sua forma originaria: si tratta, semplicemente, dei casi esclusi dalla *discuss list*; ma, contrariamente alla *dead one*, essi non vengono neppure fatti circolare tra le *Chambers*.

Come affermato all'inizio del paragrafo, durante ciascun *term* almeno il 70% dei *paid cases* (in realtà il numero aumenta se si considerano anche i c.d. *in forma pauperis cases*¹⁹¹) è destinato a non rientrare nella *list* e quindi a non raggiungere mai la *conference*¹⁹², circoscrivendo così l'area della valutazione giudiziale al momento della decisione.

Al di là delle dinamiche procedurali connesse alla *discuss list*, di sicuro interesse risulta l'individuazione dei criteri utilizzati dai *Justices* in questo primo – rilevante – *screening*, ovvero se esistano parametri ricorrenti e, in caso di riposta

¹⁸⁸ Così, G. CALDEIRA & J. WRIGHT, *op. cit.*, p. 812.

¹⁸⁹ Si tratta degli atti introduttivi relativi alla via di accesso tramite *appeal*, per i quali sussiste una (peraltro residuale) *mandatory jurisdiction*.

¹⁹⁰ Il fatto che sia il *Chief Justice* a compilare, sebbene inizialmente, la *list* ha fatto dubitare che questi possa, con la sua influenza, manipolare il *docket* della Corte. Tuttavia secondo H. PERRY, *Deciding to decide*, cit., p. 85, in realtà il *Chief Justice* sarebbe più semplicemente *primus inter pares*: «The Chief Justice – afferma l'autore – might genuinely have a different perspective on what is important and how the Court should be spending its time, but he does not try to manipulate the discuss list in any strategic sense. In this task, the Chief Justice acts as an agent for the other Justices»; in ogni caso, si segnala che un *clerk*, intervistato dallo stesso A., ha segnalato che a volte c'è una sorta di *discomfort* ad inserire un caso escluso dal *Chief Justice* nella *list*: si tratterebbe, comunque, di un atteggiamento che non ha nulla a che vedere con una «indiretta manipolazione strategica» della *list*, ma indicativo piuttosto di un certo rispetto per le decisioni del *Chief Justice*.

¹⁹¹ Generalmente, gli *I.F.P. cases*, per l'inesperienza di chi li scrive (che può essere lo stesso *petitioner*: c.d. *pro se petitions*) o per l'incompetenza o scarso interesse del *counsel* (che, su richiesta, è assegnato d'ufficio) sono per la maggior parte *frivolous cases*.

¹⁹² V., al riguardo, D. DICKSON, *The Supreme Court in conference (1940-1985). The private discussion behind nearly 300 Supreme Court decisions*, Oxford University Press, New York, 2001, p. 7 ss. Il fatto che i tre quarti delle *petitions* non rientri nella *discuss list* è stato certamente fonte di perplessità e critiche, cui ha tuttavia risposto in modo molto convincente il *Chief Justice* Rehnquist, *op. cit.*, 235, secondo il quale «when one realizes that any of nine Justices, differing among themselves as they usually do about which cases are important and how cases should be decided, may ask that a petition for certiorari be discussed, the fate of a case that is 'dead listed' (...) is a fate well deserved. It simply means that none of the nine 'Justices' thought the case was worth discussing at conference with a view to trying to persuade four members of the Court to grant certiorari. It would be a totally sterile exercise to discuss such a case at conference, since no Justice would be a proponent of granting it and it would end up being denied in less time than it takes to write this paragraph».

affermativa, se si tratti degli stessi elementi dalla Corte valutati nella successiva decisione sulla concessione del *writ*.

Al riguardo, una prima risposta è stata fornita, negli anni '60, dai *social scientists* i quali hanno proposto una teoria che, tuttavia, è stata successivamente – sebbene solo in parte – confutata.

Si allude qui alla ben nota *cue theory*, elaborata da Joseph Tanenhaus¹⁹³, il quale prese le mosse da un duplice presupposto: che le «certiorari petitions are sizable and so numerous that Justices saddled with many other heavy obligations (e.g. hearing argument, attending lengthy conferences, doing necessary research, and drafting and redrafting opinions) can give *no more than cursory attention* to a large share of the applications for certiorari»¹⁹⁴; e che una gran parte delle *petitions* presentate «are so frivolous as to merit no serious attention at all»¹⁹⁵.

Pertanto, egli ipotizzò che dovessero esistere «some methods (...) for separating the certiorari petitions requiring serious attention from those that are so frivolous as to be unworthy of careful study». Tali metodi vennero individuati in determinati «indizi» – *cues* – da rinvenire all'interno di ciascun caso: «the presence of any one of these cues would warn a Justice that a petition deserved scrutiny. If no cues were present, on the other hand, a Justice could safely discard a petition without further expenditure of time and energy»¹⁹⁶.

La presenza, dunque, di certi elementi ricorrenti avrebbe funzionato come indicatore circa la possibile *certworthiness* del caso, di modo che questo sarebbe stato quasi automaticamente inserito nella *discuss list* e poi, verosimilmente, provvisto del *writ*.

Ciò, in particolare, si sarebbe verificato:

1. quando la *petition* fosse stata presentata dal governo degli Stati Uniti, tramite il *Solicitor General*;
2. quando si fosse riscontrato un dissenso tra i giudici del *panel* che aveva pronunciato la sentenza impugnata, ovvero un conflitto tra due o più *Circuit Courts* o *Agencies*;
3. quando fosse in discussione una *liberty issue* o una *economic issue*.

¹⁹³ Cfr., al riguardo, J. TANENHAUS, M. SCHICK, M. MURASKIN, D. ROSEN, *The Supreme Court Certiorari Jurisdiction: Cue Theory*, in SCHUBERT (a cura di), *Judicial decision making*, MacMillan, New York, 1963, p. 118 ss.; in argomento cfr. altresì H. PERRY, *op. cit.*, p. 114 ss.; D. PROVIN, *op. cit.*, p. 75 ss.; S. TEGER, D. KOSINSKI, *The cue theory of Supreme Court certiorari jurisdiction: a reconsideration*, in 42 *J. of Pol.*, 1980, p. 834 ss.; S. ULMER, W. HINTZE, K. KIRKLOSKY, *The decision to grant or deny certiorari: further consideration of cue theory*, in 6 *Law & Soc. Rev.*, 1972, p. 637 ss.

¹⁹⁴ Così J. TANENHAUS, *op. cit.*, p. 118.

¹⁹⁵ *Id.*, *op. cit.*, p. 121.

¹⁹⁶ *Id.*, *op. cit.*, p. 118.

Punto debole della predetta teoria consisteva tuttavia nel fatto che essa solo in un certo modo si basava sul dato empirico: Tanenhaus, invero, non aveva a disposizione alcun *paper* che rivelasse le scelte compiute tanto in sede di *discuss list* che di *conference*; pertanto, egli poté basarsi solamente sulle pronunce della Corte suprema e delle corti inferiori.

Successivamente alla pubblicazione (postuma) dei *papers* del Justice Burton, altri studiosi provarono a testare le tesi di Tanenhaus e i risultati non mancarono di rilevare talune distonie rispetto alle posizioni da quest'ultimo assunte.

Sidney Ulmer fu tra i primi ad effettuare questa «controprova»: i suoi esiti confermarono la sussistenza, nei casi che venivano inseriti nella *discuss list*, di uno solo degli elementi individuati da Tanenhaus, ovvero quello relativo al «federal government involvement». Tuttavia la sua conclusione non fu nel senso di rigettare *in toto* la *cue theory*: «since one of the cues (...) has withstood all 'assaults' against it – afferma Ulmer – *cue theory per se may remain viable*»¹⁹⁷ purché peraltro venga accompagnata da una complessiva rivisitazione dei parametri di base, dovendosi individuare tutte quelle *additional cues* che, effettivamente e alla luce dei nuovi elementi di fatto (all'epoca, i *papers* di Burton) risulterebbero in correlazione con l'inserimento del caso nella *discuss list*.

Decisamente più critica verso la tesi di Tanenhaus è stata Doris Provine la quale, dopo aver anch'essa constatato la conformità alla *cue theory* del solo primo elemento individuato, conclude però in modo decisamente più perentorio, ovvero che i dati dimostrerebbero che «the Justices do not rely on a set of cues to separate cases into those worth of scrutiny and those to be discarded summarily»¹⁹⁸.

Per Provine, più semplicemente, «it seems more likely that the Justices consider the salient aspects of all petitions, using the clerk memos to cut down decision time». A suo giudizio, quello che i Justices compirebbero è una sorta di bilanciamento di fattori pro e contro la *review*: «the Justices may reach a decision by engaging in a weighing process. The pattern of case-selection voting in the Burton period suggests that a few case characteristics – including probably the Tanenhaus cues – may encourage the Justices to vote for review, whereas others act like demerits, preventing review in the absence of strong reasons favoring review»¹⁹⁹.

Da ultimo, va ricordata l'opinione fornita sulle *cues* da Perry, al quale va dato il merito di aver proposto una diversa prospettiva di impostazione della questione.

¹⁹⁷ S. ULMER, W. HINTZE, K. KIRKLOSKY, *op. cit.*, p. 642.

¹⁹⁸ Così D. PROVIN, *op. cit.*, p. 82.

¹⁹⁹ EAD., *op. cit.*, p. 82.; sulla linea di Provine si collocano anche S. TEGER e D. KOSINSKI, *op. cit.*, p. 845, secondo i quali, in realtà, le *cues* dimostrerebbero soltanto la rilevanza di una *issue*: «cue theory – affermano – ends up saying that the Justices tend to accept cases that they think are important. Seen in this light, cue theory is not much of a theory».

In particolare, a giudizio di quest'ultimo l'errore che si tende a compiere allorché ci si accosti alla *cue theory* consisterebbe nel considerare i parametri ivi individuati come necessari e automatici: necessari, poiché senza di essi il caso non verrebbe inserito nella *list* e automatici poiché grazie ad essi soli i *Justices* si convincerebbero ad esaminarlo e a deciderlo; se la *cue theory* viene intesa in questo modo, la sua validità scientifica è destinata a scontrarsi – cosa che è effettivamente accaduta – con il dato empirico e a divenire, in ultima analisi, inutilizzabile.

Se, invece, si cambia prospettiva e si guarda alle variabili identificate da Tannenhaus come semplici *indices and signals* il panorama può mutare. Esse, invece, vanno semplicemente considerate come «something that convey important information, but [is] not expected to be dispositive»²⁰⁰, ovvero come elementi che hanno sì un loro peso sia nella formazione della *discuss list* che nella decisione in sede di *conference*, ma da cui non è dato inferire alcuna «necessarietà» ed «automatismo»; «the important point – sostiene Perry – is that just because something cannot statistically correlate with acceptance or with inclusion on the discuss list is not an argument against its use as a cue or, as I call it, an index or a signal».

La minor rigidità di impostazione del problema si traduce in un maggior numero di variabili individuate al fine dell'inserimento di un caso nella *list*: egli al riguardo distingue tra *indices*, ovvero elementi di natura oggettiva e «non manipolabile» dalle parti e *signals*, utilizzabili dalle parti come fattori di «presunzione».

Tra i primi, si ricordano:

- il fatto che si tratti di un *capital case*²⁰¹;
- il fatto che il caso insista, *ratione materiae*, su di una *issue* per la quale è nota la predisposizione (o, per converso, la ritrosia) dei *Justices* ad occuparsene²⁰²;
- il fatto che vi sia una *dissenting opinion* nella decisione impugnata;
- il fatto che la *petition* venga presentata da un gruppo organizzato e riconosciuto di ricorrenti, portatori di interessi che trascendono il livello individuale.

Tra secondi, invece, emergono:

²⁰⁰ Così H. PERRY, *op. cit.*, p. 119.

²⁰¹ Sui *capital cases* e sul loro particolare trattamento nel *certiorari proceeding*, v. più in dettaglio, *infra*, par. 3.20.

²⁰² Ad es., i *tax cases* sono trattati diversamente dai *Justices*: per alcuni essi dovrebbero essere esaminati nel merito; per altri invece, la Corte non se ne dovrebbe occupare lasciando le decisioni in materia alle Corti (inferiori) maggiormente specializzate (cfr. sul punto i riferimenti alla successiva nt. 306). In particolare, secondo D. PROVINE, *op. cit.*, tab. 1.3, p. 30, avrebbero maggiori *chances* di entrare nella *list* materie quali «contracts and common law property», «bankruptcy», «personal injuries», «patents», «federal regulation of property issues».

- il fatto che venga denunciata la sussistenza di un *circuit conflict*;
- il fatto che la *petition* venga presentata dal Governo degli Stati Uniti, ovvero che esso intervenga a sostegno del *petitioner* come *amicus curiae*;
- il fatto che la *petition* sia sostenuta da due o più *amici curiae*;
- il fatto che la decisione impugnata venga presentata come talmente erronea – in una parola, *egregious*²⁰³ – da far risultare indispensabile l'intervento della Corte.

Nell'analisi della formazione della *discuss list* va poi menzionato un più recente studio il quale è pervenuto ad interessanti conclusioni²⁰⁴. Confermato, grazie al calcolo percentuale, che effettivamente esistono alcuni elementi i quali – più di altri – ricorrono nei casi inseriti nella *discuss list*, è stata in particolare riscontrata, per singolo *term*, un'elevata percentuale di casi nella *list* che presentavano i seguenti parametri:

- *United States as petitioner*: ben il 92% delle *petitions* – presentate in ciascun *term* – in cui il *Solicitor General* ha agito come attore è stato inserito nella *list*;
- *Actual conflict*: l'83% delle *petitions* contenenti un reale conflitto tra corti inferiori è stato inserito nella *list*;
- *One, two, or three or more amicus curiae brief in support of the petition*: il 66%, 73% e 90% delle *petitions* supportate, rispettivamente, da uno, due, tre o più *amici curiae* è stato inserito nella *list*;
- *One or more amicus curiae brief in opposition*: il 69% delle *petitions* il cui *brief in opposition* ha ricevuto il supporto di uno o più *amici curiae* è stato inserito nella *list*;
- *Dissent in lower court*: il 52% delle *petitions* che abbiano mostrato un *dissent* nella decisione impugnata è stato inserito nella *list*;
- *Liberal outcome*: il 45% delle *petitions* con oggetto una sentenza dal contenuto *liberal* è stato inserito nella *list*;
- *Alleged conflict*: il 30% delle *petitions* che si siano limitate ad allegare un presunto conflitto tra corti inferiori è stato inserito nella *list*²⁰⁵.

Peraltro, lo studio in esame non si limita alla *disclosure* degli elementi che militano per l'inclusione del caso nella *list*, ma tenta altresì di verificare una corrispondenza con la successiva decisione «nel merito», rilevando che, in realtà, di tutti gli indizi individuati solo alcuni sono destinati a riemergere (si vedrà meglio in seguito) nel secondo *step* della selezione (i.e. in sede di *conference*), ovvero:

²⁰³ Su tale concetto v., *infra*, par. 3.13.

²⁰⁴ Cfr. lo studio di G. CALDEIRA & J. WRIGHT, *cit.*, p. 819 ss., che si fonda sul dato empirico ricavato dai *papers* del Justice Brennan, in carica dal 1956 al 1990.

²⁰⁵ V. le tabelle nn. 1 e 2 in G. CALDEIRA & J. WRIGHT, *op. cit.*, p. 824.

- *United States as petitioner*;
- *Actual Conflict*;
- *One, two, or three or more amicus curiae brief in support of the petition*.

Da tutto ciò si deduce che la Corte, nei due passaggi che formano, insieme, il processo selettivo – *discuss list* e *conference* – utilizza solo in parte i medesimi criteri; nello *screening* prodromico alla formazione della *list* il novero dei parametri considerati dai *Justices* è senz'altro maggiore cosicché non si ha una mera ripetizione del medesimo giudizio in sede di *conference*.

La ragione di tal riduzione di prospettiva viene individuato in ciò che è stato definito *informational needs* e *costs of error*.

Nel primo *step* della selezione (*discuss list*), la Corte ha la possibilità di considerare qualsiasi segnale che dimostri – anche solo in apparenza – la *certworthiness* del caso: al riguardo, essa potrà utilizzare «even inexpensive, perhaps untrustworthy, information [that] helps to discriminate among the profusion of cases. Thus, for example, a dissent in a lower court, especially from a familiar and respected judge, might draw the attention of clerks and Justices who would otherwise give a case short shrift»²⁰⁶. Quindi, da un lato, il bacino di informazioni (*informational needs*) cui i *Justices* possono attingere è sicuramente più ampio che in sede di *conference* e, da altro lato, il rischio di errore (ovvero di far passare un caso in realtà non meritevole di *review*) non è visto come preoccupante (*costs of error*), proprio alla luce del secondo *step*, che funzionerà quale controprova della prima selezione²⁰⁷.

Nel secondo *step* (*conference*), invece, la Corte va alla ricerca di parametri più sicuri (*informational needs*), che dimostrino senza ulteriori dubbi la meritevolezza di *review* del caso: si tratta di «costly and reliable indicators», ovvero elementi la cui affidabilità riposa (altresì) su una maggior complessità degli stessi e sul maggior impegno di risorse da parte dei ricorrenti. Così, ad esempio, «the filing of petition for certiorari costs the Solicitor General in time, opportunities foregone, and reputation»²⁰⁸; ancora, con riferimento questa volta agli *amici curiae*, «no organization has the financial resources to file an amicus brief in each and every case. So reputation and limited resources constraint the filing of briefs in favor of certiorari»²⁰⁹. In tutti questi casi si mandano alla Corte dei «costly messages (...) about the importance of the case» i quali, per le lo-

²⁰⁶ Così G. CALDEIRA & J. WRIGHT, *op. cit.*, p. 814.

²⁰⁷ G. Caldeira e J. Wright hanno affermato che il *make-up* della *discuss list* è «the summation of a series of individual calculations largely free of collective interactions»; non appare dunque strano che i parametri di valutazione siano maggiori di quelli operanti nel secondo *step*.

²⁰⁸ G. CALDEIRA & J. WRIGHT, *op. cit.*, p. 814.

²⁰⁹ *Id.*, *op. cit.*, p. 822.

ro caratteristiche e le correlate difficoltà di predisposizione, sono tenuti nella massima considerazione.

La maggior incisività della selezione si giustifica altresì per il fatto che eventuali errori in questa seconda fase del processo selettivo comportano «high costs in time and public embarrassment» per i *Justices*²¹⁰. A differenza del primo *step*, infatti, non c'è più alcuna possibilità per rimediare all'errore senza che l'opinione pubblica ne venga a conoscenza: l'unico strumento a disposizione della Corte, in casi di siffatto genere, è quello di una pronuncia di *certiorari improvidently granted* (una sorta di diniego *ex post* del *writ*²¹¹): il tutto, però, a scapito di tempo ed energie già spesi e risultati inutili (senza contare gli oneri, anche economici, sostenuti fino a quel momento dalle parti) (*costs of error*). Come è stato evidenziato, «if the Court makes a mistake in granting review, it will live with the mistake for months before finally dismissing cert. as improvidently granted or deciding the case on ground wholly unrelated to the original reason for granting review (...). Every time the cases comes up for discussion the Justices and clerks who recommended the grant are embarrassed anew»²¹².

Tornando alla procedura, una volta stesa la *discuss list*, all'occorrenza implementata dei casi che altri *Justices* ritengano meritevoli quantomeno di un più approfondito esame, si procede alla discussione delle questioni ivi contenute in un'apposita sede, ovvero la (più volte citata) c.d. *friday conference*.

I *Justices*, in particolare, si ritrovano ogni venerdì nella *conference room*, ubicata dietro l'aula di pubblica udienza e a fianco della *Chamber* del *Chief Justice*. La riunione è caratterizzata da alcuni elementi tipicamente rituali e immutati nel tempo: dalla prassi introdotta dal *Chief Justice* Melville di «shak[ing] hands all around», per significare che «harmony of aims, if not views, is the Court's guiding principle»²¹³, al rigido «cerimoniale» che riguarda i posti assegnati al tavolo. A tale ultimo riguardo, il *Chief Justice* siede a capotavola, mentre il *senior Associate Justice*, dalla parte opposta. Alla destra del *Chief Justice* si trovano i tre *Associate* più anziani, mentre alla sua sinistra i quattro *Justices* più giovani. Dunque, «seating is by seniority, and the Justices change places at the table whenever a more senior Justice retires or dies»²¹⁴.

Caratteristica della riunione è la sua assoluta riservatezza: nessuno, oltre ai *Justices*, è autorizzato ad entrare durante la *conference*²¹⁵. Alle comunicazioni con

²¹⁰ ID., *op. cit.*, p. 814.

²¹¹ Sulla pratica del *D.I.G.* v., *infra*, par. 3.18.

²¹² Così S. BAKER, *A practical guide to certiorari*, in 33 *Catholic Univ. Law Rev.*, 1984, p. 612; v. altresì G. CALDEIRA & J. WRIGHT, *op. cit.*, p. 827, i quali hanno affermato che la pronuncia di *D.I.G.* «is an embarrassing step to take and wastes the time and effort of the parties».

²¹³ In tal senso v. A. WESTIN, *Autobiography of the Supreme Court*, Westport, 1978, p. 301.

²¹⁴ Così D. DICKSON, *op. cit.*, p. 4.

²¹⁵ Le motivazioni a supporto di una «tradition of secrecy» sono sempre state individuate nella

il mondo esterno provvede il *Justice* più giovane²¹⁶: egli opera quale *messenger* della Corte, essendo incaricato di portare ai commessi fuori dall'aula gli *outgoing messages*²¹⁷.

Oggetto della *friday conference*, in realtà, non è solo l'esame delle *petitions for writ of certiorari*. Invero i *Justices* affrontano – nell'ordine – tre ordini di attività:

1. in primo luogo sbrigano quelli che vengono definiti *administrative matters*: mentre alcune decisioni di natura eminentemente burocratica sono riservate al *Chief Justice*, come, ad esempio, quelle relative all'allocazione del *budget* della Corte, altre questioni vengono discusse e votate in *conference*. Si va dalla decisione sul se esercitare *lobby* sul Congresso per ottenere altre competenze, fino alla programmazione dell'annuale *christmas party* della Corte;

2. in secondo luogo, si occupano della *case selection*: questo momento è anche chiamato *cert. conference* o *screening conference* e riguarda, per l'appunto, le decisioni sul se accordare il *writ of certiorari*;

3. in ultimo luogo – la parte più corposa della *conference* – provvedono a decidere i casi nel merito. Essa è anche chiamata *argued cases conference* o *conference on the merits*. I casi di cui si occupa la Corte, in questa fase, sono quelli che son già stati selezionati, studiati, e discussi in pubblica udienza²¹⁸.

Limitandoci al tema che più interessa, ovvero la *cert. conference*, va subito evidenziato come la discussione dei casi contenuti nella *list* sia particolarmente breve. Di norma, a ciascun caso non vengono accordati più di 5-6 minuti (mentre in sede di *argued cases conference*, almeno 30 minuti sono dedicati a ognuno); addirittura, molte *certiorari petitions* vengono *dismissed* «whit a little or no discussion»²¹⁹.

necessità, da un lato, di proteggere la Corte da eventuali «political attacks» da parte degli altri due poteri (esecutivo e legislativo) dello Stato e, da altro lato, di preservare le decisioni stesse essendovi il rischio che, di fronte ad un controllo pubblico dell'operato della *conference*, si comprometta quel «frank exchange of views among the Justices» e la possibilità, per gli stessi, di poter eventualmente modificare nel tempo le proprie posizioni. Sul punto v. più in dettaglio, *infra*, par. 3.16.

²¹⁶ Tom Clark, che è stato per sei anni *Junior Associate*, ha parlato di sé stesso come del «highest paid doorkeeper in the world»: v. D. O'BRIEN, *Storm Center: the Supreme Court in american politics*, WW Norton, New York, 2008, p. 185; inoltre, il *Junior Associate* è incaricato di altri compiti come, ad esempio, quello di provvedere, terminata la *conference*, a comunicare all'ufficio competente il testo degli ordini destinati a comparire sulla «Court's order list» pubblicata ogni lunedì.

²¹⁷ Tali messaggi possono variare da semplici richieste di consultazione di libri e materiali per approfondire una determinata questione, sino alla consegna del pranzo.

²¹⁸ In questa fase, peraltro, i *Justices* non soltanto emettono decisioni nel merito, ma provvedono anche, eventualmente, «to dismiss a case at any time before the Court's judgement is officially granted». Si allude nuovamente a quella pratica, già più volte citata del *D.I.G.* (*dismiss a case as improvidently granted*), la quale presuppone che i *Justices* «discover a procedural or factual flaw to justify dismissing a case»: così, D. DICKSON, *op. cit.*, p. 8.

²¹⁹ *Id.*, *op. cit.*, p. 8.

Per quanto riguarda la discussione vera e propria, il *Chief Justice* inizialmente menziona ogni caso da questi inserito nella *list* e illustra ai colleghi il perché lo abbia ivi voluto, ritenendolo meritevole di un più approfondito esame; lo stesso farà quindi ciascun *Justice* con riferimento ai ricorsi da lui eventualmente aggiunti alla *list*.

La discussione e la votazione avvengono seguendo il rigido criterio della *seniority*: a seguito della presentazione del caso ciascun *Justice*, da un lato, può apportare ulteriori considerazioni su di esso e, da altro lato, esprime il proprio parere; e così via sino all'ultimo *junior Associate*.

È appena il caso di rilevare come siffatto *modus operandi* lasci ben poco spazio ai *Justices* più giovani. Invero è verosimile che questi non aggiungeranno più nulla alla disamina della questione, essendo probabilmente già venuti in luce tutti i relativi aspetti salienti; in aggiunta, anche per quanto concerne la votazione, questi si troveranno, il più delle volte, di fronte ad una maggioranza già definita.

Infine va ricordato che, in aggiunta alle *regular conferences* che si tengono il venerdì, i *Justices* provvedono, nel corso di ciascun *term*, a fissare ulteriori *special conferences* a fine di smaltire l'arretrato accumulato.

Si tratta di riunioni predisposte soprattutto per evadere le numerose *certiorari petitions* che si accumulano durante i periodi di *recess* della Corte. Con tale termine si allude alla pausa estiva e a quella che cade durante il periodo natalizio: come già osservato in precedenza, sebbene i *Justices* non siano operativi, tuttavia gli avvocati – anche per la *deadline* prevista dalle *rules*²²⁰ – possono comunque depositare le proprie *petitions* con conseguente accumulo di questioni che attendono una definizione. Così, solitamente, «the Justices have to meet every day for a week or more (...) to catch up with the cert. petitions that accumulated while they are away»²²¹.

3.9. Segue: *i criteri utilizzati: la rule of four, la rule of five, la join-3 rule e la hold rule*

Si è detto che – in sede di *conference* – la Corte, *inter alia*, decide «se decidere», ovvero verifica se accordare il *writ* o meno ai *petitioners*. Le questioni che vanno a questo punto affrontate sono due: in primo luogo, si tratta di analizzare – ad un livello essenzialmente formale – il *quomodo* dello *screening* in quello che si è definito come *second step* del procedimento di selezione e, in secondo luogo,

²²⁰ Cfr, sul punto, *supra*, par. 3.3 e, *infra*, par. 3.15.

²²¹ In tal senso v. D. DICKSON, *op. cit.*, p. 7; dal 1975 è invalsa la prassi di dedicare l'intera ultima settimana di settembre – prima, dunque, dell'apertura ufficiale del nuovo *term* – all'esame delle *petitions* depositate durante l'estate.

individuare – sul piano sostanziale – quali siano i criteri dai *Justices* utilizzati per decidere se un caso è *certworthy* o meno.

Rimandando ai successivi paragrafi l'esame di quest'ultima problematica ci si concentrerà qui invece sull'aspetto procedimentale, ovvero sul come concretamente ad una *petition* viene rilasciato il *certiorari*.

Nonostante la *conference* sia circondata, come accennato in precedenza, da una cortina di *secrecy* che la rende, in un certo senso, impermeabile al mondo esterno, sono stati gli stessi *Justices* a svelare il modo in cui ad una *petition* sarebbe stata accordata la piena *review*. Al riguardo, nel 1924 il *Justice* Van Devanter, in sede di *hearings* davanti al *Judicial Committee* del Senato, così si esprime: «if there were five votes against granting the petition and four in favor of granting it, it would be granted, because we proceed upon the theory that when as many as four members of the Court, and even three in some instances, are impressed with the propriety of our taking the case, the petition should be granted»²²².

Si tratta della c.d. *rule of four*, per la quale è sufficiente – ai fini della concessione del *writ* – che quattro membri della Corte siano d'accordo sul fatto che il caso è meritevole di essere esaminato e deciso²²³: la regola è evidentemente volta a tutelare le *minorities* della Corte, consentendo essa a (soli) quattro *Justices* di ottenere, anche contro il parere della maggioranza, la *review* del caso²²⁴.

Pur non essendovi certezza sul momento preciso in cui la predetta prassi si sia formata, la *rule* è stata nondimeno collegata alla prima attribuzione, da parte del Congresso, di (casi di) *discretionary review* alla Corte, avvenuta con il *Courts of Appeal's Act* del 1891²²⁵.

²²² Cfr. *Testimony of Justice Van Devanter in Senate Hearings* (1924), cit., p. 29.

²²³ Sulla *rule of four* v. J. LEIMAN, *The rule of four*, in 57 *Colum. Law Rev.*, 1957, p. 975 ss.; cfr. altresì J. BLUMSTEIN, *The Supreme Court jurisdiction – Reform proposals, discretionary review, and writ dismissal*, in 26 *Vand. Law Rev.*, 1973, p. 917 ss.; D. O'BRIEN, *Join-3 votes*, cit., p. 784 ss.; D. PROVINE, *Case selection*, cit., p. 32 ss.; J. STEVENS, *The life span*, cit., p. 17 ss.; H. PERRY, *Deciding to decide*, cit., p. 43 ss.; R. REVESZ, P. KARLAN, *Non-majority rules and the Supreme Court*, in 136 *Univ. Pa. Law Rev.*, 1988, p. 1071 ss.; F. TIRIO, *Il writ of certiorari*, cit., p. 68 ss.

²²⁴ Secondo parte della dottrina (in accordo con quanto affermato dal *Justice* Douglas) si tratta di una caratteristica – quella della tutela della minoranza della Corte – senza la quale il Congresso non avrebbe mai concesso i maggiori poteri di selezione discrezionale proposti nella bozza del *Judges' Bill*. «Without this safeguard of minority control over access to the Court – è stato affermato – Congress would not have delegated to the Justices such broad discretionary authority (...). The fear that discretionary review would eliminate the function of the Court in administering 'essential justice' led to institutionalizing a minority rule on granting review. From this perspective the four-vote provides an objective measure of 'importance'»: così J. BLUMSTEIN, *op. cit.*, p. 919. V., altresì, quanto affermato da W. DOUGLAS, *Managing the docket of the Supreme Court of the United States*, in 25 *Record of N.Y.C.B.A.* 1970, p. 279, secondo cui «minority control (...) makes the present docket control tolerable».

²²⁵ È di nuovo Van Devanter che suggerisce un tale conclusione nel momento in cui afferma che «Mr. Justice Brandeis has been on the Court for twenty years, and he will not recall a single

Più che mera *working rule*, la regola in esame è sempre stata dagli stessi *Justices* (seppur con qualche distinguo) considerata un elemento essenziale nel procedimento selettivo; al riguardo, il *Chief Justice Hughes* alcuni anni dopo l'approvazione del *Judges' Bill* ribadì – in tono quasi perentorio – che «even if two or three of the Justices are strongly of the opinion that certiorari should be allowed, frequently the other Justices will acquiesce in their view, but the petition is always granted if four so vote»²²⁶.

Dimostrazione ne è il fatto che – anche se non v'è traccia di una ipotetica *rule of three* di cui parlava Hughes – la *rule of four* è una delle poche regole che, fin dalla sua origine, continua ad essere dalla Corte osservata ed applicata nel medesimo modo per il quale è stata concepita²²⁷.

Tanto premesso, la questione che si pone all'interprete consiste nel verificare quali rapporti intercorrano tra questa e il merito della causa, ovvero se la Corte, dopo il rilascio del *writ* (sulla base della decisione di quattro soli membri), sia tenuta anche ad occuparsi del merito, oppure se è lecito che, successivamente agli *oral arguments* della parti, la maggioranza dei *Justices* possa sempre decidere di revocare *ex post* il *writ* a seguito della scoperta di elementi nuovi, non conosciuti all'epoca della *petition*, i quali dimostrino che il caso non è *certworthy* ovvero, più semplicemente, a causa di un semplice mutamento nella percezione delle diverse questioni maturato (anche) a seguito di quanto affermato dalle parti: in altre parole ciò che viene in evidenza è il coordinamento tra la decisione «di decidere» e la già citata prassi del diniego «postumo» del *writ*.

Si tratta di un problema non secondario anche perché, a ben vedere, coinvolge la stessa effettività della *rule of four*: invero, permettere alla maggioranza, senza alcun limite, di revocare il *writ* in un momento successivo allo *screening* all'uopo dedicato significa vanificare tutti gli sforzi di tutelare le idee della *minority* della Corte e quindi, in buona sostanza, render lettera morta la *rule*.

Prima di verificare quali siano le attuali posizioni assunte in proposito dalla Corte appare interessante analizzare, da un lato, l'atteggiamento da questa assunto al riguardo in passato e, da altro lato, l'«intendimento» del Congresso sulla regola in esame: va ricordato, infatti, che il Parlamento americano aveva approvato il *Judges' Bill* (anche) a seguito delle rassicurazioni fornite dai *Justices* cir-

instance in all that period where a petition for certiorari which commended itself to four members of the Court was not granted (...). That rule is not one of recent years. It originated before almost all the members of the Court ever thought of being there»: così *Testimony of Justice Van Devanter*, in *Senate Hearings* (1924), cit., p. 8 s.

²²⁶ *Testimony of Chief Justice Hughes*, in *Hearings before the Senate Comm. on the Judiciary*, 73th Cong. (1932), p. 490; lo stesso fece, di nuovo, il *Justice Van Devanter*, il quale ribadì che «we always grant the petition when as many as four think it should be granted and sometimes when as many as three think that way».

²²⁷ Mentre invece, come si ricorderà, altre prassi, come l'esame delle *petitions* e la loro discussione, con il passare degli anni sono state radicalmente modificate.

ca la *fairness* dello *screening* discrezionale, il cui baluardo risiedeva proprio nella *rule of four*.

Quanto anzitutto al comportamento della Corte, va rilevata, negli anni passati, una certa *indifferenza* dei *Justices* nei confronti di tale problematica. Così a volte il caso, sebbene ad un attento esame fosse risultato *uncertworthy*, veniva comunque deciso: al riguardo, il *Justice Stone* aveva affermato: «I agree with Mr. Justice Roberts that the present case is not an appropriate one for the exercise of our discretionary power to afford a second appellate review of the state court judgement by writ of certiorari. But as we have adhered to our long standing practice of granting certiorari upon the affirmative vote of four Justices, the case is properly here for decision and is, I think, correctly decided»²²⁸.

Altre volte, invece, il caso veniva successivamente *dismissed* dai *Justices*: emblematica, al riguardo, è la posizione del *Chief Justice Taft* il quale, nonostante le critiche di chi affermava che la prassi c.d. *D.I.G.* avrebbe comportato un dispendio inutile di tempo e risorse, così giustificò la scelta della Corte di «dismiss[ing] the case as improvidently granted»: «if it be suggested that as much effort and time as we have given to the consideration of the alleged conflict would have enabled us to dispose of the case before us on the merits, the answer is that it is very important that we be consistent in not granting the writ of certiorari except in cases involving principles the settlement of which is of importance to the public as distinguished from that of the parties, and in cases where there is a real and embarrassing conflict of opinion and authority between the circuit courts of appeal»²²⁹.

Dal canto suo il Congresso, nel licenziare il *Judges' Bill*, quantomeno in relazione al significato della *rule* in esame aveva assunto una posizione, si potrebbe dire, di *misunderstanding*; e ciò nonostante le dichiarazioni dei *Justices* in sede di *hearings*, che pure avevano ribadito la necessità di riservarsi il potere revocare *ex post* il *writ*. Probabilmente, il Parlamento americano era più preoccupato che i *Justices* chiarissero i parametri sulla cui base il *writ* sarebbe stato concesso e, pertanto, sulla questione che qui interessa non aveva ritenuto di dover approfondire il discorso, assumendo così una posizione che solo in un certo senso poteva essere estrapolata dalle dichiarazioni dei primi: ovvero l'intendimento che a seguito della concessione del *writ* ci sarebbe comunque stata una decisione, fosse essa di accoglimento o di rigetto, ma comunque nel merito²³⁰.

²²⁸ *Bailey v. Central Vt. Rwy.*, 319 U.S. 350 (1942).

²²⁹ *Layne & Bowler Corp. v. Western Well Works, Inc.*, 261 U.S. 387 (1922).

²³⁰ V., al riguardo, quanto affermato dal senatore Austen, il quale, nel ripercorrere la storia dei *Congress hearings* volti a verificare la validità della bozza di atto proposta dai *Justices* nel 1924, così affermò: «here is the history of the Court on petitions for certiorari given for the purpose of showing Congress what would be done under the Act of 1925 (...). If as many as four of the Justices are excited to action on the case (...) there is a hearing on the merits, and a hearing may be

Negli ultimi decenni, la posizione dai *Justices* assunta sul rapporto tra *rule of four* e decisione nel merito si è sostanzialmente polarizzata attorno a tre diversi orientamenti.

Ad un livello più estremo si trova l'idea espressa dal *Justice* Douglas, secondo il quale «the rule of four represented a compromise by the Justice of the Court in return for Congressional approval of expanded discretionary review»²³¹; pertanto, essa avrebbe una *binding nature* e costringerebbe, quindi, la Corte a decidere sempre nel merito il caso, a seguito della concessione del *writ*.

Ad un livello intermedio si trova la posizione dei *Justices* Harlan e Brennan, secondo cui «the observance of the rule requires the Court to decide a case on the merits unless considerations appear which were not manifest or fully apprehended at the time certiorari was granted»²³².

In particolare, Harlan osservò che, in assenza di ulteriori elementi non adeguatamente considerati al momento della concessione del *writ*, «once certiorari has been granted a case should be disposed of on the premise that it is properly here»²³³. Se così non fosse, e quindi se si consentisse ai *Justices*, semplicemente, di cambiare idea sulla loro previa decisione in sede di *conference*, la stessa *rule of four* verrebbe svuotata di ogni significato. In aggiunta, un siffatto *modus operandi*, oltre a dimostrare un utilizzo poco efficiente delle risorse a disposizione, sarebbe idoneo a inviare alle parti un segnale ben poco edificante: «while litigants must generally assume the risk of a case's dismissal because of newly revealed factors, to ask them to assume it when the Court knows from the start the case will not be decided is a practice of questionable fairness», ha sostenuto l'alto magistrato²³⁴.

Di opposto avviso è, infine, la convinzione del *Justice* Frankfurter, secondo cui la *rule of four* significherebbe soltanto che la Corte «will hear a case if four

granted even though less than four so agree (...). There is no mystery, there is nothing furtive that the Court does not conceal anything with respect to its petition for certiorari»: v. 81 *Cong. Rec.*, 1937, pp. 3323-3325; v., altresì, J. LEIMAN, *op. cit.*, p. 987, secondo cui «Congress was more concerned with the motivation underlying the rule than with the rule itself as a formal procedure. It saw the rule as insuring that the selective process would operate as justly as possible, by placing the majority under an obligation to give extended consideration to 'borderline' cases which would find the Court closely divided over the question of review».

²³¹ Cfr. J. BLUMSTEIN, *op. cit.*, p. 919; inoltre, secondo W. Douglas, coloro che in *conference* votano per il diniego del *writ* non potrebbero neppure votare per successivamente «dismissing a case»: «if four can grant and the opposing five dismiss, then the four cannot get a decision of the case on the merits. The integrity of the four-vote rule on certiorari would then be impaired»: cfr. *United States v. Shannon*, 342 U.S. 298 (1951).

²³² Così J. LEIMAN, *op. cit.*, p. 975.

²³³ V. *Rogers v. Missouri Pac. R.R.*, 352 U.S. 559 (1956).

²³⁴ *Rogers v. Missouri*, cit., 560.

out of the nine Justices believe, on the basis of the petition for certiorari, that it is one the Court should consider, but not necessarily decide»²³⁵; pertanto, secondo Frankfurter, si tratterebbe di mera *working rule*. È pur vero che se quattro Justices votano per la *review* di un caso, ciò costituisce, verosimilmente, *ample proof* che la questione presentata è di particolare importanza; tuttavia, la decisione sul se accogliere o meno la *petition* è, per sua natura, incompleta, basandosi essa sui soli *briefs* delle parti: in altre parole, «it is unrealistic to claim that there are situations in which the Court knows no more after hearing a case that it did after examining the petition for certiorari»²³⁶. Pertanto, «the rule [of four] does not mean that the votes of four Justices establish a case as properly before the Court for decision. It means only that enough Justices think a case should be heard to justify the Court's consideration of it. The presumption is strong, when certiorari is granted, that the Court will decide the case on the merits. But this presumption must give way in the face of stronger considerations concerning the Court's proper exercise of its certiorari jurisdiction»²³⁷.

Probabilmente, la soluzione più corretta sembra essere – anche alla luce dell'utilizzo piuttosto prudente della pratica *D.I.G.* – quella intermedia: essa, infatti, appare l'unica che consente alla Corte di esercitare pienamente ed in modo corretto la *discretionary review* senza tuttavia al contempo vanificare il contenuto della *rule of four*²³⁸.

Pertanto, non può dimenticarsi che la *rule of four* è stata oggetto di perplessità anche all'interno della Corte: il riferimento va in particolare al Justice Stevens, il quale non ha mai perso occasione di manifestare la propria preoccupazione verso il crescente carico di lavoro suo e dei colleghi. Tra i fattori da questi individuati come determinanti nel rendere insostenibile il *docket* vi sarebbe (sorprensamente) proprio la *rule* in esame. Invero, esaminando i propri *papers*, Stevens giunse alla conclusione che: di tutti i casi annualmente ammessi alla discussione nel merito, almeno un quarto di essi avrebbe accesso alla Corte grazie

²³⁵ V. J. LEIMAN, *op. cit.*, p. 976.

²³⁶ *Id.*, *op. cit.*, p. 977; v., altresì, quanto affermato da F. Frankfurter nella sentenza *United States v. Shannon*, 342 U.S. 288, 296 s. (1952): «the fact that a case inappropriate for review escaped denial through a edding-out process that is bound to be circumscribed, is no reason for compounding the oversight by disposing of such a case on the merits, after argument has made more luminosity clear than did the preliminary examination of the papers that the litigation ought to be allowed to rest where it is by dismissing the writ (...). In fairness to the effective adjudication of those cases for which the Court sits, the Court has, again and again, acted on these considerations and dismissed the writ as 'improvidently granted' after the preliminary and necessarily tentative consideration of the petition».

²³⁷ Così, riferendosi al Justice Frankfurter, v. J. LEIMAN, *op. cit.*, p. 977 s.

²³⁸ Del resto si tratta della soluzione maggiormente condivisa dai Justices: cfr., sul punto, *Oklahoma City v. Tuttle*, 471 U.S. 808 (1984); *St. Louis v. Praprotnik*, 485 U.S. 112 (1988); *Canton v. Harris*, 489 U.S. 378 (1988).

all'applicazione della *rule* (dunque con il voto favorevole di soli quattro membri); e che solitamente si tratterebbe di questioni la cui decisione non appaia in grado di fornire «a valuable contribution to the development of our jurisprudence»²³⁹ bensì, piuttosto, di situazioni ove «the law would have fared just as well if the decision of the court of appeals or the state court had been allowed to stand»²⁴⁰. Del resto, se è vero che quando quattro *Justices* ritengono il caso meritevole di *review* ciò costituirebbe una presunzione abbastanza certa sulla rilevanza della questione, è altrettanto vero, prosegue Stevens, che la vicenda può essere inquadrata in un'opposta prospettiva: ovvero che si tratta di casi ammessi alla *review* dietro voto della sola minoranza della Corte; mentre, per regola generale, «the collective judgement of [the Court's] majority is more reliable than the views of the minority»²⁴¹.

Il *Justice*, dunque, giunge alla conclusione che, se venissero espunti dal *docket* tutti questi casi, «the number of cases scheduled for argument on the merits [each] term would be well within the range that all Justices consider acceptable»²⁴²; ciò che peraltro comporterebbe quanto meno un ripensamento della *rule* per la quale Stevens, sebbene non giunga a postularne la revoca²⁴³ (anche se non esclude che, in futuro, la Corte non decida di tornare sui propri passi), auspica una maggiore ponderatezza – c.d. *self restraint* – da parte dei colleghi nel relativo utilizzo.

Se dunque la regola suesposta costituisce la prassi di norma seguita dalla Corte, non si possono tuttavia dimenticare altre – seppur eccezionali – modalità decisorie dai *Justices* utilizzate in sede di *conference*, tra le quali si ricordano brevemente la c.d. *rule of five*, la c.d. *join-3 rule* e, infine, la c.d. *hold rule*.

Quanto alla prima, è appena il caso di rilevare che vi sono questioni sulle quali la Corte ha già dimostrato in passato di essersi divisa in rigidi blocchi di cinque contro quattro. In situazioni di tal genere, la *minority* è perfettamente consapevole che, anche se riuscirà a «spuntare» la concessione del *writ*, tuttavia non sarà mai in grado di prevalere nel merito²⁴⁴ e, pertanto, rinuncia al proprio

²³⁹ Così J. STEVENS, *op. cit.*, p. 33.

²⁴⁰ ID., *op. cit.*, p. 33.

²⁴¹ ID., *op. cit.*, p. 35.

²⁴² ID., *op. cit.*, p. 33.

²⁴³ Anche perché si rende conto che essa porta con sé alcuni, indubbi, vantaggi, come quello di attribuire a ciascun membro della Corte «a stronger voice in determining the makeup of the Court's docket», nonché la possibilità che «an unpopular litigant, or an unpopular issue, will be heard in the country's court of last resort»: così J. STEVENS, *op. cit.*, p. 37.

²⁴⁴ Ciò accade, ad es., negli «obscenity cases»: si tratta sostanzialmente di vicende che attengono a tutti quei comportamenti in qualche modo lesivi dei principi che sostengono la morale pubblica, per i quali valgono gli standard di valutazione fissati dalla sentenza *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973). In argomento cfr. altresì H. PERRY, *op. cit.*, p. 98.

diritto di far esaminare la *petition* in sede di *oral arguments*: in casi come questi l'ordinaria regola è destinata dunque a divenire una vera e propria *rule of five*²⁴⁵.

Quanto, invece, alla *join-3 rule*, si tratta, in realtà, di una diversa applicazione della *rule of four*. Invero, più che autonoma *rule*, essa potrebbe definirsi come un diverso comportamento dei *Justices* in sede di votazione, teso peraltro a rispettare pur sempre la *rule of four*.

In particolare, una situazione del genere si verifica quando uno dei *Justices* è incerto sulla posizione da assumere rispetto ad una determinata *petition*: in tal caso o il *Justice* può riferire ai colleghi di essere disponibile a concedere il *writ* purché altri tre aderiscano al suo voto ovvero, di fronte ad una dichiarazione di voto favorevole di tre altri colleghi, questi può essere indotto, appunto, a «join[ing] three», risolvendo così, in un senso o nell'altro, i suoi dubbi al riguardo. Come affermato da un *Justice*, la *join-3 rule* «is a timid vote to grant. At times maybe there is doubt about something. What someone will say is, 'if there are three to join, I'll vote to grant'. It is kind of hardy in-between vote»²⁴⁶. Il *Chief Justice* Rehnquist ha affermato, altresì, che si tratta di «a more tentative vote than a 'grant'» e che, «if there are three to join, the person who casts the vote may nonetheless reconsider it»²⁴⁷.

Anche in questo caso non è agevole risalire al momento in cui la predetta prassi si è formata. Al riguardo, lo stesso *Chief Justice* Rehnquist affermò che «it is hard to remember back nearly twenty-five years, which is the length of time I have been a member of the Court; but I do not remember the 'Join-3' vote striking me as a novelty after I was here. I therefore think it must have been used, albeit rarely, from the time I came on the Court»²⁴⁸; probabilmente si deve risalire al *Chief Justice* Burger, il quale spesso «join[ed] (three)» altri *Justices* nel loro voto sulla *petition*²⁴⁹.

Sebbene si tratti di pratica non particolarmente frequente, tuttavia essa riveste una certa rilevanza, costituendo il segnale di una sorta di cooperazione in se-

²⁴⁵ V., al riguardo, quanto affermato da un *clerk* della Corte, secondo cui: «Justice [...] told me positions had rigidified on this First amendment issue (...). Some people thought that certain restrictions were always unconstitutional, and others didn't. That has the effect of overruling the rule of four»: cfr. H. PERRY, *op. cit.*, p. 98; in ogni caso, l'autore sottolinea come si tratti di una prassi particolarmente rara.

²⁴⁶ In tal senso cfr. la dichiarazione raccolta da H. PERRY, *op. cit.*, p. 167; ancora, un altro *Justice* ha affermato che «when I use it [= the Join-3 rule], it generally means that it is something I would vote to grant, but that I wouldn't put it on the discuss list»: ID., *op. cit.*, p. 168.

²⁴⁷ Cfr., al riguardo, D. O'BRIEN, *op. ult. cit.*, p. 788.

²⁴⁸ ID., *op. ult. cit.*, p. 788.

²⁴⁹ ID., *op. ult. cit.*, p. 789.

de di *conference* la quale si pone in contrasto alla regola che vede invece nello *screening* delle *petitions* un «individual work» per i *Justices*²⁵⁰.

Quanto, infine, alla c.d. *hold rule*, tre *Justices* possono ottenere, di propria iniziativa o su impulso di parte, un differimento della pronuncia sulla *petition* ogniqualvolta un evento – una normativa sopravvenuta, una imminente decisione della Corte su un caso simile²⁵¹ o altra decisione di Corti federali inferiori – possa influire sulla concessione o meno del *writ*²⁵². Tramite siffatta regola, dunque, si garantisce ai contendenti un trattamento «fair and equal», evitando che casi simili vengano esaminati e decisi (in sede di selezione) in modo differente a seconda del momento in cui sono stati presentati alla Corte²⁵³.

In realtà, v'è ancora un'ulteriore deviazione dall'ordinaria regola di voto, ovvero la c.d. *rule of six*: di essa tuttavia si darà conto trattando delle *summary dispositions*²⁵⁴, essendo tale prassi utilizzata proprio (ed esclusivamente) nell'ambito di questa, semplificata, pronuncia della Corte.

²⁵⁰ Cfr., al riguardo, J. STEVENS, *op. cit.*, p. 28; cfr., altresì, D. PROVIN, *op. cit.*, p. 33. V., però, H. PERRY, *op. cit.*, p. 170 secondo cui da tale «cooperazione» non si può ricavare una sorta di «interchamber maneuvering on cert. [petitions]».

²⁵¹ Si parla, in questi casi, di cause «in the pipeline»: su tale concetto, v. comunque, *infra*, par. 3.12.

²⁵² La Corte ha menzionato espressamente la predetta regola nelle sentenze *Straight v. Wainwright*, 476 U.S. 1132 (1986) e *Watson v. Butler*, 108 S.Ct., 6 (1987): nella prima, il *Justice* Brennan aveva affermato che, al fine di ottenere la sospensione del giudizio, sarebbero stati sufficienti quattro voti; nella seconda, invece, lo stesso *Justice* si è corretto, chiarendo che sarebbero bastati tre soli voti.

²⁵³ V., al riguardo, quanto affermato dal *Justice* Brennan nella sentenza *Straight v. Wainwright*, cit.: «the Court's hold policy represents the conviction that like cases must be treated alike. Like the Rule of Four, it grants to a minority of the Court the power to prevent the majority from denying a petition for certiorari when the minority is persuaded that the issues or question presented in the case to be held are similar to a case that the Court is to decide. The principle is apparent: whether an individual obtains relief should not turn on the fortuity of whether his papers were the first, the second or the tenth to reach the Court. What counts is the merits. A vote to 'held' is a statement by a number of Justices that the disposition of the granted case may have an effect on the merits of the case which is to be held». V. però, nella medesima sentenza la posizione critica nei confronti della *hold rule* del *Justice* Powell, il quale ha negato che tra casi «granted» e casi «held» sussista analogia, e questo per una duplice ragione: «first and foremost, the Court often 'holds' cases for reasons that have nothing to do with the merits of the cases being held, as when we wish not to 'tip our hands' in advance of an opinion's announcement. Second, when certiorari is granted, by definition the Court's resolution of the issues presented in that case might affect the judgement rendered below. That is not necessarily true of held cases. The judgement in a held case may rest on a number of grounds sufficient to sustain it».

²⁵⁴ V., *infra*, par. 3.18.

3.10. *La seconda fase di selezione: la decisione sul «se» decidere; la difficoltà di identificare i parametri utilizzati dai Justices; piano della ricostruzione*

Terminata la disamina dell'aspetto tecnico della votazione in *conference* è ora necessario soffermarsi su quello maggiormente sostanziale, ovvero sui motivi in base ai quali i *Justices* decidono se un caso è *certworthy* o meno.

Tenendo sempre presente quanto già più volte espresso, ovvero la difficoltà di indagare un istituto dai contorni tutt'oggi poco definiti, l'elemento da cui prendere le mosse è senza dubbio il dato normativo. Al riguardo le *Supreme Court Rules* dedicano all'individuazione dei motivi per i quali il *writ* verrebbe concesso una sola norma – la *Rule 10* – la quale, rubricata «Considerations Governing Review on Certiorari», così statuisce: «Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although neither controlling nor fully measuring the Court's discretion, indicate the character of the reasons the Court considers:

(a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court's supervisory power;

(b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals;

(c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court.

A petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law».

Già ad una sommaria lettura emerge chiaramente l'insofferenza dei *Justices* verso ogni tentativo di controllare, limitare o anche solo prevedere il loro operato: il fatto che la norma, testualmente, affermi di «*neither control[ing] nor fully measur[ing] the Court's discretion*» ne è chiara dimostrazione.

Ma non solo. Ad un più attento esame ci si accorge altresì che tale disposizione fornisce alle parti ben pochi indizi circa la possibile *review* di un caso.

Invero mentre, da un lato, la norma sostanzialmente riconduce la concessio-

ne del *writ* a due eventualità, ovvero quella di un *conflict* (tra circuiti, tra uno di essi e una corte statale di ultima istanza, ovvero tra queste e un precedente della Corte suprema) e della sussistenza di una *important question of federal law*, da altro lato le espressioni utilizzate per descrivere siffatte situazioni – quali, ad es., «*sound judicial discretion*», «*special and important reasons*», «*important question*» e «*accepted and usual course of judicial proceedings*» – difficilmente paiono in grado di fornire ai litiganti un parametro oggettivo di riferimento²⁵⁵.

La situazione è poi ulteriormente complicata dal fatto che – come accennato in sede di esame della *conference* – il procedimento è caratterizzato, dal suo *incipit* e fino alla decisione, da una *secrecy* particolarmente difficile da scalfire.

A tal riguardo i *Justices* non solo non forniscono alcuna motivazione a sostegno dell'accoglimento delle *petitions* ma, cosa ancor più problematica per i ricorrenti, non chiariscono neppure i motivi sulla cui base hanno rigettato la richiesta di *review*; emblematica è la formula utilizzata al riguardo: semplicemente, *cert. denied*.

Sebbene negli ultimi anni alcune rinnovate prassi adottate dai *Justices* – quali il *dissent from certiorari denial* o l'*opinion respecting the denial*²⁵⁶, la prassi *D.I.G.*²⁵⁷, ovvero ancora la pubblicazione dei *papers* giudiziali – abbiano contribuito a far luce su alcuni meccanismi del processo di *case selection*, tuttavia numerose zone d'ombra permangono: emblematica, al riguardo, risulta la frase del *Justice* Murphy, il quale, per giustificare tale *secrecy*, affermò che i «*writs of certiorari are matters of grace*»²⁵⁸.

Numerose sono le interpretazioni nel tempo fornite dalla dottrina americana per giustificare il comportamento dei *Justices*: secondo alcuni, in particolare, tramite la *doctrine of secrecy* si creerebbe un alone di mistero (se non addirittura di sacralità) attorno alla Corte, mistero che contribuirebbe a conferire «dignità» al procedimento stesso²⁵⁹.

Altri, invece, sostengono che costringere la Corte a render pubblici i motivi di accoglimento di una *petition* comporterebbe – tramite una loro cristallizza-

²⁵⁵ Lo stesso F. Frankfurter espresse i suoi dubbi riguardo all'efficacia di tale *Rule*: «in the absence of detailed, informing studies of certiorari – ammette – such rules together with the Court's own infrequent explanations of its policy constitute inexpert counsel's sole reliance. Judged by such standard, it may be questioned whether Rule 38 [l'attuale Rule 10] which governs petitions for certiorari is as explicit as it might be»: v. F. FRANKFURTER & H. HART, *Business of the Supreme Court at October Term, 1933*, in 48 *Harv. Law Rev.*, 1934, p. 264; v., altresì, F. HARPER & G. PRATT, *What the Supreme Court did not do during the 1951 Term*, in 101 *Univ. Pa. Law Rev.*, 1953, p. 439 ss.

²⁵⁶ Su queste prassi v., *infra*, par. 3.16.

²⁵⁷ Cfr., in argomento, *infra*, par. 3.18.

²⁵⁸ *Wade v. Mayo*, 334 U.S. 672, 680 (1947).

²⁵⁹ Così la testimonianza di John Devaney, President of the National Lawyers Guild, in *Hearings before Senate Comm. on the Judiciary*, 75th Cong. (1937), p. 68.

zione – lo svilimento della stessa *ratio* che regge il conferimento ai *Justices* della *discretionary review* alla Corte, ovvero il potere di controllo del *docket*²⁶⁰.

Ancora, secondo una ulteriore ricostruzione il reale motivo per cui i *Justices* non acconsentono a rivelare i criteri seguiti sarebbe di natura eminentemente politica: invero, il timore sarebbe che, a seguito della pubblicazione dei parametri alla base della *case selection*, la Corte potrebbe trovarsi esposta ad eventuali critiche sul proprio operato da parte degli altri poteri dello Stato, primo fra tutti il Congresso²⁶¹.

V'è poi chi afferma che la *secrecy* sia più che altro dettata da esigenze di celerità sulla base del fatto che, qualora la Corte dovesse impegnarsi a redigere una *opinion* su ciascuna *petition* presentata, non avrebbe più molto tempo per dedicarsi alla successiva decisione nel merito delle diverse questioni²⁶²; e chi ritiene che un tale atteggiamento sia funzionale alla «public image» che la Corte vuol dare di sé. In particolare, l'assenza di parametri definiti permetterebbe ai giudici di sostenere quella (oggi peraltro sempre meno realistica²⁶³) immagine di foro in cui «even the most penurious and unsophisticated litigants can easily file appeals with the Supreme Court and get their cases reviewed on the merits if they were treated unjustly in the lower courts»²⁶⁴, alimentando così quella «popular mythology» – verosimilmente anche al fine di garantirsi la possibilità di scelta tra un ampio bacino di casi – cui si accennava trattando delle funzioni esercitate dalla Corte.

Dal canto loro i *Justices* in talune occasioni hanno fornito una giustificazione alla *secrecy* la quale, tuttavia, si rivela di scarso aiuto per l'interprete, ovvero che i motivi alla base della concessione del *writ* sarebbero, in realtà, talmente eterogenei e molteplici che la Corte potrebbe fondare la propria decisione su una pluralità di elementi, non tutti comuni ai *Justices*²⁶⁵.

Qualunque sia la reale *ratio* che sorregge siffatta *doctrine* le conseguenze che questa porta con sé non sono di poco conto.

Mentre, invero, gli attori c.d. pubblici (Governo e altre agenzie amministrative, tutti rappresentati dal *Solicitor General*) e determinati *organized litigants* risentono solo parzialmente dell'indeterminatezza del procedimento, avendo a disposizione mezzi economici e soprattutto – in qualità di «frequent players»²⁶⁶ –

²⁶⁰ Cfr., al riguardo, C. BUTLER, *A century at the Bar of the Supreme Court*, G.P. Putnam's, Sons, New York, 1942, p. 109.

²⁶¹ F. HARPER & G. PRATT, *op. cit.*, p. 444.

²⁶² F. FRANKFURTER & H. HART, *op. ult. cit.*, p. 275.

²⁶³ Basti pensare, ad esempio, al fatto che i *cert. denies* si riscontrano più facilmente negli *in forma pauperis cases*, ovvero nell'ambito dei ricorsi presentati da coloro che non possono permettersi di pagare la *docket fee*.

²⁶⁴ Così D. PROVINE, *op. cit.*, p. 44.

²⁶⁵ Cfr. *Darr v. Burford*, 339 U.S. 200 (1949).

²⁶⁶ Si tratta di gruppi organizzati, ad es. le diverse associazioni a tutela dei diritti civili ovvero

l'esperienza necessaria per tentare di anticipare le scelte della Corte, lo stesso non può dirsi con riferimento ai privati cittadini – c.d. «private petitioners» – ai quali capita di presentare una *petition* assai raramente e che agiscono con l'errata convinzione (propria o indotta dall'avvocato) di poter portare «any case all the way to the Supreme Court»²⁶⁷: «[the] consequence is that the draftman is ill equipped to produce the most convincing petition»²⁶⁸ e, pertanto non sarà in grado di adeguatamente sottolineare quegli elementi del caso che potrebbero garantirgli qualche *chance* in più di accoglimento in sede di *conference*.

Posta, dunque, questa necessaria premessa sul panorama in cui si inquadra la *S.C.R. 10*, è ora possibile procedere, da una parte, al chiarimento dei parametri ivi enunciati e, da altra parte, alla fissazione degli ulteriori elementi che la dottrina (unitamente a quanto rivelato dai *Justices* nel corso degli anni) è riuscita ad individuare quali fattori militanti contro o a favore della *review* di un caso²⁶⁹.

Va comunque precisato che non si tratta di parametri autonomi e decisivi: se a volte è sufficiente la sola sussistenza di un elemento, più frequentemente è tuttavia la combinazione di diversi fattori a giustificare il rilascio del *writ*. Certamente, quando accade la prima situazione e quando la seconda è difficile, se non impossibile, ipotizzarlo con precisione: si entra, infatti, in un territorio dominato dalla più completa – e personale – discrezionalità dei *Justices*, in un «matter of feel» come ribadì, riferendosi al rilascio del *writ*, il *Justice* Jackson.

dell'ambiente, i quali hanno solitamente a disposizione molteplici risorse, economiche ed umane, su cui contare.

²⁶⁷ V. D. PROVINE, *op. cit.*, p. 44.

²⁶⁸ Così R. GIBBS, *Certiorari: its diagnosis and cure*, in 6 *Hastings Law J.*, 1985, p. 141.

²⁶⁹ Sui criteri per la concessione del writ of certiorari v., tra gli altri, B. BOSKEY, *Mechanics of the Supreme Court's certiorari jurisdiction*, cit., p. 255 ss.; J. BLUMSTEIN, *The Supreme Court jurisdiction*, cit., p. 924 ss.; S. BRENNER, J. KROLL, *Strategies in certiorari voting*, cit., p. 828 ss.; W. DOUGLAS, *The Supreme Court and its caseload*, in 45 *Cornell Law Quart.*, 1960, p. 401 ss.; R. GIBBS, *op. cit.*, p. 131 ss.; E. GRESSMAN, *Much ado about certiorari*, in 52 *Georgetown Law J.*, 1964, p. 742 ss.; E. GRISWOLD, *Rationing justice*, cit., p. 338 ss.; E. LAZARUS, *Closed chambers*, cit.; P. LINZER, *The meaning*, cit., p. 1234 ss.; T. LONG, *Deciding whether conflicts with Supreme Court precedent warrant certiorari*, in 59 *N.Y.U. Law Rev.*, 1984, p. 1104 ss.; U. MATTEI, *L'imperialismo*, cit., p. 132 ss.; H. PERRY, *Deciding to decide*, cit., p. 216 ss.; D. PROVINE, *Deciding what to decide: how the Supreme Court sets its agenda*, in 64 *Judicature*, 1981, p. 320 ss.; EAD., *Case Selection*, cit., pp. 37 ss. e 74 ss.; W. REHNQUIST, *The Supreme Court*, cit., p. 224 ss.; B. SCHWARTZ, *Decision: how the Supreme Court decide cases*, Oxford University Press, New York, 1996; D. SHAPIRO, *Jurisdiction and discretion*, in 60 *N.Y.U. Law Rev.*, 1985, p. 543 ss.; K. SMITH, *Certiorari and the Supreme Court agenda*, cit., p. 727 ss.; R. STERN, E. GRESSMAN, *Supreme Court Practice*, Washington D.C., 2007; M. STURLEY, *Observation on the Supreme Court's certiorari jurisdiction in intercircuit conflict cases*, cit., p. 1251 ss.; F. TIRIO, *Il writ of certiorari*, cit., p. 59 ss.; S. ULMER S, *The decision to grant certiorari as an indicator to decision "on the merits"*, in 4 *Polity*, 1972, p. 429 ss.; ID., *The Supreme Court's certiorari jurisdiction: conflict as a predictive variable*, in 78 *Am. Pol. Sc. Rev.*, 1984, p. 901 ss.

Nei prossimi paragrafi, in particolare, utilizzando la distinzione all'uopo elaborata da Robert Gibbs²⁷⁰ si esamineranno, nell'ordine, i criteri di natura «giurisdizionale» e «formale», nonché i criteri «sostanziali»: con riferimento a quest'ultima categoria, considerata anche la maggiore rilevanza ed ampiezza, si procederà ad una ulteriore distinzione tra criteri negativi, ovvero quelli la cui presenza è sintomo di diniego del writ, e criteri positivi, i quali militano a favore dell'accoglimento; infine, si tenterà di individuare i criteri c.d. «strategici», utilizzati dalla Corte per svolgere vere e proprie funzioni di *policy-making*.

3.11. I criteri «giurisdizionali» e «formali»

Un primo ordine di parametri utilizzati nella decisione «se decidere» è quello di natura «giurisdizionale» e «formale».

Quanto ai primi va peraltro precisato come, in realtà, ci si trovi al di fuori del campo di indagine pianificato. Invero, più che di veri e propri criteri per la concessione del writ si tratta, piuttosto, di una sorta di «presupposti processuali», ovvero di elementi che devono sussistere non solo al momento della decisione, ma anche della presentazione della *petition*. Pertanto, in tali casi non si può neppure parlare di discrezionalità esercitata dai *Justices*: essi si limitano a verificare l'esistenza e, in caso di esito negativo, a negare il writ²⁷¹.

In ogni caso, volendo quantomeno enumerare tali fattori, innanzitutto viene in rilievo il requisito della *federal question*: in modo assai generico può dirsi che la giurisdizione della Corte suprema – così come di tutte le altre corti federali – non sussiste ogniqualvolta la *petition* si limiti a sollevare questioni di diritto statale, essendo necessario coinvolgere (almeno) un *federal matter*: qualora l'attore faccia dunque valere una questione non direttamente connessa al diritto federale, ciò comporterà un sicuro diniego del writ²⁷².

²⁷⁰ Cfr. R. GIBBS, *Certiorari*, cit., p. 131 ss.

²⁷¹ In realtà i *Justices* effettuano siffatta verifica solo con riferimento ai casi inseriti nella *discuss list* demandando il controllo, per tutti gli altri, ai propri *clerks*.

²⁷² Cfr., al riguardo, 28 *U.S. Code*, cit., il quale, alle sezioni 1251-1259, come già accennato regola l'accesso per *certiorari* alla Corte Suprema nel seguente modo:

1. per quanto concerne le pronunce delle corti federali inferiori, la sez. 1254 contempla la giurisdizione della Corte nei confronti delle decisioni rese dalle Corti federali di appello sia in sede civile che penale;

2. per quanto concerne le pronunce delle Corti statali di ultima istanza, la sez. 1257 prevede la giurisdizione della Corte ogniqualvolta la decisione di una Corte statale di ultima istanza ponga in questione la validità di un trattato o di una legge federale, o quella di una legge statale rispetto alla Costituzione, ad un trattato o ad una legge federale, ovvero ancora abbia ad oggetto l'invocazione o la rivendicazione di un titolo, diritto o privilegio o immunità in base alla Costituzione o ai trattati o alle leggi federali.

In secondo luogo, e in accordo con quanto statuito dalla stessa Corte, la sentenza impugnata deve essere «a final judgement», ovvero deve trattarsi di un provvedimento «that [ends] the litigation on the merits and [leaves] nothing for the court to do but execute the judgement»²⁷³.

Ancora, tenendo in mente il requisito del *case or controversy* sancito all'art. 3 della Costituzione americana, ovvero che il potere di *adjudication* può essere esercitato solo in presenza di casi e controversie che incidano in modo effettivo e diretto sui diritti dei soggetti che richiedono l'intervento giudiziale, la Corte – sebbene si tratti di elementi la cui mancanza si delinea maggiormente in sede di esame nel merito della controversia – non di rado può già verificare, dalla semplice lettura della *petition* e del *brief in opposition*, l'insussistenza di tale requisito. Più in particolare, la Corte può rendersi conto: dell'assenza di *standing*, ovvero della legittimazione ad agire dell'attore²⁷⁴; del fatto che la causa sia *ripe*, ovvero che gli elementi di diritto o di fatto su cui si fonda siano meramente ipotetici²⁷⁵; della *mootness* della stessa, ovvero che tali elementi nel corso della causa siano per qualsivoglia motivo venuti meno²⁷⁶.

Infine, tra i parametri giurisdizionali si ricordano altresì il «judgement not of the highest available state court»²⁷⁷, ovvero il fatto che la sentenza impugnata non provenga dalla Corte statale di ultima istanza; l'«adequate non-federal ground», il fatto che la sentenza impugnata trovi una sua autonoma giustificazione anche nel diritto statale²⁷⁸; infine, la «federal question improperly raised», la cui situazione si verifica allorquando la questione presentata dal ricorrente, sebbene si definisca «di diritto federale», tuttavia pone in realtà questioni di competenza del diritto statale²⁷⁹.

²⁷³ Cfr. *Firestone Tire & Rubber Co. v. Risjord*, 499 U.S. 368 (1980); si tratta di una regola generale, valevole per ogni tipo di impugnazione, codificata alla sec. 1921 dell'*U.S. Code*, ove si afferma che «the courts of appeals shall have jurisdiction of appeals from all *final decisions* of the district courts of the United States, the United States District Courts for the District of Canal Zone, the District Court of Guam, and the District Court of the Virgin Island». In dottrina, sulla «final judgement rule», v. L. ZENNER, *A test for appealability: the final judgement rule and closure orders*, in 65 *Minn. Law Rev.*, 1981, p. 1110 ss.

²⁷⁴ L'attore può infatti adire il giudice federale solo laddove presenti un «sufficient stake (...) to obtain judicial resolution of that controversy»: v. *Sierra Club v. Morton*, cit.

²⁷⁵ Una definizione di *ripeness* si trova nella sentenza *Abbot Laboratories v. Gardner*, 387 U.S. 136, 148 (1967), dove i *Justices* affermano che il fine della *ripeness* è di «prevent courts brought the avoidance of premature adjudication, from entangling themselves in abstract disagreements with other organs of government».

²⁷⁶ Ciò si verifica, ad es., quando interviene una nuova legge a modificare la situazione di diritto alla base della controversia, ovvero quando l'attività illegittima denunciata venga interrotta. In argomento cfr., *supra*, cap. II, par. 2.4.

²⁷⁷ *Hammerstein v. Superior Court of California*, 340 U.S. 622 (1950).

²⁷⁸ *Stembridge v. Georgia*, 343 U.S. 541 (1951).

²⁷⁹ V., ad es., *Missouri Pacific RR v. Hanna*, 266 U.S. 184 (1924), ove la Corte ha affermato:

Quanto invece ai criteri «formali», essi vanno ricollegati alle prescrizioni – contenute sia nelle *S.C. Rules* che nel *memorandum* redatto dal *Clerk* della Corte – relative all'elaborazione della *petition*²⁸⁰.

Al riguardo, è possibile identificare due serie di criteri: i primi, detti anche «clerical-technical requirements»²⁸¹ riguardano il rispetto delle *Rules*: così, ad esempio, la *petition* non passerà neanche il primo *step* della selezione – l'inserimento nella *discuss list* – qualora non sia corredata dei necessari documenti previsti o non sia depositata nel numero di copie richiesto, ovvero ancora non risulti *compliant* con le prescrizioni del *Clerk* relative al modo in cui questa va redatta e stampata (per tale motivo gli avvocati hanno a disposizione, a margine del *memorandum*, un apposito *sample* di *petition* corettamente confezionata); rientra in questi parametri anche il rispetto dei *time limits* previsti dalle *Rules*²⁸², nonché la verifica del pagamento della *docket fee* di \$300.

Il secondo tipo di parametri attiene, invece, alla «sensibilità» dei *Justices*. Non si tratta di criteri desumibili dalle *Rules*, ma più che altro di inclinazioni personali dei *Justices*, tutte peraltro accomunate dalla volontà di accorciare i tempi del procedimento. Tra queste una certa rilevanza possiede il parametro relativo alla lunghezza della *petition*: così ad es. – sebbene la lunghezza massima della stessa sia prevista espressamente dal *memorandum* (non più di 9.000 parole) – ciò non comporta necessariamente che il rispetto di tale limite, di per sé, renda il ricorso immune da censure formali: se, ad es., risulta che il *petitioner* si sia eccessivamente dilungato nella propria memoria quando, invece, sarebbe stato sufficiente esprimere i concetti in poche parole, ciò comporterà un'elevata probabilità di rigetto della stessa²⁸³. Stessa sorte, poi, toccherà a quelle *petitions* che non siano caratterizzate da «clarity» e «organization»: ricordando che una corretta *petition* è generalmente composta da tre parti – questione presentata, *statement* e ragioni – si può concludere che, mancandone anche una sola, questa avrà decisamente meno possibilità di passare il vaglio preliminare dei *law clerks*.

«we supposed petitioner had properly raised and relied upon the indicated federal question in the courts below by claiming that its responsibilities for injuries sustained by respondent (...) depended upon acts of Congress and applicable principle of common law as interpreted and applied by the federal courts (...). On the contrary, it was there insisted that liability should be determined under laws of Illinois».

²⁸⁰ Su tali prescrizioni v., in dettaglio, *supra*, par. 3.3.

²⁸¹ L'espressione è di R. GIBBS, *Certiorari*, cit., p. 143.

²⁸² *S.C.R.* 13.2.

²⁸³ Come afferma, in modo piuttosto colorito, R. GIBBS, *op. cit.*, p. 143, «if the petition is unreasonable length, the tired eyes of the Justices may compel denial of certiorari».

3.12. I criteri «sostanziali» negativi e il cert. denial

Passando ora ai criteri sostanziali, correlati ai caratteri peculiari della questione sollevata, vengono in rilievo dapprima quegli elementi la cui sussistenza milita avverso la concessione del *writ*.

Tenendo presente quella che è stata definita come «just say no predisposition» dei *clerks*, i quali come noto cercano di individuare, in ciascuna *petition*, tutti quegli elementi che possano condurre all'esclusione del caso già dalla *discuss list*²⁸⁴, si può ora aggiungere un altro aspetto – la c.d. *case fungibility* – il quale pare in grado di ulteriormente giustificare la ristretta selezione operata dalla Corte: il timore (comprensibile) di chi ritiene che, operando in questo modo, anche casi meritevoli di piena *review*, inevitabilmente, possano seguire la stessa sorte di quelli *uncertworthy* non viene avvertito, né dai *clerks* né dagli stessi *Justices*, proprio in virtù della convinzione che, se un caso è davvero meritevole di attenzione, e se quindi il problema da questo sollevato necessita di una pronuncia del massimo organo giurisdizionale del Paese, assai verosimilmente la questione sarà destinata a ripresentarsi nuovamente.

Fungibilità, dunque, è la parola chiave per capire l'atteggiamento della Corte, unitamente alla convinzione che non è il caso concreto a risultare determinante nella scelta in sede di selezione, bensì la *issue* da questo sollevata. «It really didn't matter if the Court made a mistake in not taking a case – ha affermato, al riguardo, un *clerk* –. It is better to let it have a little extra time, because if we didn't grant cert., (...) the issue will be back up again»²⁸⁵.

Tanto premesso, i principali parametri ostativi alla concessione del *certiorari* sono i seguenti:

- *Frivolousness*: più volte si è accennato che buona parte delle *petitions* viene rigettata sulla base del fatto che si tratta, appunto, di «frivolous ones». In realtà il concetto di *frivolousness* è piuttosto generico e può declinarsi in almeno tre possibili specificazioni: in primo luogo, è tale la *petition* che abbia un contenuto «absurd», ovvero decisamente eccentrico, legato al particolare e, soprattutto, distante dai temi di ampio respiro che solitamente interessano la Corte²⁸⁶; in se-

²⁸⁴ Quella della «presumption against a grant» è una situazione, peraltro, che viene riconosciuta anche dagli stessi *Justices*: al riguardo, uno di essi ha affermato che «if a case is arguable as to whether or not it should be a grant, I try to form the reasons for denial»: cfr. al riguardo H. PERRY, *Deciding to decide*, cit., p. 218.

²⁸⁵ V. H. PERRY, *op. cit.*, p. 221, il quale riporta, altresì, l'affermazione di un *Justice* al riguardo: «a case will come back if it is really important».

²⁸⁶ Esempio ne è la *petition* di un marito che metteva in dubbio la costituzionalità del comportamento della propria moglie che lo lasciava da solo nel letto la sera di Natale: cfr. H. PERRY, *op. cit.*, p. 222.

condo luogo, sono *frivolous* tutti quei ricorsi che si fondino esclusivamente o prevalentemente su elementi di fatto. Già in sede di analisi della *petition* si era rilevato come lo *statement* (ovvero la descrizione dei fatti) debba essere chiaro ma soprattutto conciso, al fine di evitare che i *Justices* possano pensare che essa è «factual-dependent». Adesso si può aggiungere che siffatta caratteristica costituisce senz'altro motivo di diniego del *writ* poiché la richiesta decisione della Corte non aggiungerebbe nulla ad una determinata *doctrine* né si porrebbe quale *step* necessario per «clarif[ing] the law»²⁸⁷; in terzo luogo, è considerata *frivolous* la *petition* che allegghi una carenza di prove nella decisione impugnata: anche in questo caso si tratta di una «fact-bound decision», come tale priva di interesse per i *Justices*.

Va rilevato come, in linea tendenziale, almeno il 10% dei ricorsi annualmente presentati si riveli *frivolous*: peraltro, se ciò è sovente dovuto a «inexperienced players», ovvero avvocati che non hanno probabilmente mai presentato una *cert. petition* sino a quel momento, tuttavia altre volte si tratta di vere e proprie tattiche dilatorie dei ricorrenti i quali, sebbene consapevoli della *frivolousness* della questione, approfittano comunque di un ulteriore ricorso per poter, quantomeno, ritardare – tramite la presentazione di apposita istanza²⁸⁸ – l'esecuzione della sentenza impugnata.

• *Percolation*: con questo termine si intende la necessità che un determinato principio, contenuto nella sentenza impugnata, sia stato preventivamente applicato, esaminato e declinato in tutti i suoi aspetti da più tribunali prima che la Corte decida di intervenire su di esso. «Justices like the smell of well-percolated

²⁸⁷ V., al riguardo, le affermazioni di un *clerk* il quale, riferendosi alle parti, ricordò che «they have had a trial, and they have had an appellate court rule on it» e, pertanto, una pronuncia ulteriore della Corte non sarebbe stata necessaria. V. H. PERRY, *op. cit.*, p. 223.

²⁸⁸ La predetta possibilità è riconosciuta, da un lato, dalla sec. 2101 dell'*U.S. Code*, ove si afferma, *inter alia*, che «in any case in which the final judgement or decree of any court is subject to review by the Supreme Court on writ of certiorari, the execution and enforcement of such judgement or decree may be stayed for a reasonable time to enable the party aggrieved to obtain a writ of certiorari from the Supreme Court. The stay may be granted by a judge of the court rendering the judgement or decree or by a justice of the Supreme Court, and may be conditioned on the giving of security, approved by such judge or justice, that if the aggrieved party fails to make application for such writ within the period allotted thereof (...) he shall answer for all damages and costs which the other party may sustain by reason of the stay»; e, da altro lato, dalla *S.C.R.* 23 la quale statuisce, sempre *inter alia*, che «an application for a stay shall set out with particularity why the relief sought is not available from any other court or judge. Except in the most extraordinary circumstances, an application for a stay will not be entertained unless the relief requested was first sought in the appropriate court or courts below or from a judge or judges thereof» e che «a judge, court, or Justice granting an application for a stay pending review by this Court may condition the stay on the filing of a supersedeas bond having an approved surety or sureties. The bond will be conditioned on the satisfaction of the judgment in full, together with any costs, interest, and damages for delay that may be awarded».

cases»²⁸⁹ poiché, considerata la funzione della Corte suprema, le pronunce da questa emesse debbono necessariamente possedere un certo grado di stabilità e (*si vis*) longevità, ciò che potrebbe avvenire solo laddove i *Justices*, al momento della decisione, si trovino nella disponibilità di tutte le informazioni necessarie (nel tempo elaborate), per fornire la più «giusta» interpretazione di una determinata *issue*²⁹⁰.

In aggiunta, una *percolated question* agevolerebbe il lavoro della Corte: l'attività di studio e ricerca è già stata compiuta in precedenza e si tratterebbe soltanto di combinare le diverse idee ovvero di scegliere, tra le molteplici interpretazioni, quella maggiormente idonea a fissare in via definitiva il principio di diritto richiesto.

Se, dunque, la carenza di *percolation* costituisce la premessa per un sicuro diniego del *writ*²⁹¹, è necessario tuttavia chiarire quando sia possibile affermare che un caso, nell'ottica della Corte, è «well-percolated». La risposta, peraltro, non è agevole anche perché la questione è strettamente connessa alla sensibilità di ciascun *Justice*: sebbene vi sia chi abbia ammesso che si tratta della combinazione di più fattori, quali tempo di *percolation*, personali inclinazioni dei giudici che hanno esaminato la questione e numero di precedenti decisioni rese al riguardo²⁹², sembra comunque che un «well-percolated case» sia individuabile laddove più circuiti si siano già espressi, contraddittoriamente, sul medesimo principio di diritto²⁹³.

La prassi della *percolation* è stata oggetto di ampio dibattito nel corso del tempo: così, parte della dottrina (c.d. *percolationists*) ritiene che essa conduca a decisioni migliori sul piano qualitativo: tanti più sono stati i soggetti (tribunali ma anche avvocati) che hanno trattato il caso quanto più accettabile risulterà la decisione della Corte²⁹⁴.

²⁸⁹ H. PERRY, *op. cit.*, p. 230.

²⁹⁰ Al riguardo, un *clerk* ha affermato: «the Court does not want to start considering a federal question without having other courts look at it. There needs to be some procedural rigor established by having other courts look at it. They do not want to look at a claim in the abstract. What they want to do is review how other courts have looked at this issue»: cfr. H. PERRY, *op. cit.*, p. 231.

²⁹¹ Ovviamente la mancanza di *percolation* non sarà motivo ostativo alla concessione del *writ* laddove vi sia una urgente necessità di «overriding», avendo la decisione impugnata posto un principio *ictu oculi* erroneo o, comunque, palesemente contrario alle disposizioni costituzionali.

²⁹² V., al riguardo, la testimonianza resa da un *Justice* in H. PERRY, *op. cit.*, p. 233.

²⁹³ Cfr., sul punto, T. TIBERI, *Supreme Courts denials of certiorari in conflict cases: percolation or procrastination?*, in 54 *Univ. Pitt. Law Rev.*, 1993, p. 861, il quale afferma che «percolation occurs when at least two Circuit Courts of Appeals interpret the same federal law in a different manner».

²⁹⁴ V., sul punto, S. ESTREICHER & J. SEXTON, *A managerial theory*, cit., p. 719, secondo cui «a managerial conception of the Court's role embraces lower court percolation as an affirmative value. The views of the lower courts on a particular issue provide the Supreme Court with a means of

Anche alcuni componenti della Corte (ma non tutti, come si vedrà tra poco) si sono pronunciati in senso favorevole sull'argomento. Il *Justice* Stevens, in particolare, non ha mancato di sottolineare le *virtues* che un tale parametro porta con sé: «it would be better – ha affermato il *Justice* – if federal law could be applied uniformly in all federal courts, but experience with conflicting interpretations of federal rules may help to illuminate an issue before it is finally resolved and thus may play a constructive role in the lawmaking process. The doctrine of judicial restraint teaches us that patience on the judicial resolution of conflicts may sometimes produce the most desirable result»²⁹⁵.

Dal canto loro, le magistrature inferiori hanno spesso mostrato un certo apprezzamento verso la prassi adottata dalla Corte: così, ad esempio, il *Judge* Wallace del 9° circuito ha affermato che la sussistenza e la ricerca di *conflicts* contribuisce alla «quality of federal justice», rendendo la Corte suprema edotta delle «differing perspectives» relative all'interpretazione dei *federal statutes*; inverso, siffatte prospettive permetterebbero di formulare giudizi «clearer and better reasoned»²⁹⁶.

Dall'altra parte v'è, invece, chi ritiene (c.d. «*non-percolationists*») che la *percolation*, se intesa quale perdurante conflitto tra circuiti, porti con sé soprattutto due ordini di costi: uno di natura immediatamente tangibile, ossia una «increased and unnecessary litigation» e l'altro, di medio-lungo periodo, identificabile nella diminuita fiducia da parte dei cittadini nei confronti del diritto federale. Una tutela che voglia davvero qualificarsi efficiente, si sostiene, postula non soltanto l'uniformità di applicazione delle norme, ma anche e soprattutto la celerità nel dirimere i conflitti eventualmente sorti tra i giudici²⁹⁷.

identifying significant rulings as well as an experimental base and a set of doctrinal materials with which to fashion sound binding law»; v., altresì, A. HELLMAN, *Preserving the essential role of the Supreme Court: a comment on Justice Rehnquist's proposal*, in 14 *Fla. St. Univ. Law Rev.*, 1986, p. 22, il quale ha affermato che a volte è opportuno per la Corte attendere che le sentenze rese dalle *Circuit Courts* vengano «tested in the crucible of litigation».

²⁹⁵ Così J. STEVENS, *Some thoughts on judicial restraint*, in 66 *Judicature*, 1982, p. 183.

²⁹⁶ In questi termini v. C. WALLACE, *The nature and extent of intercircuit conflicts: a solution needed for a mountain or a molehill?*, in 71 *Cal. Law Rev.*, 1983, p. 927.

²⁹⁷ V., al riguardo, P. BATOR, *What is wrong with the Supreme Court?*, in 51 *Univ. Pitt. Law Rev.*, 1990, p. 689 s.: «[First], we must always remember that perpetuating uncertainty and instability during a process of percolation exacts important and painful costs. Of course, law professors and appellate judges do not pay these costs. It is the citizens and firms whose affairs are confounded and prejudiced by uncertainty and instability in the law who pay the price. It is the business firm that guesses wrong and is held liable, and the citizen who foregoes lawful action in the face of uncertainty, and the person who is made the defendant in an unmeritorious lawsuit brought because uncertainty made it enticing, who pay the price. There is an important arrogance and insensitivity involved in the casualness with which our legal elites blithely assume that it is proper and appropriate to impose these costs on others»; v., altresì, D. MEADOR, *A challenge to*

A conferma che si tratta di parametro strettamente connesso con la *sensibilità* dei *Justices*, va altresì riportata l'insoddisfazione manifesta da alcuni componenti della Corte: così, ad esempio, il *Chief Justice* Rehnquist ha affermato che la *percolation* «makes very little sense in the legal world in which we live»; per il *Justice*, in particolare, sarebbe più importante che la Corte si pronunciasse in via definitiva sulle questioni, piuttosto che abbandonarsi ad un «scientific experiment» – quale, appunto, la *percolation* – al fine di giungere ad una pronuncia «corretta»²⁹⁸.

Tra i *non-percolationists* è da segnalare, poi, lo studio effettuato sul tema da Todd Tiberi²⁹⁹. Anche in questo caso l'ipotesi di partenza è che la dottrina della *percolation* comporti soltanto «needless litigation and inconsistent application of federal law»³⁰⁰; tuttavia, per confermarla, l'autore ha tentato di verificare sul campo l'effettiva sussistenza dei (presunti) pregi della *percolation*. In particolare, dopo aver assunto come riferimento l'intero *term* 1988, questi ha provveduto, dapprima, a identificare le «percolated decisions» sulla base di due fattori, entrambi coessenziali: il numero di circuiti coinvolti (assumendosi che «extra illumination expected when more than two conflicting circuits had ruled on the issue»³⁰¹) e la durata del contrasto (sul presupposto che tanto più è durato il conflitto, quanto più dovrebbe essersi chiarito). In secondo luogo, ha verificato le opinioni espresse da tre diversi operatori del diritto sulle sentenze individuate: la dottrina (tramite l'esame delle posizioni assunte sui casi *percolated*), gli stessi *Justices* (sul presupposto, sostenuto dai *percolationists*, che «percolation [may] leads to more harmonious decisions from the Court») e il Congresso (sulla base del fatto che, trattandosi di decisioni «ineccepibili» dal punto di vista sostanziale, il Congresso non avrebbe avuto motivi per *overriding* le medesime)³⁰².

judicial architecture: modifying the regional design of U.S. Courts of Appeals, in 56 *Univ. Chi. Law Rev.*, 1989, p. 603 ss.

²⁹⁸ In questi termini v. W. REHNQUIST, *The changing role*, cit., p. 11; v., altresì, la dichiarazione del *Justice* White in *Intercircuit Panel of the United States Act: Hearings before the Subcomm. On Courts of the Senate Comm. on the Judiciary*, 99th Cong. (1985), p. 147 s.: «[D]enying review of decisions that conflict with other decisions of Courts of Appeals (...) results in the federal law being enforced differently in different parts of the country. What is a crime, an unfair labor practice or an unreasonable search and seizure in one place is not a crime, unfair practice or illegal search in another jurisdiction. Or citizens in one circuit do not pay the same taxes that those in other circuits must pay. It may be that occasionally it would be of use to leave a conflict unresolved in order to await the views of other courts; but for the most part, the conflicts that we turn down are not in that category, and they invite prompt resolution in this Court, which now is the only forum that can provide nationwide uniformity».

²⁹⁹ T. TIBERI, *op. cit.*, p. 869 ss.

³⁰⁰ *Id.*, *op. cit.*, p. 886.

³⁰¹ *Id.*, *op. cit.*, p. 876.

³⁰² L'«overriding» è un potere riconosciuto dalla legge al Congresso in base al quale questo

Il risultato ottenuto ha confermato l'ipotesi di partenza: ovvero, che le «percolated decisions are not better received by commentators» (di 36 «percolated decisions» solo 6 sono state commentate favorevolmente dalla dottrina); che la «percolation does not lead to more harmonious decisions» (l'unanimità nelle «percolated decisions» è risultata solo nel 36% delle sentenze, laddove nelle «non percolated decisions» essa ha raggiunto il 48%); e infine che la «percolation does not tend to inoculate a decision from congressional override» (nel 1988 il Congresso *overridden* quattro sentenze; di esse, ben tre erano *percolated*).

È pur vero che la natura e la qualità delle decisioni rese nei singoli *terms* è destinata, inevitabilmente, a mutare e che quindi per avere un dato ancor più certo circa l'utilità di «percolated decisions» sarebbe necessario svolgere la medesima indagine tenendo in considerazione un maggior numero di anni; tuttavia secondo l'autore i risultati raggiunti confermerebbero che «much litigation would be prevented, and respect for federal law enhanced, if the Court resumes its century-old tradition of resolving conflicting issues sooner, rather than later»³⁰³;

- *The Pipeline*: questo parametro attiene al concetto di *case fungibility* cui si accennava in precedenza. Si è detto, al riguardo, che se una determinata *issue* presenta elementi rilevanti (sebbene non sia stata ammessa alla *review*) molto probabilmente ritornerà – in altra *petition* – ad esser considerata dai *Justices*: in altri termini le «important issues» sarebbero in una *pipeline*, ovvero in numero tale da far sì che, scartata una richiesta, non si dovrebbe attendere molto a che altra istanza, dal medesimo contenuto, prenda il posto della prima. Il problema è tuttavia di capire quando la Corte «decida di decidere» una particolare questione che si è già presentata e a cui, in precedenza, ha sempre negato il *certiorari*, ovvero, per dirla in altri termini, come riescono i *Justices* ad avvedersi che si tratta del caso «migliore» per affrontare ed affermare un preciso principio di diritto. Siffatta scelta postula in effetti la conoscenza di ciò che è «in arrivo»: utili al proposito risultano le parole di un *clerk*, il quale ha affermato che «Justices often talk to other judges, and clerks always seem to have friends from law school clerking below, but really apart from what comes up on paper, *there is*

può intervenire sulle pronunce della Corte – così, sostanzialmente, provocandone la caducazione o l'obsolescenza – tramite legge ordinaria oppure emendamento costituzionale (a seconda dell'oggetto su cui insiste la sentenza) laddove esse non vengano dallo stesso condivise: si tratta di un potere espressione di quei «checks and balances» che caratterizzano l'intero ordinamento americano e il cui utilizzo comporta seri rischi per la Corte: infatti, se esercitato eccessivamente, mina la credibilità della stessa riducendo la stabilità e certezza delle decisioni da questa emanate. In argomento cfr. D.A. WIDISS, *Shadow precedents and the separation of power: statutory interpretation of congressional overrides*, in 84 *Notre Dame Law Review* 511, 2009; B. BROUGHAN & D.A. WIDISS, *After the override: an empirical analysis of shadow precedents*, in *USC Class Research Paper* n. 15-12, 2015.

³⁰³ Così T. TIBERI, *op. cit.*, p. 891.

not a great knowledge of what is down here»³⁰⁴. Pertanto, sembra potersi concludere che i *Justices* sono a grandi linee al corrente delle sole *issues* in discussione nelle corti inferiori, ma non anche degli specifici casi da queste trattati; ciò che conferma, ancora una volta, la imprevedibile «soggettività» della selezione, posto che quello che viene considerato «imminente» per un *Justice*, potrebbe non esserlo per altri³⁰⁵.

Peraltro proprio per la sua indeterminatezza il parametro della *pipeline* parrebbe suscettibile di una utilizzazione strategica tanto da parte del *respondent* che, a ben vedere, del *petitioner*. Se solitamente i *Justices* non sono del tutto aggiornati su quanto accade nelle corti inferiori, potrebbero allora essere le parti a colmare il *deficit* di informazioni facendo presente alla Corte, nei propri *briefs*, la sussistenza, in quel momento, di altri casi simili presso le corti federali inferiori: se, di norma, una tale dimostrazione giova al *respondent* il quale, tramite l'indicazione di eventuali casi simili ma con caratteristiche maggiormente definite in discussione in una *Circuit Court*, potrà convincere la Corte suprema ad attendere la «migliore» *issue*, anche il *petitioner*, pur con una certa attenzione, può sfruttare a suo vantaggio il parametro in esame: se sarà in grado, tramite l'allegazione di questioni simili in discussione presso le corti inferiori, di dimostrare che il proprio caso è di gran lunga il migliore per definire una determinata *regula iuris*, allora potrà convincere i *Justices* ad accordargli il *writ*. Tuttavia, come accennato, è necessaria una particolare cautela nella redazione del ricorso, poiché si tratta di una «double-edged sword strategy»: il rischio, invero, è di ottenere l'effetto opposto, ossia di mostrare solamente alla Corte che altri casi sono nella *pipeline*;

- *Clear denies*: con questa espressione ci si riferisce a quei casi che, sebbene non *frivolous* (e magari anche «well-percolated») tuttavia non vengono neppure inseriti nella *discuss list* dai *clerks* (e, in ogni caso, espunti in sede di *conference*) sulla base della nota indisponibilità e disinteresse della maggioranza dei *Justices* verso quelle determinate questioni. Siffatto parametro mette in risalto il fatto che ogni *Justice*, sebbene espressamente non sia stato mai ammesso, ha una propria «agenda personale», caratterizzata da interessi e predilezioni. Probabilmente i *clerks* che operavano all'interno della *non-pool chamber* erano più informati di ciò che stava a cuore del rispettivo *Justice*; tuttavia, anche i colleghi afferenti alle *pool-chambers* sembra abbiano contezza, *term per term*, di tali informazioni.

Un esempio della esposta prassi si ritrova nel trattamento dei *tax cases*: si tratta, di norma, di questioni assai complicate e con un elevato grado di tecnicismo le quali vengono risolte, a livello inferiore, da apposite corti specializzate.

³⁰⁴ V. H. PERRY, *op. cit.*, p. 237.

³⁰⁵ In tal caso, la prassi della Corte è di «holding a case», sino all'arrivo del secondo ricorso, meglio definito e dunque meritevole di esser rivisto dalla Corte.

Per questi motivi, nel corso degli anni molti *Justices* li hanno ritenuti *uncertworthy*, demandando il compito di dirimerli ai giudici (inferiori) maggiormente competenti³⁰⁶.

È appena il caso di rilevare che il parametro in esame è caratterizzato da una estrema volatilità, legata non soltanto a nuovi *appointments* nella Corte, ma anche a semplici mutamenti nella considerazione delle questioni di interesse per i *Justices*;

- *Intractableness*: se, come appena osservato, i *clear denies* attengono a casi che la Corte non ha interesse a decidere, il parametro ora in esame attiene invece a questioni che, anche se posseggono i requisiti necessari per l'ottenimento del *certiorari*, tuttavia vengono espunte dal ruolo poiché considerate «intrattabili». In altre parole, si tratta di situazioni nelle quali la Corte appare *ex ante* consapevole o di non essere in grado di trovare una convergenza in sede di decisione oppure, un po' sorprendentemente, di poter elaborare una soluzione accettabile al problema posto dalle parti: a tale ultimo riguardo un clerk ha rivelato che «[a denial] might happen often simply because a Justice doesn't know what the answer is»³⁰⁷. Ovviamente ciò non significa che la Corte non abbia le competenze per disporre nel merito del caso ma, verosimilmente, che la questione non è ancora stata adeguatamente elaborata nei suoi presupposti (poiché magari non *percolated*) oppure risultano ancora ignote le concrete ricadute – in termini di diritti e interessi coinvolti ma anche di numero di soggetti potenzialmente interessati – di una eventuale decisione. In simili situazioni non è raro che le parti offrano, già nella *petition*, alla valutazione della Corte le proprie proposte per una possibile risoluzione della vicenda, così da (sperare di) orientarne le scelte³⁰⁸.

- *Bad facts*: si tratta di motivo di diniego, anch'esso, particolarmente vago, essendo suscettibile di più significati. In primo luogo, sulla base di un consolidato principio per cui un caso deve essere risolto e deciso «on the narrowest ground

³⁰⁶ Al riguardo, un *clerk* sembra anche affermare che, tutto sommato, il fatto che la Corte rigetti siffatte *petitions* potrebbe anche essere ricollegato ad una certa ... incompetenza della stessa: «Tax cases – afferma l'assistente – ought to be left to the more specialized courts that can deal with them. The Supreme Court isn't that competent unless it deals with a constitutional issue (implicated in a tax issue), or maybe if there is just a complete breakdown with a split in the circuits»: cfr. H. PERRY, *op. cit.*, p. 229.

³⁰⁷ Cfr. H. PERRY, *op. cit.*, p. 240, il quale ha individuato almeno due questioni (all'epoca) di carattere «intrattabile»: la «child custody» e la questione relativa all'ineffective counsel». Sul concetto di *intractableness* cfr., altresì, M. COHEN, J. MARCH, J. OLSEN, *A garbage can model of organization choice*, in 17 *Admin. Sc. Quart.*, 1972, p. 1 ss.; J. KINGDON, *Agendas, Alternatives, and Public Policies*, Boston, 1984, p. 150 ss.

³⁰⁸ Così, ad es., «to show the Court that it need only take an incremental step and then show what that step might be. Or, perhaps petitioner could suggest that all that is needed is a summary disposition»: in tal senso v. H. PERRY, *op. cit.*, p. 244. Cfr., altresì, J. KINGDON, *op. cit.*, p. 150, secondo cui «the chances for a problem to rise on the decision agenda are dramatically increased if a solution is attached».

possible», qualora la decisione possa fondarsi su elementi diversi da quelli denunciati dal *petitioner* (ad es., se il caso può essere risolto «on statutory grounds» piuttosto che «on constitutional grounds»³⁰⁹, ovvero sia affetto da «technical problems» (o «procedural issues» tali da impedire di raggiungere una decisione «on the merits»³¹⁰), il *writ* verrà verosimilmente negato. In secondo luogo, la nozione di *bad fact* si ricollega alla complessità del caso per cui è causa, ciò che conduce spesso la Corte, la quale come noto si disinteressa della fattispecie concreta per occuparsi del solo principio di diritto, a considerare la questione poco rilevante: «when the facts are complicated – ha affermato un clerk – then their decision is less legal and more factual. [Justices] want a case (...) where they can establish a principle of law pretty cleanly. The more the facts complicate the case, it's less legal and more factual»³¹¹;

- *Pro se petitions*: pur non trattandosi di vero e proprio parametro per la decisione, si ritiene opportuno inserirne la disamina all'interno dei criteri «sostanziali» negativi in ragione del fatto che sovente questa caratteristica conduce ad una declaratoria di diniego del *writ* in sede di *conference*³¹². Con *pro se petitioner*, in particolare, si intendono tutti quei ricorsi che vengono presentati autonomamente dalla parte (solitamente impossibilitata a sostenere le spese necessarie per assumere un avvocato), la quale dunque rappresenta sé stessa di fronte alla Corte senza l'ausilio della difesa tecnica.

³⁰⁹ Al riguardo, un *Justice* così affermò: «rushing at an issue you might later find that the relevant issue is surrounded by other issues. You must be careful to see that the facts surround the issue in such a way that you can get to it»: H. PERRY, *op. cit.*, p. 235.

³¹⁰ Sul punto, un *clerk* sostenne di esser solito procedure a «review each case for technical problems which might cause a case ultimately not be decided on the merits. There are sometimes procedural problems in cases (...) sometimes even the litigant was not aware of them, and other times of course, the litigants would try and obfuscate the problem»: H. PERRY, *op. cit.*, p. 235.

³¹¹ *Id.*, *op. cit.*, p. 235.

³¹² Cfr., ad es., gli studi condotti da K. SMITH, *Supreme Court agenda-setting for equal protection cases: an empirical analysis* (Ph.D. dissertation), The University of Iowa, 1994, il quale ha analizzato tutte le *petitions*, relative ad «equal protection issues», accolte o rigettate dal *term* 1981 al *term* 1987 e ha individuato, da una parte, che il 22% circa erano state redatte *pro se* e, da altra parte, che nella grande maggioranza dei casi l'esito era stato di *cert. denied*. Cfr., altresì, *Id.*, *Justice for all? The Supreme Courts denial of pro se petitions for certiorari*, in 63 *Alb. Law Rev.*, 2000, p. 384, ove ha affermato che «data indicate that the Court granted only one, or a mere 0.3% of the approximately three hundred paid civil petitions for certiorari filed *pro se* which were disposed of during the Court's 1994 Term». V., altresì, quanto affermato da A. HELLMAN, *Case selection in the Burger Court: a preliminary inquiry*, in 60 *Notre Dame Law Rev.*, 1985, p. 964 s., secondo cui «during the four terms 1980-1983, only 2 *pro se* petitions were granted, and neither was a typical example of the genre. In one, a federal court of appeals had held a state statute unconstitutional, and the case fell within the Supreme Court's obligatory jurisdiction. In the other, the petitioner was a member of the state supreme court's committee on bar admissions who was named as a defendant in an antitrust suit brought by an unsuccessful applicant».

Ovviamente *petitions* così strutturate vengono rigettate non già per il fatto di essere redatte autonomamente dal ricorrente³¹³, bensì perché, di solito, mancano di ogni elemento utile anche solo a stimolare l'interesse da parte dei *Justices*. Una simile conclusione è stata suffragata dagli studi di Kevin Smith, il quale ha esaminato tutte le *pro se petition* depositate nel *term* 1994 e ha verificato la rispondenza del loro contenuto con i parametri contenuti nella *S.C.R.* 10 (oltreché la sussistenza degli altri criteri «sostanziali» positivi utilizzati dalla Corte)³¹⁴. In particolare, Smith ha evidenziato che le *pro se petitions*: (i) di norma, contengono molte meno «*allegation of conflict between circuit courts*» rispetto a quelle redatte da un *counsel*; (ii) sempre di norma, non individuano o solo in sporadici casi menzionano «*conflict between the lower court decision and Supreme Court precedent*»; (iii) sono frequentemente presentate da individui appartenenti a ceti sociali medio-bassi; (iii) trovano scarso sostegno da parte di eventuali *amici curiae*; (iv) infine, rispetto alle altre, presentano per la maggior parte questioni *frivolous*. Del resto, se già, come osservato, per gli avvocati redigere un ricorso «tecnicamente ineccepibile» non è attività affatto semplice, dovendo questi essere a conoscenza non solo di quanto espressamente previsto dalla legge ma anche delle diverse prassi, più o meno note, adottate dalla Corte nella disamina delle diverse impugnazioni, può facilmente immaginarsi come i *pro se petitioners*, «armed in most cases with more determination than legal expertise»³¹⁵, abbiano pochissime *chances* di convincere la Corte ad esaminare il proprio caso. Ciò nonostante, il chiarimento offerto da questo «parametro» riveste un'importanza particolare per tutti i ricorrenti: esso ribadisce ancora una volta che «*the quality of the petitions' writing and the petitions' contents are of crucial importance*»³¹⁶.

³¹³ Se così fosse, infatti, i *Justices* si esporrebbero alla prevedibile censura per la quale verrebbero meno al loro compito così come garantito in sede di giuramento: «I [...], do solemnly swear that I will administer justice without respect to persons, and do equal right to the poor and to the rich, and that I will faithfully and impartially discharge and perform all the duties incumbent upon me as [...] under the Constitution and laws of the United States. So help me god».

³¹⁴ Cfr. K. SMITH, *op. ult. cit.*, p. 403 ss.

³¹⁵ ID., *op. ult. cit.*, p. 383.

³¹⁶ ID., *op. ult. cit.*, p. 422. Alle perplessità di chi aveva affermato che «merely because petitions are filed pro se means justice may be denied to pro se petitioners» e che, quindi, *pro se petitions* sarebbe, in realtà, sinonimo di *uncertworthiness*, l'autore risponde che, alla luce dei risultati raggiunti, il *modus operandi* della Corte non solo non sia da censurare, ma risulti a ben vedere quello più corretto e maggiormente idoneo a garantire il proprio ruolo nell'ordinamento. Invero, se esso consiste nel chiarire e provvedere all'uniformazione del diritto federale, allora è giusto rigettare quelle *petitions* (di cui le *pro se* costituiscono un numero particolarmente rappresentativo) contenenti «*frivolous issues*», ovvero questioni scarsamente importanti o che non alleghino neppure l'esistenza di un *conflict*. «The denial of petitions filed by individual proceeding pro se – afferma Smith – does not constitute a discrimination against the poor; rather, it constitutes a responsible and efficient deployment of scarce judicial resources to promote the Court's fundamental purposes».

Chiariti, dunque, i più ricorrenti parametri «negativi», rimane da indagare il reale significato del *cert. denied* e i suoi rapporti con la decisione impugnata: si potrebbe invero essere indotti a ritenere che qualora la Corte «decida di non decidere» un determinato caso ciò sia (anche) dovuto al fatto di non aver ritenuto erronea (quantomeno nelle sua parti essenziali) la sentenza di cui si chiede la revisione.

Contro siffatta conclusione tuttavia militano almeno tre ordini di motivi basati, rispettivamente, sul dettato della *S.C.R.* 10, sul ruolo della Corte e, infine, su un ragionamento di natura più tecnica.

In particolare, va ricordato anzitutto quanto afferma l'ultimo comma della citata *rule*, secondo cui «a petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law»: sono, dunque, le stesse regole della Corte ad affermare che non ogni errore comporta il rilascio del *certiorari* e che, quindi, ben possono sussistere *cert. denials* avverso sentenze viziose sia nella forma che nel contenuto.

In secondo luogo va sempre tenuto presente che la Corte suprema americana non è chiamata a rendere la «giusta» decisione in ogni caso che venga portato alla sua attenzione, e quindi a correggere eventuali errori di cui sia affetta la pronuncia impugnata. Per usare le parole dei *Justices* «the Supreme Court is not, and never has been, primarily concerned with the correction of errors in lower court decisions. In almost all cases within the Court's appellate jurisdiction, the petitioner has already received one appellate review of his case»³¹⁷. Come più volte ricordato, funzione principale della Corte è, invece, di assicurare il rispetto e la corretta interpretazione dei principi di diritto, siano essi di fonte normativa o giurisprudenziale; e la *discretionary review* – progressivamente accordata a partire dal *Judges' Bill* del 1925 – si muove proprio in questa direzione: grazie alla possibilità di individuare e scegliere quali casi decidere la Corte può intervenire sulle questioni che più di altre risultano idonee a mettere in pericolo l'uniformità del diritto federale. Se, dunque, si fosse attribuito il potere di selezionare i casi e, con esso, il dovere di intervenire per sanare ogni irregolarità compiuta nei gradi inferiori, ciò avrebbe evidentemente generato un corto circuito difficilmente gestibile.

In ultimo luogo, a livello maggiormente tecnico, va menzionata la c.d. *ortho-*

³¹⁷ Così il *Chief Justice* Vinson in *Address before the American Bar Association*, 1949, *St. Louis Daily Record*, 1949, p. 1. Dello stesso tenore sono, altresì, le dichiarazioni al riguardo del *Justice* Harlan, secondo cui «the fact that a case may have been wrongly decided as between the parties is not, standing alone, enough to assure certiorari, nor, for that matter, is the fact a case may have been rightly decided in itself enough to preclude certiorari»: v. R. STERN & E. GRESSMAN, *Supreme Court Practice*, cit., p. 193; anche il *Chief Justice* Rehnquist affermò che «this Court's review (...) is discretionary and depends on numerous factors other than the perceived correctness of the judgement we are asked to review»: cfr. *Ross v. Moffitt*, 417 U.S. 600, 616 s. (1973).

dox view, ovvero una linea interpretativa abbastanza costante nel tempo – tanto in giurisprudenza che in dottrina – in base alla quale il *cert. denial* non permetterebbe alle parti, così come ai giudici inferiori, di trarre alcun significato (soprattutto) sul merito della sentenza impugnata.

Sebbene il primo a rivelare la mancata correlazione diniego-merito sia stato, nel 1922, il Justice Holmes il quale nella sentenza *United States v. Carver*, affermò che «the denial of a writ of certiorari imports no expression or opinion upon the merits of the case, as the bar has been told many times»³¹⁸, tuttavia il vero promotore dell'*orthodox view* fu il Justice Frankfurter, il quale in più occasioni ebbe modo di esprimersi al riguardo: una prima volta nella sentenza *Maryland v. Baltimore Radio Show Inc.*, ove affermò che il *cert. denial* «simply means that fewer than four members of the Court deemed it desirable to review a decision of the lower court as a matter 'of sound judicial discretion' (...). A variety of considerations underlie denials of the writ, and as to the same petition different reasons may lead different Justices to the same result»³¹⁹; in un'ulteriore pronuncia, e in maniera ancor più netta, ricordò che «we have repeatedly indicated that a denial of certiorari means only that, for one reason or another which is seldom disclosed, and not infrequently for conflicting reasons which may have nothing to do with the merits and certainly may have nothing to do with any view of the merits taken by a majority of the Court, that were not four members of the Court who thought the case should be heard»³²⁰.

La persistenza della citata *doctrine* si ritrova anche in pronunce più recenti: così, ad es., nella sentenza *Equality Foundation of Greater Cincinnati v. City of Cincinnati*, il Justice Stevens ha affermato che «the denial of a petition for a writ of certiorari is not a ruling on the merits. Sometimes such an order reflects nothing more than a conclusion that a particular case may not constitute an appropriate forum in which to decide a significant issue»³²¹; ancora, nel caso *Lakhdar Boumediene et al v. George W. Bush, President of the United States*, i Justices Stevens e Kennedy hanno affermato che «as always, denial of certiorari does not constitute an expression of any opinion on the merits»³²².

Se dunque, da quanto appena riportato, emerge la concezione di un provvedimento – il *cert. denial* – di natura meramente «amministrativa», tuttavia la questione è oggi resa più complicata da due ulteriori aspetti: il riferimento va, dapprima, alla prassi dei Justices, invalsa ormai da qualche tempo, di riservarsi la pos-

³¹⁸ 260 U.S. 490 (1922).

³¹⁹ 338 U.S. 917-918 (1950).

³²⁰ *Brown v. Allen*, 344 U.S. 492 (1952).

³²¹ 525 U.S. 943 (1997); v. altresì l'analoga opinione di J. Stevens nella sentenza *Peter Evans and Detree Jordan v. Denis Stephens, et al.*, 544 U.S., 942 (2004).

³²² 549 U.S. 1328 (2006).

sibilità di pubblicare nella decisione di diniego del *writ* un personale *dissent* al fine di render noto al mondo esterno la propria differente posizione sul caso esaminato e i motivi per i quali gli stessi avrebbero invece accordato la *review*. Al riguardo, pur riservando la disamina dei *dissents from denial* ad un momento successivo, si può nondimeno anticipare come, tra le diverse tipologie in concreto esistenti, vi siano anche quelli «on the merits», ovvero opinioni con le quali solitamente il *Justice*, nel denunciare l'erroneità della sentenza impugnata, in considerazione della rilevanza del caso rivela non soltanto la sua disponibilità a concedere il *certiorari* ma lascia altresì intendere che non avrebbe probabilmente confermato lo stato di fatto e di diritto così come accertato dalla decisione impugnata.

Stando così le cose diviene allora più difficile continuare a pensare al *cert. denial* quale mero provvedimento amministrativo – se così fosse, invero, la pratica dei *dissents on the merits* si rivelerebbe tutto sommato inutile –: al contrario quest'ultima parrebbe implicare, ma il condizionale è d'obbligo, che la maggioranza della Corte, almeno sino a un certo punto, tenda a considerare il merito della questione quando nega (così come quando rilascia) il *certiorari*.

Ad avvalorare la predetta conclusione vi sarebbe altresì il dato empirico: se si osserva il numero di *petitions* accolte per *term* e il relativo «outcome» ci si rende conto che, statisticamente, circa i due terzi delle decisioni emesse dalla Corte incidono sulla sentenza impugnata, mentre un solo terzo provvede ad una integrale conferma³²³.

Quid iuris dunque? Di certo, invero, non si può ritenere che i *Justices*, tramite la reiterata statuizione della *orthodox view*, in modo quasi «schizofrenico» neghino pubblicamente ciò che, invece, costituirebbe la norma in sede di *conference*; piuttosto, l'esame del merito costituisce, con ogni probabilità, una delle numerose variabili – un criterio sostanziale anch'esso – in base alle quali la Corte valuta la *certworthiness* di un caso³²⁴. Quanto appena affermato, tuttavia, non permette di giungere alla conclusione che il *cert. denial* sia da considerarsi quale sostanziale «acquiescenza» della Corte verso il merito della sentenza impugnata essendo in ipotesi state, nel bilanciamento di fattori pro e contro la *review*, ra-

³²³ Va peraltro rilevato come si tratti di un dato relativo, poiché non tiene conto delle migliaia di *petitions* che annualmente vengono rigettate: basti solo pensare che nel *term* 2013-2014 su 8.580 casi la Corte ha concesso solamente 74 volte il *certiorari* (cfr. le statistiche contenute nel *Journal of the Supreme Court, October term* 2013, consultabile al sito www.supremecourt.gov): in effetti, non è possibile sostenere che tutte le questioni «dismissed» abbiano avuto ad oggetto una sentenza ritenuta dai *Justices* corretta nel merito.

³²⁴ Al riguardo v. R. GIBBS, *op. cit.*, p. 162, secondo il quale, se pure è vero che «a denial of certiorari [which] indicate to many an affirmance of the decision below» sarebbe certamente erroneo, poiché «the denial may have been based on some other considerations, or a combination thereof», non si può tuttavia concludere che «the Supreme Court should not consider the merits» nella decisione «se decidere»; in argomento cfr. altresì il successivo par. 3.13.

gioni ostative diverse dal merito a prevalere sull'eventuale (s)correttezza della sentenza³²⁵.

Va, infine, ricordato che così come il *cert. denial* non comporta alcun giudizio (quantomeno diretto) sul merito della sentenza impugnata, così non le attribuisce nessuna autorità di *res iudicata*, potendo sempre il ricorrente presentare una apposita *petition for rehearing*³²⁶: si tratta, in estrema sintesi, di una successiva istanza con la quale quest'ultimo chiede alla Corte di visionare nuovamente gli elementi del caso al fine di convincerla ad assumere una diversa determinazione sulla questione.

Ovviamente, una *petition* che si limiti a ripercorrere gli argomenti alla base dell'istanza originaria andrà incontro ad un sicuro *cert denial*; di solito una «successful petition» dovrà contenere elementi nuovi, quali un «supervening conflict of decisions», ovvero la dimostrazione che la *issue* in essa contenuta è strettamente correlata ad altri casi cui il *writ* è invece stato accordato; ovvero, ancora, fornire alla nuova valutazione della Corte elementi di fatto omessi nel ricorso originario ma rivelatisi successivamente decisivi per una rimeditazione della questione presentata.

3.13. I criteri «sostanziali» positivi

Passando alla verifica dei criteri la cui sussistenza fa propendere i *Justices* per la concessione del *certiorari*, è giunto il momento di esaminare più da vicino i più volte enunciati parametri contenuti nella S.C.R. 10, senza tuttavia dimenticare quanto si diceva poco sopra circa il carattere necessario ma non sufficiente degli stessi: se, a volte, alla Corte basta rinvenire (anche) uno solo degli elementi fissati nella *rule* per accordare il *writ*, molto più spesso si tratta di una combinazione di parametri a far sì che la *petition* venga accolta; al riguardo, emblematico risulta quanto affermato da H. Perry: «it only takes one thing to make a case uncertworthy. It takes a combination of things to make a case certworthy»³²⁷.

In primo luogo viene in rilievo la sussistenza di un *Conflict* il quale, come affermato nella *rule*, può declinarsi in quattro differenti tipologie:

³²⁵ Invero, anche in presenza di eventuali *dissent on the merits*, a ben vedere non sarebbe possibile affermare con certezza che i *Justices* abbiano considerato correttamente stabilito il merito della sentenza impugnata, potendo esser state altre considerazioni – diverse dal merito – quali la scarsa *importance* della questione o la sua ridotta portata ad aver influito sulla decisione finale. Sul *dissent from denial* v., comunque, *infra*, par. 3.16.

³²⁶ S.C.R. 44.2; in tale caso, la *petition* non potrà essere però accompagnata da eventuali *amici curiae* ed il successivo rigetto comporterà l'impossibilità di una nuova presentazione: S.C.R. 32.3. In argomento, v. B. BOSKEY, *Mechanics of the Supreme Court's certiorari jurisdiction*, cit., p. 261 ss.

³²⁷ Così H. PERRY, *Deciding to decide*, cit., p. 245.

1. *circuit conflict*, ossia un contrasto tra sentenze emesse da due (o più) *Circuit Courts of Appeal*;
2. contrasto tra una sentenza di una *Circuit Court of Appeal* e una resa da una *State Court of last resort*;
3. contrasto tra una *State Court of last resort* e una sentenza di altra *State Court of last resort*;
4. contrasto tra una sentenza resa da una *Circuit Court of Appeal* o da una *State Court of last resort* e un precedente della Corte suprema.

Va preliminarmente ricordato come l'elemento del *conflict* abbia subito una certa evoluzione nel corso degli anni. In sede di *hearings* propedeutici all'approvazione del *Judges' Bill*, in particolare, il *Justice* Van Devanter aveva assicurato che «whenever we find such a conflict that, without more, leads to the granting of the petition»³²⁸; pertanto, l'idea era che tale fattore, da solo, avrebbe senz'altro garantito l'accoglimento della *petition*. Tuttavia, successivamente la Corte iniziò a restringere la nozione, da una parte, ai contrasti non solo «alleged» ma anche «real and substantial» e, da altra parte, a quelle situazioni «more embarrassing»³²⁹; ben presto, poi, venne affermato che il «real conflict», per essere tale, avrebbe dovuto riguardare una «important issue»³³⁰.

Il risultato è che il requisito in esame ha progressivamente assunto, anch'esso, una rilevante componente di discrezionalità, tanto è vero che in numerosi casi, ove pure era stato allegato un «real, substantial and important conflict», la *petition* non è tuttavia stata accolta³³¹.

Per questi motivi la dottrina si è sforzata di individuare gli ulteriori caratteri utilizzati dalla Corte nel valutare (non solo la sussistenza ma altresì) la meritevolezza di un conflitto³³²: al riguardo, è stato in primo luogo osservato come ogniqualvolta il *conflict* «is no longer a live one», ovvero la «issue could hardly arise

³²⁸ Cfr. *House Hearings* (1924), cit., p. 29.

³²⁹ Cfr. *N.L.R.B. v. Pittsburgh Steamship*, 340 U.S. 498 (1950).

³³⁰ Al riguardo un *Justice* ha riferito, tra l'altro, che «there are cases where the conflict is clear, but I don't think it is important enough for us to deal with»: cfr. H. PERRY, *op. cit.*, p. 248.

³³¹ Così, ad es., v. la sentenza *Josiah Bunting, III, and J.H. Binford Peay, III, Superintendent, Virginia Military Institute v. Neil J. Mellen and Paul S. Knik*, 541 U.S., 1919 (2003), ove il *Justice* Scalia, nel proprio *dissent*, fa notare che la *petition* presentava una «constitutional issue of considerable consequence on which the Courts of Appeals are in disagreement»; ancora, nella causa *Pennsylvania v. Nathan Dunlap*, 129 S. Ct. 448 (2007) lo stesso *Chief Justice* Roberts, sempre in sede di *dissent*, afferma che la questione dei presupposti dell'arresto in flagranza di reato «has divided state courts, a traditional ground warranting review on certiorari»; infine, nella causa *Ricky Bell, Warden v. Derrick Quintero*, 544 U.S. 936 (2005) il *Justice* Thomas, unitamente al *Chief Justice*, ha affermato che egli avrebbe accolto la *petition* poiché «the Court of Appeals failed to follow this Court's decision».

³³² V., al riguardo, R. GIBBS, *Certiorari*, cit., p. 149 ss.; K. SMITH, *Certiorari*, cit., p. 747 ss.; R. STERN, *Denial of certiorari despite a conflict*, in 66 *Harv. Law Rev.*, 1953, p. 465 ss.

again»³³³, la Corte si determina a negare il *certiorari*; stessa conseguenza si verifica altresì quando un caso può essere deciso sulla base di altri principi di diritto, indipendenti da quelli alla base del *conflict*, ovvero quando, nonostante la sussistenza di un *conflict*, la questione si trovi ad un «interlocutory stage»; in ultimo luogo, quando, pur in presenza di un contrasto, la decisione impugnata sia «manifestly correct»³³⁴.

In aggiunta, per rendere maggiormente verosimile la sussistenza di un *conflict* che richieda l'intervento della Corte, è opportuno (ovviamente, laddove si sia verificato), che il *petitioner* evidenzi eventuali opinioni dissenzienti nella sentenza impugnata: «an allegation of a conflict (...) by a dissenting judge in the court below – si osserva – may carry *more weight* than an allegation of conflict in the petition»³³⁵.

Sebbene, dunque, i contorni del *conflict* paiano oggi particolarmente labili, esso nondimeno rimane il più importante criterio per la concessione del *writ*³³⁶: un elemento, anzi, se non sufficiente (come appena osservato), senza dubbio necessario in pressoché ogni *petition*. Si tratta, invero, del primo segnale che i *law clerks* (prima, e i *Justices* poi) vanno a ricercare nel ricorso presentato³³⁷; e non è un caso se la dottrina lo abbia elevato a «predictive variable», ovvero a variabile il cui peso vale più che un semplice indizio circa la (probabile) meritevolezza di una *petition*³³⁸.

³³³ R. STERN, *op. cit.*, 470.

³³⁴ Ciò che confermerebbe che il merito costituisce uno degli elementi dalla Corte valutati in *conference*.

³³⁵ Così K. SMITH, *op. ult. cit.*, 748.

³³⁶ Ad es., solo tra i casi cui è stato accordato il *writ* (e successivamente decisi) nel corso del term 2013 la sussistenza di un *conflict* è stata rilevata nelle seguenti controversie: *Abramski v. United States*; *Argentina v. NML Capital LTD*; *Atlantic Marine Construction Co. V. United States District Court for the Western District of Texas*; *Brandt Revocable Trust v. United States*; *Chadbourne & Parke LLP V. Troice*; *CTS Corporation v. Waldburger*; *Executive Benefits Insurance Agency v. Arkison*; *Fifth Third Bancorp v. Dudenhoeffer*; *Greece, NY v. Galloway*; *Kaley v. United States*; *Law v. Siegel*; *Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc.*; *Loughrin v. United States*; *Lozano v. Alvarez*; *Michigan v. Bay Mills Indian Community*; *Northwest, Inc. v. Ginsberg*; *Octane Fitness, LLC v. Icon Health & Fitness, Inc.*; *Paroline v. United States*; *Petrella v. Metro-Goldwyn-Mayer*; *Plumbhoff v. Rickard*; *Ray Haluch Gravel Co. v. Central Pension Fund*; *Rosemond v. United States*; *Sprint Communications Co. v. Jacobs*; *Susan B. Anthony List v. Steven Driehaus*; *Unite Here Local 355 v. Mulball*; *White v. Woodall*; *Willis of Colorado Incorporated, et al., Petitioners v. Samuel Troice, et al. v. Samuel Troice, et al.*; al riguardo, cfr. i *Supreme Court briefs* consultabili, a cura dell'«A.B.A.», al sito www.americanbar.org.

³³⁷ «The statistical analysis – afferma K. Smith – suggests that the Supreme Court is more likely to grant *certiorari* if the petition for a writ of *certiorari* contains an allegation of a conflict with Supreme Court precedent or contains an allegation of a conflict between two or more federal circuit courts of appeals», ovvero i casi di cui *supra sub* (1) e (4). Cfr. ID., *op. ult. cit.*, p. 747.

³³⁸ V., al riguardo, lo studio di S. ULMER, *The Supreme Court's certiorari decisions*, cit., p. 910 s., il quale, dopo aver analizzato le sentenze emesse durante i periodi di reggenza dei *Chief Justices* Vinson, Warren e Burger, ha concluso, da un lato, che «in making up its plenary case agenda, the

L'altro parametro normativamente previsto si rifà al concetto di *importance*: la S.C.R. 10 afferma al riguardo, che il *certiorari* potrebbe essere accordato qualora «a state court or a United States court of appeals has decided an *important question of federal law* that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an *important federal question* in a way that conflicts with relevant decisions of this Court»³³⁹. Il perno della selezione ruota dunque attorno al concetto di *important federal question*, la cui natura è tuttavia eminentemente soggettiva e difficile da definire in maniera precisa³⁴⁰.

In effetti, la rilevanza di un caso potrebbe essere valutata sia in relazione alle parti in causa (*importance* c.d. «soggettiva»), sia nei confronti della *issue* contenuta nella *petition* (*importance* c.d. «oggettiva»).

Incominciando da quest'ultima accezione, di *importance* possono essere forniti almeno tre significati: in primo luogo vi sono casi che insistono su questioni delicate e urgenti, le quali necessitano di pronta soluzione; si tratta, come sostengono gli avvocati, di «*sui generis* cases», ovvero di situazioni che paiono *ictu oculi* meritevoli di attenzione immediata da parte della Corte³⁴¹. Vi sono poi casi la cui *importance* è da collegarsi a precise scelte di politica del diritto: la Corte è spesso chiamata a pronunciarsi su questioni di forte impatto sociale, come in passato quelle relative alla segregazione razziale, all'aborto o al divorzio e oggi quelle relative ai *civil rights*; questioni simili sono in genere avvertite da tutti i consociati – ma anche dalla stessa Corte – come decisamente rilevanti, *in primis* perché destinate ad incidere su aspetti della vita quotidiana ma anche nella prospettiva di contribuire alla progressione del diritto federale. Infine, vi sono casi la cui importanza si ricollega a specifiche questioni giuridiche: il riferimento va a quei casi – quali, ad es., l'applicazione di una specifica «rule of evidence» o il

Court is significantly responsive to the legal systemic variable – conflict → e, da altro lato, che tuttavia non è sufficiente una mera allegazione di tale conflitto, ma la sussistenza di un «genuine conflict», con la conseguenza che «given the time pressures on the Justices who screen certiorari petitions, this need implies a large role for law clerks in distinguishing a genuine conflict cases from those where the claim is too tenuous to warrant the Court's attention».

³³⁹ Sul concetto di *importance* v. T. BISHOP, J. SARLES, S. KANE, *Tips on petitioning*, cit., p. 27 ss.; M. CRUM, *Drafting petitions*, cit., p. 13; R. GIBBS, *op. cit.*, p. 151 ss.; H. PERRY, *op. cit.*, p. 253 ss.; D. PROVINE, *Case selection*, cit., p. 74 ss.; R. RANDOLPH JR., *Certiorari petitions*, cit., p. 24; K. SMITH, *op. ult. cit.*, p. 748 ss.

³⁴⁰ Anche la definizione all'uopo fornita dal *Chief Justice* Hughes non risulta particolarmente utile: «the question before the Supreme Court is, manifestly, the importance of the question of law involved, the importance of an authoritative determination by the tribunal invested with that important function. We consider these various applications with respect to that, not as to the parties, not as to the amount of money involved, not as to counsel, but as to the law»: cfr. *Hearings before the Senate Committee on the Judiciary*, 74th Cong. (1935), p. 7.

³⁴¹ Esempio ne è il famoso caso di intercettazioni illegali – c.d. «Watergate» – che ha visto coinvolto il Presidente Nixon [*United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974)]; in argomento cfr. altresì, *infra*, par. 3.19.

funzionamento di determinate «administrative procedures» – il cui chiarimento risulta cruciale per il corretto funzionamento dei processi o per l'efficienza dell'operato delle agenzie federali amministrative.

Va altresì rilevato come, a volte, l'*importance* di una questione attenga più agli effetti della decisione che alla sua «intrinseca» rilevanza. Così, ad es., se la sentenza impugnata ha posto un principio destinato a produrre potenzialmente i suoi effetti su un numero indeterminabile di persone, siffatta circostanza farà propendere la Corte ad accordare il *writ* nonostante, in ipotesi, la *issue* in discussione non sia di «national importance»; per converso, una questione, magari anche rilevante per la chiarificazione di un determinato elemento di diritto, la quale riguardi un limitato numero di consociati – la dottrina parla al riguardo di «quite unique issue»³⁴² – verosimilmente non supererà il vaglio dei *Justices*.

Ulteriore declinazione del concetto di *importance* fornita dalla dottrina attiene poi alla «recurring nature» della *issue*: ricordando quanto sopra affermato circa la *case fungibility* e la *pipeline*, qualora la questione presentata sia ben conosciuta dai *Justices*, i quali hanno in passato già esaminato (ed espunto in sede di *conference*) casi con identiche caratteristiche, è verosimile che – magari dopo adeguata *percolation* – la Corte finalmente conceda il *certiorari*.

Infine è appena il caso di osservare, sebbene possa apparire una tautologia, che sovente il parametro in esame viene ricollegato al precedente elemento indicato dalla *rule*, ovvero il *conflict*: si parla al riguardo di «conflict-importance theory» proprio per sottolineare il fatto che laddove vi sia contrasto – sia esso tra circuiti o tra corti statali e corti federali – ciò solo, più di altri elementi, segnalerebbe l'importanza della *issue* oggetto della controversia; il che confermerebbe ulteriormente la necessità di fondare la propria richiesta sulla necessità di risolvere eventuali divergenze sorte tra giudici inferiori.

Passando all'accezione «soggettiva» della nozione di *importance*, va rilevato come la dottrina abbia individuato un certo collegamento tra caratteri soggettivi delle parti e rilascio del *writ*: in particolare, da una parte l'identità e lo *status* del *petitioner* nonché, da altra parte, la presenza di eventuali *amici curiae* a sostegno del *petitioner* o del *respondent* sarebbero elementi idonei a dimostrare, anch'essi, la rilevanza di una determinata questione.

Quanto ai primi, già Tanenhaus, nella ormai nota *cue theory*, aveva ipotizzato che si sarebbe trattato di «predictive variables», ovvero elementi la cui sussistenza avrebbe favorito l'accoglimento del *writ*³⁴³. Siffatta ipotesi è stata successivamente verificata da altri studi i quali hanno confermato che, laddove la *petition* venga presentata da «corporations» e «governmental entities», il *rating* di accoglimento aumenterebbe per due motivi: in primo luogo, la combinazione di

³⁴² R. GIBBS, *op. cit.*, p. 154.

³⁴³ V., al riguardo, *supra*, par. 3.8.

risorse e di esperienza di tali soggetti, di per sé, li pone in una posizione migliore degli «individual petitioners», essendo in grado, quali «repeat players», di avere miglior contezza dei comportamenti della Corte in sede di *case selection* e di poter contare su consistenti capacità finanziarie; in secondo luogo, i *Justices* possono avvertire la sensazione che, quando si «scomodano» grandi società o lo stesso Governo federale, la questione da loro posta sia particolarmente importante, specie quando riguardi un numero indeterminato di individui³⁴⁴.

Al riguardo merita una disamina più approfondita la posizione degli «United States as petitioner», ovvero dei casi in cui il Governo federale assume le vesti di ricorrente tramite la rappresentanza in giudizio del *Solicitor General* (di seguito, *S.G.*): invero, le *petitions* da questi depositate presentano il più elevato tasso di accoglimento – circa il 70% – in sede di *conference*. Ciò peraltro deriva da molteplici ragioni: innanzitutto va sottolineato che il *S.G.* è, solitamente, un avvocato di grande esperienza il quale, nonostante risponda dal proprio operato all'*Attorney General*, di fatto risulta particolarmente indipendente³⁴⁵. Dimostrazione ne è che solo a lui spetta l'ultima parola sulla decisione di rivolgere una *petition for writ of certiorari* alla Corte ogniqualvolta il Governo federale risulti soccombente nel merito in una *Circuit Court*: a tal proposito il *S.G.* – con ciò disattendendo eventuali raccomandazioni del Dipartimento di Giustizia – permette, di norma, solo al 10-15% dei casi di procedere verso la Corte Suprema.

Pertanto l'attività del *S.G.* può essere, essa stessa, qualificata come «filtro preliminare» alla *case selection* della Corte³⁴⁶; ne deriva che tra il *S.G.* e la Corte si crea un rapporto di reciproca fiducia, ma allo stesso tempo «biunivoco»: da un lato, i *Justices* guardano con favore al *S.G.*, sia perché le sue *petitions* raggiungono un elevato livello qualitativo, sia per l'aiuto che costui fornisce allo *screening* dai primi operato; da altro lato, il *S.G.*, consapevole della «buona reputazione» presso la Corte, deve a sua volta prestare particolare attenzione, nonostante le pressioni che gli giungono dal Dipartimento di Giustizia, a non eccedere nelle *petitions*: «if he presses too many cases upon it – infatti – the Court reacts by increasing its rejection rate»³⁴⁷.

Ulteriore motivo a supporto dell'elevato *rating* accordato al *S.G.* va poi individuato nel fatto, già accennato in precedenza, che esso è un «repeat player» e, quindi, in grado di esercitare «expertise, ready access to specialists, enjoyment of economies of scale, low start-up costs for any particular case, credibility, the

³⁴⁴ V., al riguardo, i già citati contributi di K. SMITH, *op. ult. cit.*, p. 760 ss.; e di G. CALDEIRA & J. WRIGHT, *The discuss list*, cit., p. 816 ss.; nonché D. PROVINE, *Case selection*, cit., p. 86 ss.

³⁴⁵ V., al riguardo, R. STERN, *The Solicitor General's office and administrative agency litigation*, in 46 *Am. Bar Ass. J.*, 1960, p. 154 ss.

³⁴⁶ In questi termini v. D. PROVINE, *op. cit.*, p. 86 ss.

³⁴⁷ Così R. SCIGLIANO, *The Supreme Court and the Presidency*, Free Press, New York, 1971, p. 175.

ability to play the odds, the ability to play for beneficial structural changes as well as immediate gains, and the ability to discern which outcomes will make the most tangible differences»³⁴⁸. L'«expertise» gioca quindi un ruolo essenziale nel successo del S.G.: egli è, infatti, in grado di individuare con un certo anticipo, affrontare e ben articolare le *issues* che di volta in volta preoccupano di più i *Justices*³⁴⁹.

Quanto invece alla presenza di eventuali *amici curiae*, nel rimandare a quanto già riportato in relazione ai caratteri e al ruolo da questi esercitato nel procedimento³⁵⁰, resta ora da chiarire la ragione per la quale essi rappresentano un ulteriore indicatore dell'*importance* del caso sottoposto all'attenzione della Corte.

Al riguardo, già si è detto che numerosi studi hanno evidenziato come la presenza di (uno o più) *amici briefs* incrementi le probabilità di concessione del *writ*³⁵¹: come noto, la premessa è che la Corte, tramite la *case selection*, persegue obiettivi di *policy-making* e che, dunque, il problema per i *Justices* consiste nel scegliere il caso che meglio di altri appaia idoneo ad affermare una certa *policy*.

Sovente, tuttavia, l'esame della sola *petition* (e dell'eventuale *brief in opposition*) non permette di cogliere tutte le diverse sfaccettature che il caso porta con sé; per questo motivo, da una parte, l'*amicus brief* sarebbe dai *Justices* utilizzato come ausilio nell'identificazione di tutti gli aspetti connessi ad una determinata *issue* (in armonia con l'originaria funzione dell'istituto): esso, quindi, «solve an informational problem for the Justices. Through participation as amici, organized interests effectively communicate to the Justices information about the array of forces at play in the litigation, who is at risk, and the number and variety of parties regarding the litigation as significant (...). Organized interests function effectively as *interest articulators*»³⁵².

Da altra parte, l'*importance* della questione sarebbe dagli *amici curiae* garantita (anche) per il fatto che – qualora ovviamente gli *amici* risultino esponenti di categorie particolarmente rappresentative – la partecipazione di costoro comporta ingenti oneri economici a carico del *petitioner*: «only if the preparation and filing of a brief amicus curiae is *costly* – è stato affermato – can a brief func-

³⁴⁸ D. PROVINE, *op. cit.*, p. 91.

³⁴⁹ Va rilevato inoltre che una parte del suo successo proviene verosimilmente dal rispetto che la Corte nutre nei confronti del Governo federale; si tratta comunque di un elemento che esercita una «secondary influence» sul processo di *case selection* rispetto all'«expertise of the Solicitor General and his ability to anticipate Supreme Court concerns [the] primary variables»: così D. PROVINE, *op. cit.*, p. 92.

³⁵⁰ V., *supra*, par. 3.4.

³⁵¹ Cfr. G. CALDEIRA & J. WRIGHT, *Organized interests and agenda setting in the U.S. Supreme Court*, in 82 *Am. Pol. Sc. Rev.*, 1988, p. 1109 ss.; ID., *The discuss list*, cit., p. 816 ss., K. SMITH, *op. ult. cit.*, p. 752 ss.

³⁵² Così G. CALDEIRA & J. WRIGHT, *Organized interests*, cit., p. 1122 s.

tion as a reliable signal about the importance of a case»³⁵³: invero, difficilmente il ricorrente acconsentirebbe a ulteriori esborsi se non avesse la certezza di introdurre nel procedimento elementi di natura «super-individuale» tali da convincere la Corte che la questione merita di essere esaminata e decisa³⁵⁴.

Fissati, dunque, per sommi capi i caratteri del concetto di *importance*, non va peraltro dimenticato che, così come già per il caso del *conflict*, anche numerose questioni dai più avvertite come rilevanti – sulla base dei parametri suesposti – sono nondimeno state espunte in passato dal ruolo in sede di *conference*³⁵⁵.

Ovviamente ciò deriva, ancora una volta, dal fatto che ci troviamo di fronte a un criterio dai contorni «mobili» e suscettibili di valutazioni personali che ben possono divergere da *Justice a Justice*; ma non solo. Secondo la dottrina un ulteriore motivo che conduce la Corte a liberarsi di questioni purtuttavia meritevoli di *review* risiede in ciò che viene definito «timing reasons»: in particolare, la Corte a volte «decide di non decidere» una determinata *issue* perché «[it is] not the right time to deal with [the] case», non essendo il Paese «ready for something»³⁵⁶. Detto in altri termini, di fronte alle questioni più controverse, i *Justices* mostrano di preoccuparsi – ancor più che della direzione da assumere in concreto nel provvedimento richiesto – delle «political consequences» scaturenti dalla propria decisione e del modo in cui essa potrebbe venire percepita dai consociati.

Si tratta, a ben vedere, di un comportamento «strategico» della Corte la quale, forse consapevole della propria «scarsa legittimazione sociale», vuole evitare di assumere decisioni – in relazione a questioni su cui il dibattito all'interno del mondo politico, economico e sociale non si è ancora concluso – che possano provocare un certo risentimento popolare nonché la reazione, tramite il potere di *overriding*, del Congresso³⁵⁷.

La disamina delle prescrizioni contenute nella S.C.R. 10 non esaurisce tuttavia il novero degli elementi dalla Corte considerati ai fini della decisione; al ri-

³⁵³ ID., *op. ult. cit.*, p. 1112.

³⁵⁴ Lo studio è giunto altresì alla conclusione che *amici curiae* a sostegno del *brief in opposition* aumentino le possibilità di rilascio del *certiorari*, risultando anch'essi idonei a evidenziare la rilevanza della questione; inoltre (e analogamente a quanto affermato con riferimento al *petitioner*), è stato notato come il *rating* di accoglimento aumenti ancor di più qualora la parte dell'*amicus curiae* venga svolta dal *Solicitor General*.

³⁵⁵ V., ad es., *Borgner v. Florida Board of Dentistry*, 537 U.S. 1080 (2002), ove i *Justices* Thomas e Ginsburg, in sede di *dissent from denial*, hanno affermato che «[the] case presents an excellent opportunity to clarify some oft-recurring issues in the First Amendment treatment of commercial speech»; *Chen v. City of Houston*, 532 U.S. 1046 (2001), ove il *Justice* Thomas, sempre in sede di *dissent*, ha affermato che «because petitioners present an important legal question over which courts of appeals disagree, I would grant certiorari».

³⁵⁶ Cfr. la testimonianza di due *Justices*, in H. PERRY, *op. cit.*, p. 255 s.

³⁵⁷ Su simili parametri v., *infra*, par. 3.14.

guardo si segnalano altresì i seguenti criteri, nel tempo identificati dalla dottrina:

- *Easy case*: questo parametro va ricollegato alla funzione principale del *certiorari* – sgravare la Corte da un eccessivo carico di lavoro al fine di salvaguardare le proprie risorse per i casi realmente meritevoli di attenzione –. I *Justices*, è stato osservato, sarebbero maggiormente propensi ad accordare il *writ* a quelle *petitions*, ben confezionate, le quali presentano una questione (oltre che importante) facilmente risolvibile, ovvero i cui *records* risultino di immediata comprensione, evitando così di costringerli a impiegare il proprio tempo in una difficoltosa disamina delle diverse articolazioni della vicenda³⁵⁸;

- *Merits*: sebbene l'esito della decisione sul «se decidere» spesso abbia poco a che vedere con il merito della sentenza impugnata, tuttavia, come sopra ricordato, la verifica della conformità a diritto del provvedimento contestato non può essere esclusa *a priori*: e ciò vale soprattutto per la decisione (non ostativa) di ammissione alla *review*.

Al riguardo, e sulla base della c.d. *tentative examination theory*, i *Justices*, pur non essendo in grado di assumere in *conference* una posizione definita sul merito del ricorso³⁵⁹, tuttavia possono procedere ad un sommario esame della vicenda – una «cursory examination of the merits» – giungendo così a quella che è stata definita come «tentative conclusion», ovvero una provvisoria determinazione, sia pur superficiale, sulla sentenza impugnata. La tesi della *theory* è che, qualora il *Justice* consideri «tentatively» la decisione impugnata erranea, verosimilmente sarà propenso a votare – purché in presenza di altri e più decisivi fattori *pro review* – per la concessione del *certiorari*; viceversa, qualora dovesse ritenere che essa appaia *prima facie* corretta ciò costituirà un elemento che – giova ribadire, unitamente ad altri parametri «negativi» – potrà convincerlo a esprimersi verosimilmente per il diniego³⁶⁰.

La suesposta teoria è stata successivamente ripresa e verificata da Sidney Ulmer il quale, dopo aver analizzato ben 2.043 *papers* del *Justice* Burton – riportanti, *inter alia*, le modalità di voto dei *Justices* in *conference* con riferimento ai casi cui era stato accordato il *writ* – ed averli poi confrontati con le corrispon-

³⁵⁸ Così R. GIBBS, *op. cit.*, p. 155.

³⁵⁹ Valutazione del merito che, in ogni caso, da un lato non sarebbe praticabile per ciascuna *petition*, considerato l'elevatissimo numero e, da altro lato, risulterebbe anche poco corretta nei confronti delle parti che, qualora il «*writ*» dovesse venire concesso, avrebbero la possibilità, in sede di *oral arguments*, di convincere i *Justices* circa la bontà delle proprie tesi: invero, un approfondito esame in sede di *case selection* sarebbe idoneo a creare una sorta di «pre-giudizio» circa il modo in cui decidere la questione.

³⁶⁰ In tal modo la successiva decisione non risulterà pregiudicata, fondandosi su tutti gli elementi necessari – da quelli risultanti da un più approfondito esame dei *briefs* a sino a quelli emersi dagli *oral arguments* – per poter assumere una valutazione ben ponderata.

denti sentenze emesse dalla Corte, ha verificato una certa ricorrenza delle seguenti ipotesi: (1) qualora un *Justice* voti per concedere il *certiorari*, si esprimerà pure a favore del *petitioner* al momento della decisione nel merito; (2) viceversa, qualora voti per negare il *writ*, lavorerà per far sì che la pronuncia impugnata venga confermata. Sembrerebbe dunque torvare parziale conferma³⁶¹ la tesi della *tentative examination theory*, ovvero che effettivamente i *Justices* compiono una valutazione preliminare, per quanto incompleta e suscettibile di modificarsi, del merito della vicenda nel decidere se accordare il *writ*³⁶²;

- *Egregiousness*: se la decisione sul *certiorari* non può considerarsi un giudizio sul merito della questione, tuttavia vi è almeno un caso – l'*egregiousness* – in cui sembra che questo giochi un ruolo fondamentale nella decisione della Corte. Invero, vi sono situazioni (peraltro assai rare) per le quali l'unico motivo di accoglimento del ricorso risulta essere il fatto che i *Justices* siano stati «offended by the results»³⁶³: si tratta, in altre parole, di sentenze che si allontanano in modo talmente palese dai consueti principi di diritto che regolano una determinata disciplina da richiedere un pronto intervento della Corte³⁶⁴;

- *Areas*: si ribadisce infine l'importanza del settore – *Area* – su cui insiste il caso sottoposto all'attenzione della Corte, il quale può essere di per sé solo considerato dai *Justices* segnale di meritevolezza della *issue* presentata; sebbene ogni componente della Corte abbia i propri interessi (c.d. «hobby horses»), i quali possono ben differire da quelli degli altri colleghi, tuttavia capita sovente che, in presenza di una *petition* che stimoli in qualche modo la sua attenzione, il *Justice* in questione la consideri estremamente importante: «the strong interest of a Justice would make it an important issue» ha riferito a Perry un *Justice* interrogato al riguardo³⁶⁵.

³⁶¹ «Parziale» poiché non è possibile capire se la decisione di concedere il *certiorari* sia stata giustificata dalla necessità – espressa da una eventuale maggioranza della Corte – di intervenire sul merito della pronuncia contestata.

³⁶² V., al riguardo, lo studio di S. ULMER, *The decision to grant certiorari*, cit., p. 437 ss.

³⁶³ Così H. PERRY, *op. cit.*, p. 134.

³⁶⁴ In almeno due diverse circostanze la Corte ha mostrato di servirsi di siffatto parametro: nelle diverse questioni che riguardano l'affidamento dei figli e, più in generale, le tematiche connesse alla tutela dei minori; nonché nei casi di palese discostamento da un precedente della Corte. Al riguardo cfr. H. PERRY, *op. cit.*, p. 267. In argomento cfr., altresì, il successivo par. 3.16, nt. 393.

³⁶⁵ V. H. PERRY, *op. cit.*, p. 261; così, ad es., i *Justices* Marshall e Brennan erano notoriamente interessati ai «capital cases», essendo fortemente contrari alla pena di morte; il *Justice* Blackmun alle questioni connesse alla tematica dell'aborto, Powell ai problemi della scuola, ecc.

3.14. I criteri «strategici»

Nell'ambito della selezione discrezionale vi sono particolari situazioni in cui sembra che la Corte tenda a considerare qualcosa di più (*rectius*, di differente) che semplici parametri normativi o meta-giuridici. Si è parlato, al riguardo, di comportamenti «tattico-strategici»³⁶⁶ per identificare tutte quelle scelte volte ad utilizzare il *writ of certiorari* per scopi ultronei alla primigenia funzione di alleggerire il *docket* della Corte; tale *modus operandi* si rileva soprattutto in relazione alla *judicial review*, ovvero ai casi in cui la Corte è chiamata a verificare la costituzionalità di una determinata disposizione di legge.

Minimo comun denominatore di siffatte decisioni risiede in quello che viene di norma definito *self restraint*: nonostante la Corte a volte si trovi di fronte una questione che presenti quell'insieme di parametri tale da giustificare la concessione del *certiorari*, essa nondimeno si astiene dalla decisione per tutta una serie di motivi riconducibili, in ultima analisi, al principio di democraticità, alla separazione dei poteri, alla correttezza istituzionale, nonché agli effetti del controllo di costituzionalità.

Invero, il rischio è che un massiccio interventismo della Corte – tramite la *judicial review* – nei confronti della legislazione federale possa mettere a repentaglio il delicato equilibrio tra i diversi poteri dello Stato e comportare, di fatto, un certo esautoramento delle funzioni del Congresso; a ciò si aggiunga altresì che la Corte non può essere considerata una istituzione «democratica» nel senso tecnico del termine, essendo i suoi membri nominati dall'esecutivo e, dunque, sprovvisti di responsabilità politica.

Come affermato dal Justice Rutledge in *Rescue Army v. Municipal Court of Los Angeles*, le fondamenta ultime della volontà «astensionistica» della Corte risiederebbero «in the delicacy of that function, particularly in view of possible consequences (...); the necessity, if government is to function constitutionally, for each to keep within its power, including the courts; the inherent limitations of the judicial process, arising especially from its largely negative character and limited resources of enforcement; withal in the paramount importance of constitutional adjudication in our system»³⁶⁷.

³⁶⁶ V. R. GIBBS, *Certiorari*, cit., p. 145 ss.; F. TIRIO, *Il writ of certiorari*, cit., p. 175 ss.

³⁶⁷ 331 U.S. 549, 571 (1946); v., altresì, quanto affermato più in dettaglio dal Justice Brandeis, secondo cui «the Court will not anticipate a question of constitutional law in advance of the necessity of deciding it (...). The Court will not formulate a rule of constitutional law broader than is required by the precise facts to which it is to be applied (...). The Court will not pass upon a constitutional question (...) if there is also present some other grounds upon which the case may be disposed of (...). When the validity of an act of the Congress is drawn in question, and even if a serious doubt of constitutionality is raised, the Court will first ascertain whether a construction of the statute is fairly possible by which the question may be avoided»: *Ashwander v. Tennessee Valley Authorities*, 297 U.S. 288, 347 (1935).

Almeno due esempi possono essere forniti al riguardo: da una parte il pensiero va ai c.d. «discrimination cases», specialmente dopo il superamento della dottrina *separate but equal* ad opera della famosa pronuncia *Brown v. Board of Education of Topeka*; più volte la Corte ha manifestato l'indisponibilità ad occuparsi di vicende ad essi connesse – su tutte la questione dei matrimoni misti – ritenendo necessario attendere (sino al 1967 con la sentenza *Loving v. Virginia*³⁶⁸, la quale procede all'*overruling* di *Pace v. Alabama*³⁶⁹ che a sua volta riconosceva la validità di disposizioni penali le quali sanzionavano i matrimoni tra etnie differenti) che le proprie precedenti statuizioni in tema di abolizione della segregazione scolastica venissero adeguatamente recepite dai consociati. Da altra parte si ricordano le diverse questioni attinenti al diritto alla *privacy* e all'orientamento sessuale, ove i *Justices* – sino a tempi piuttosto recenti – hanno evitato di intervenire sulle legislazioni statali e sui provvedimenti assunti a livello amministrativo che a diverso titolo vietavano o sanzionavano l'orientamento sessuale dei singoli, non solo in fattispecie in cui questo veniva manifestato all'esterno ma anche all'interno delle stesse mura domestiche³⁷⁰.

Tra i maggiori studiosi dei comportamenti «strategici» della Corte va ricordato il pensiero di Alexander Bickel, il quale ritiene che il *writ of certiorari* (come, pure, altri strumenti di «non decisione») debba essere considerato una vera e propria «passive virtue»³⁷¹.

Partendo dal presupposto che l'obiettivo delle istituzioni politiche è di ottenere, da un lato, risultati pratici immediati (c.d. «expediency») e, da altro lato, stabilire principi e valori generali e duraturi (c.d. «principle») e che le Corti sono i fori più idonei per il raggiungimento di tale ultimo obiettivo, Bickel afferma che in tale contesto gli strumenti di «non decisione» assumerebbero un ruolo primario. Invero, qualora la Corte non avesse la possibilità, di fronte ad un caso, di astenersi dalla decisione, essa correrebbe il rischio di elaborare statuizioni «unprincipled», non adeguatamente sostenute dal sostrato di valori che permea la società: questo perché i *Justices*, per rendere una «principled decision», devono in un primo momento compiere una sorta di «giudizio prognostico» sui principi non solamente «in atto», ma anche «in potenza», idonei ad essere recepiti nel prossimo futuro dai consociati, ciò che comporta, necessariamente, oltre che una certa sensibilità, tempo e capacità di dialogare con le istituzioni.

³⁶⁸ 388 U.S. 1, 1010 (1967).

³⁶⁹ 106 U.S. 583 (1882).

³⁷⁰ Cfr. la nota pronuncia *Bowers v. Hardwick*, 106 S.Ct. 2841 (1986), ove è stata ritenuta conforme a costituzione una legge statale che prevedeva la reclusione sin a vent'anni per atti di sodomia compiuti in luoghi pubblici o privati.

³⁷¹ V., al riguardo, A. BICKEL, *Foreword: the passive virtues*, in 75 *Harv. Law Rev.*, 1961, p. 40 ss.; ID., *The least dangerous branch*, cit.; ID., *The Supreme Court and the idea of progress*, Yale University Press, New Haven and London, 1978.

Notevoli sarebbero, inoltre, le conseguenze di una decisione «unprincipled»: nel caso in cui venisse censurata l'attività del potere legislativo, questa si porrebbe in contrasto con il principio democratico di separazione dei poteri, mentre in caso contrario, ovvero qualora venisse sancita la validità della norma impugnata, siffatta decisione legittimerebbe un'azione legislativa che non tenga conto dei principi ma solo del risultato perseguito.

Tramite l'utilizzo delle «passive virtues», invece, la Corte può decidere tempo e modalità più opportune per un proprio intervento, avendo, nel mentre, la possibilità di dialogare con gli altri poteri e, più in generale, di sondare il sentire comune e le predisposizioni (presenti e futuri) della società.

Nella prospettiva che qui interessa, l'individuazione di parametri «strategici» non appare tuttavia impresa semplice, anche perché la discrezionalità dalla Corte esercitata in quest'ambito pare pressoché assoluta: in effetti, se è vero che gli stessi *Justices* hanno in passato ammesso – seppur in modo generico – l'esistenza di simili criteri, allorquando hanno affermato che «petitions may have been denied because, even though serious constitutional questions were raised, it seemed to at least six members of the Court that the issue was either not ripe, or too moribund for adjudication; that the question had better *await the perspective of time* or that time would soon bury the question or, *for one reason or another, it was desirable to wait and see*; or that the constitutional issue was entangled with nonconstitutional issues that raised doubt whether the constitutional issue could be effectively isolated; or for various other reasons not relating to the merits»³⁷²; tuttavia, mai nessuno ha rivelato quali elementi, in concreto, abbiano fatto propendere per una decisione «di non decisione».

Così, ad es., potrebbero essere considerazioni «di tempo» a consigliare alla Corte se accordare o negare il *certiorari*: «the occasion – è stato affermato – may well be regarded as an appropriate consideration in appraising the public importance of the issue presented»³⁷³. Si tratterebbe, in sostanza, dell'opportunità – verosimilmente alla base (anche) degli esempi formulati in precedenza – di attendere un caso migliore ai fini della formulazione di una certa dottrina, o di aspettare la maturazione della questione a livello dei tribunali inferiori o, ancora, di attendere un momento più opportuno a livello socio-politico per formulare una decisione non ancora assimilabile dal corpo politico-sociale e destinata a incidere negativamente – si parla al riguardo di «detrimental social repercussions»³⁷⁴ – sulla stessa legittimazione della Corte³⁷⁵.

³⁷² *Darr v. Burford*, cit., 227.

³⁷³ Così F. HARPER & A. ROSENTHAL, *What the Supreme Court did not do in the 1949 Term – An appraisal of certiorari*, in 99 *Univ. Pa. Law Rev.*, 1950, p. 299.

³⁷⁴ R. GIBBS, *op. cit.*, p. 147.

³⁷⁵ In questi termini v. F. TIRIO, *op. cit.*, p. 238.

Altre volte, invece, ciò che può spingere la Corte a negare il *writ* è la preoccupazione che il principio che si intende elaborare non venga colto nella sua essenza, risultando esso suscettibile di applicazioni analogiche e molteplici letture – troppo ampie o, per converso, troppo circostanziate³⁷⁶ –.

Infine, il *certiorari* può anche venire negato per ragioni attinenti al «possibile outcome» della decisione: in altre parole, nonostante ritengano non condivisibile la pronuncia impugnata, i *Justices* tuttavia deciderebbero di negare il *writ* poiché convinti che, se questo fosse accordato, molto probabilmente «five or more Justices might decide the issue wrongly», ovvero che – per la complessità della *issue* – si potrebbero formare maggioranze trasversali all'interno della Corte le quali finirebbero per incidere negativamente sul risultato che si intende raggiungere. Pertanto, sarebbe considerato maggiormente accettabile mantenere in vita una sentenza – seppur erronea – di una Corte inferiore piuttosto che emettere una nuova pronuncia, questa volta della Corte suprema, inidonea a stabilire il principio richiesto³⁷⁷.

3.15. Un criterio particolare: il timing dei Justices

Nel concludere il discorso sui criteri di concessione del *certiorari* va ricordata un'interessante ipotesi formulata dalla dottrina secondo cui anche il «momento» in cui una *petition* viene esaminata avrebbe il suo peso nella decisione «se decidere»³⁷⁸.

Peraltro, prima di verificare la predetta ipotesi, va ricordato che la Corte suprema ha provveduto, nel corso degli anni, a sviluppare un proprio calendario, all'interno di ciascun *term*, in cui debitamente collocare le diverse attività – *certiorari decisions*, *oral hearings* e *opinion drafting* – cui la stessa è chiamata a provvedere.

Tenendo presente che ogni *term* inizia il primo ottobre e si conclude alla fine di aprile, i *Justices* hanno suddiviso i mesi a disposizione in sette *argument sessions* (*October*, *November*, *December*, *January*, *February*, *March* e *April session*); ciascuna di esse dura non più di due settimane, durante le quali la Corte tiene gli *oral hearings* il lunedì, martedì e mercoledì: le udienze comunciano alle 10 del mattino e, dopo una pausa per il pranzo alle 12, riprendono dalle 14 fino alle 16; le parti, a loro volta, hanno a disposizione non più di mezz'ora per presentare il proprio caso.

³⁷⁶ Così R. GIBBS, *op. cit.*, p. 146.

³⁷⁷ Cfr. F. HARPER & A. ROSENTHAL, *op. cit.*, 299.

³⁷⁸ Il riferimento è allo studio di M. CORDRAY & R. CORDRAY, *The Calendar of the "Justices"*, cit., p. 183 ss.

In base alla accennata ripartizione risulta che la Corte ha a disposizione, annualmente, dai 156 ai 160 «spazi liberi» (c.d. *argument slots*) per occuparsi di altrettanti casi; si aggiunga altresì che se un tale sistema era stato in origine elaborato per gestire un *workload* di circa 150 decisioni l'anno, la sensibile diminuzione a partire dagli anni '90 del numero di decisioni rese (circa 80 casi)³⁷⁹, ha concesso alla Corte un maggior agio nella disamina delle questioni, consentendole di limitare a 2-3 casi per giorno la propria attività³⁸⁰.

Ciò premesso, lo studio accennato – mettendo a confronto il numero delle *petitions* (relative ai *terms* 2002, 2001, 2000, 1999, 1998, 1997, 1996, 1994, 1992) accolte nel *summer recess* e nelle sette *argument sessions* con quello relativo ai ricorsi «dismissed» nei medesimi periodi – ha inteso verificare la sussistenza di una eventuale «relationship between the Court's calendar and its work on the relentless influx of petitions for certiorari»³⁸¹; e il risultato raggiunto parrebbe confermare l'ipotesi di partenza, ovvero che, a fronte di periodi dell'anno in cui la Corte pare maggiormente accondiscendente alle richieste delle parti, vi sono momenti ove il *rating* di accoglimento si ridurrebbe in modo evidente.

Nel dettaglio è stato evidenziato come le percentuali di accoglimento più elevate siano da registrarsi nella *October*, *November* e *January session*, mentre il numero diminuisce «dramatically» nel *summer recess* e nelle *February* e *March sessions*³⁸².

Numerosi sembrano essere i motivi alla base della maggiore (o minore) disponibilità dei *Justices* tutti, peraltro, accomunati dal fatto di discendere dalle «high pressures» esercitate dal *docket*: in particolare, quanto ai periodi di elevato accoglimento (c.d. «upward spikes»), la «willingness» della Corte può essere individuata nel fatto che «the Court's workload would feel the lightest»: in effetti, nei mesi di Ottobre e Novembre, sebbene i *Justices* si trovino ogni giorno ad affrontare in sede di *hearings* i casi (precedentemente ammessi) che necessitano di una decisione nel merito, tuttavia, trattandosi di inizio *term*, la pressione da questi derivante non verrebbe ancora avvertita; quanto invece alla *January session*, il comportamento della Corte potrebbe trovare una spiegazione nel fatto che essa ha ancora diversi *argument slots* a disposizione per le successive sessioni.

I periodi caratterizzati dal *rating* di accoglimento più basso (c.d. «downward

³⁷⁹ Ad es., nel 1994 le «plenary decision» sono state 85; 78 nel 1995; 83 nel 1996; 92 nel 1997; 79 nel 1998; 76 nel 1999; 81 nel 2000; 79 nel 2001; 76 nel 2002; 73 nel 2005; 93 nel 2007; 76 nel 2013. Cfr., al riguardo, L. EPSTEIN, *The Supreme Court Compendium: data, decisions, and developments*, CQ Press, Washington D.C., 2003, p. 76.

³⁸⁰ Cfr., ad es., il calendario dell'*October session* 2014 all'indirizzo www.supremecourt.gov/oral_arguments/2014TermCourtCalendar.pdf.

³⁸¹ M. CORDRAY & R. CORDRAY, *op. cit.*, p. 203.

³⁸² Cfr. le tabelle nn. 1 e 2 in M. CORDRAY & R. CORDRAY, *op. cit.*, p. 237 s.

spikes»), troverebbero, all'opposto, giustificazione nel fatto che il *docket* della Corte incomincia ad assumere dimensioni rilevanti: Febbraio e Marzo, infatti, sono periodi in cui «the Court's workload seems to be at its most oppressive. The Court is still hearing its full complement of new cases; the Justices are working on writing opinions for cases heard in the first four sessions; and the deluge of petitions for certiorari has not slackened»³⁸³.

Il *summer recess*, dal canto suo, viene ricompreso nei «downward spikes» tenendo a mente quanto si affermava in precedenza circa la possibilità per le parti di depositare, sebbene la Corte non sia «in attività», i propri ricorsi, i quali verranno – tutti quanti – esaminati la settimana antecedente l'apertura del *term* in ottobre³⁸⁴. Verosimilmente, in simile occasione i *Justices*, nel trovarsi a gestire un numero che si avvicina alle 1.500 *petitions* (a fronte delle circa 570 che, ogni sessione, pervengono alla Corte) saranno costretti ad operare una selezione particolarmente rigorosa³⁸⁵.

È appena il caso di rilevare che i risultati raggiunti intendono fornire esclusivamente una tendenza – avvenuta peraltro in anni passati – che non necessariamente si ripete con la medesima frequenza; in ogni caso il dato ricavabile dallo studio possiede, a ben vedere, una certa utilità pratica, prestandosi a «strategic considerations for litigants»: ricordando, invero, che il *petitioner* ha a disposizione 90 giorni (decorrenti dalla pubblicazione della sentenza) per depositare il proprio ricorso (termine che può essere, a richiesta, prorogato di altri 30 giorni³⁸⁶, egli può in ipotesi calcolare il momento più opportuno per la presentazione – il momento «giusto» – così evitando momenti tendenzialmente più sfavorevoli³⁸⁷.

3.16. *Contrasti all'interno della Corte: il dissent from certiorari denial. Esigenze di specificazione: l'opinion respecting the denial*

Come noto, la decisione assunta in *conference* circa il rilascio o meno del *certiorari* è coperta dalla più assoluta *secrecy*: di norma, infatti, i *cert. denials* non sono accompagnati da alcuna motivazione.

³⁸³ ID., *op. cit.*, p. 208.

³⁸⁴ V. le *special conferences* di cui, *supra*, al par. 3.8.

³⁸⁵ Vero è, tuttavia, sostengono M. Cordray e R. Cordray, che se la percentuale di *petitions* accolte è più bassa di altre *sessions*, tuttavia l'insieme di quelle accolte risulta superiore rispetto ad ogni altro periodo dell'anno. Ciò si deve proprio all'elevatissimo numero di ricorsi che si accumulano nei precedenti tre mesi.

³⁸⁶ Cfr., *supra*, par. 3.3.

³⁸⁷ Così F. MOORE, *Right of review by certiorari to the Supreme Court*, in 17 *Geo. Law J.*, 1929, p. 312.

Peraltro, negli ultimi tempi la Corte ha iniziato a sviluppare alcune prassi – espressione di quel soggettivismo giudiziario tipico del *common law* ove ciascun giudice difende gelosamente la propria autonomia di giudizio, potendosi eventualmente discostare dalle posizioni assunte dalla maggioranza della Corte – le quali, se analizzate «in controluce», parrebbero invece in grado di (limitatamente) scalfire la riservatezza che caratterizza l'intera *case selection*: ci si riferisce, in particolare, ai c.d. *dissents from certiorari denials*, ovvero, in termini molto generali, a opinioni rese a margine della decisione ostativa da uno o più *Justices* (ovviamente sempre meno di quattro) i quali danno atto del loro «malcontento» verso la medesima e, talvolta, indicano come la questione avrebbe dovuto a loro giudizio venire affrontata e risolta³⁸⁸.

Va peraltro sottolineato come la prassi in esame risulti particolarmente «fluida», ovvero idonea ad estrinsecarsi in molteplici forme: invero, non tutte le *notations* dei *Justices* sono classificabili come *dissents*, non tutti i *dissents* si riferiscono al merito della vicenda presentata e non tutti i *dissents on the merits* «prove that the majority rejected the substantive arguments of the dissenter»³⁸⁹.

In ogni caso, a livello generale, si possono individuare sostanzialmente tre differenti categorie di *dissents*:

- *dissents without comment*: si tratta della tipologia forse meno incisiva sulla *secrecy*. Tramite tale strumento, infatti, il *Justice* dà sì atto del proprio «disappunto» nei confronti della decisione della Corte, ma affermando solamente che «Mr. Justice [...] would grant certiorari»³⁹⁰: dunque, nulla di quanto avvenuto in *conference* viene svelato al pubblico;

- *dissents on «neutral grounds»*: in questi casi il *Justice* esprime la propria valutazione senza tuttavia assumere una posizione definita sul merito della vicenda presentata. Solitamente, siffatte *opinions* si basano sulla (pretesa) sussistenza di

³⁸⁸ Sulla pratica del *dissent from denial* v. P. LINZER, *The meaning*, cit., p. 1259 ss.; H. PERRY, *deciding to decide*, cit., p. 170 ss.; R. REVESZ, P. KARLAN, *Non-majority rules*, cit., p. 1071 ss.; F. TIRIO, *Il writ of certiorari*, cit., p. 129 ss. Quanto all'origine della prassi in esame è lo stesso *Justice Stevens* (Cfr. *Singleton v. Commissioner of internal revenue*, 439 U.S. 940 (1978)) a riferire che prima del 1946 non v'era traccia dell'utilizzo del *dissent* nel comportamento dei colleghi. A partire dal 1947, tuttavia, questa iniziò a farsi strada e negli anni a venire il numero di *dissents* aumentò sistematicamente: oggi tale strumento, sebbene sia diminuito per «quantità» rispetto agli anni precedenti, rimane comunque un elemento di una certa rilevanza nel procedimento di *case selection*.

³⁸⁹ Così P. LINZER, *op. cit.*, p. 1262: ciò che conferma, ancora una volta, come la *orthodox view* – ovvero la dottrina secondo la quale il *cert. denial* non permetterebbe alcun giudizio sul (la correttezza del) merito della sentenza impugnata – non possa essere considerata superata per il sol fatto dell'esistenza di *dissents*, i quali invece dimostrano che il merito può essere uno tra gli elementi considerati dalla Corte, ma non necessariamente quello decisivo per la decisione sul rilascio del *writ*.

³⁹⁰ In tal senso v. P. LINZER, *op. cit.*, p. 1262. Questo tipo di *dissent* era particolarmente utilizzato dal *Justice Douglas*: v., al riguardo, *Commission on revision of the federal court appellate system*, cit., p. 115.

uno dei requisiti contenuti nella S.C.R. 10 per affermare che il *certiorari* avrebbe dovuto essere accordato³⁹¹;

- *dissents on the merits*: qui il *Justice* «dissenziante» afferma, generalmente, da un lato che la sentenza impugnata è erronea e, da altro lato, che essa avrebbe dovuto essere «reversed»³⁹². Siffatti *dissents* possono essere ulteriormente suddivisi in tre ulteriori tipologie: (1) *dissents on particular facts*, ovvero casi in cui il *Justice* denuncia, nonostante l'elevata specificità del caso, una talmente erronea applicazione della legge da richiedere un intervento della Corte³⁹³; (2) «*irredentists*» *dissents*, ovvero le opinioni di quei *Justices* che contestano un determinato precedente: ad es., era nota l'avversione, da parte dei *Justices* Brennan e Marshall, nei confronti della pena di morte e dei provvedimenti con cui la Corte era (ed è) solita rifiutare la *review* ai *death row petitioners*³⁹⁴; (3) *dissents looking to the future*, i quali non si limitano ad affermare che la *issue* presentata avrebbe dovuto essere esaminata dalla Corte ma forniscono, altresì, una personale ricostruzione del modo in cui la questione avrebbe dovuto essere decisa nel merito. Si parla, al riguardo, di *dissents* che guardano al futuro risultando essi idonei a inviare dei segnali circa gli interessi di volta in volta rappresentati all'intero della Corte.

³⁹¹ Al riguardo cfr. *Trans Union LLC v. Federal Trade Commission*, 536 U.S. 915 (2001) [*Justices* Kennedy e O'Connor dissenting]; *Borgner v. Florida Board of Dentistry*, 537 U.S. 1080 (2002) [*Justices* Thomas e Ginsburg dissenting], ove i *Justices* dissenzienti sostengono che il writ avrebbe dovuto esser concesso essendo la questione «of national importance»; *Chen v. City of Houston*, 532 U.S. 1046 (2001) [*Justice* Thomas dissenting] e *Michaels v. McGrath*, 531 U.S. 1118 (2000) [*Justice* Thomas dissenting] ove il *dissent* è, invece, fondato sulla sussistenza di un *conflict*: in quest'ultimo caso, anzi, il *Justice* afferma che, nonostante la sentenza sia corretta nel merito, egli avrebbe comunque accordato il writ: «in any event, even if I did not have serious doubt as to the correctness of the decision below, I would grant certiorari to resolve the conflict among the Courts of Appeals on this important issue. I respectfully dissent».

³⁹² Esempi di tali *dissents* si ritrovano in *Lambert v. City and County of San Francisco*, 529 U.S. 1045 (2000) [*Justices* Scalia, Thomas e Kennedy dissenting]; *Bell v. Quintero*, 544 U.S. 936 (2005) [*Justice* Thomas e Chief Justice Roberts dissenting]; *Pennsylvania v. Dunlap*, 129 S. Ct. 448 (2007) [Chief Justice Roberts e Justice Kennedy dissenting]; *Marlowe v. United States*, 129 S. Ct. 450 (2008) [*Justice* Scalia dissenting].

³⁹³ Si tratta di uno di quei casi definiti *egregious*: v., al riguardo, quanto affermato dal *Justice* Stewart in *Dunn v. Immigration and Naturalization Service*, 419 U.S. 919 (1974): «because the factual setting of this case is unusual, the legal question raised are unlikely often to recur. While this is normally a sound reason to deny review, the judgement before us is grossly unjust»; anche i *Justices* White e Brennan in *Roanwell Corp. v. Plantronics Inc.*, 429 U.S. 1004 (1976) affermarono che «as a general proposition, I agree that our crowded docket does not permit review of every case where error has been committed; but this case seems to me to involve such a significant departure from longstanding principles of patent law that the petition for certiorari should be granted».

³⁹⁴ Così, a partire dal *dissent* in *Gregg v. Georgia* 428 U.S. 153, 227 (1975), i due *Justices* continuarono a riferirsi ad esso in tutte le altre occasioni, specificando, altresì, che «the death penalty is in all circumstances cruel and unusual punishment»: cfr., ad es., *Rust v. Nebraska*, 434 U.S. 912 (1977); *Smith v. Hopper*, 436 U.S. 950 (1978); *Adams v. Florida*, 439 U.S. 947 (1978). In argomento cfr. altresì, *infra*, par. 3.20.

A tale ultimo riguardo può considerarsi, a titolo esemplificativo, il caso *Rudolph v. Alabama*³⁹⁵: si trattava di un *cert. denial* avverso una *petition* presentata da un condannato a morte per violenza sessuale nei confronti di una minore che, pur avendo riportato gravi lesioni fisiche e psicologiche, tuttavia non era deceduta a seguito del fatto. I *Justices* Goldberg, Brennan e Douglas, in sede di *dissent*, affermarono che la pena capitale avrebbe dovuto essere considerata (almeno laddove la vittima non fosse deceduta) un trattamento crudele e inumano. Ebbene, se in quel caso la *petition* venne rifiutata, tuttavia il citato *dissent* operò quale segnale circa il progressivo interesse dei *Justices* verso quella determinata *issue*, tanto che negli anni a venire la Corte non solo accettò di considerare il merito di una analoga vicenda³⁹⁶, ma annullò altresì la relativa condanna alla pena capitale³⁹⁷.

Dunque, tramite siffatti *dissent*, non solo vengono svelate le motivazioni a sostegno della decisione di negare il *certiorari*, ma la Corte (*rectius*, la minoranza) intende inviare precisi segnali ai *future litigants*: come è stato affermato da un *Justice* al riguardo, la loro pubblicazione «serves as an early warning system to litigants. It says these are the issues that we are interested in. It gets the message (...) to the litigants to go and find the case»³⁹⁸.

La pratica del *dissent from denial*, in realtà, non va considerata nella sola prospettiva delle parti e delle informazioni aggiuntive – siano esse relative al passato (il motivo del diniego) ovvero al futuro (segnali di interesse) – che questa è idonea a svelare, ma anche in relazione ai rapporti «interni» tra *Justices* e tra questi e le corti inferiori: sotto il primo profilo, in particolare, rifiutata una prima volta la *petition*, ciascun *Justice* può chiedere che essa venga *relisted* e quindi discussa nuovamente nella successiva *conference*; nel frattempo, lo stesso può far circolare, tra le varie *chambers*, una bozza del proprio *dissent*, nella speranza che qualcuno dei suoi colleghi possa cambiare idea sulla *petition*. Si parla, a tale riguardo, di *dissent that doesn't see the light of the day*³⁹⁹ proprio per sottolineare come esso sia un documento riservato che, a ben vedere, opera quale metodo di persuasione. Al riguardo il *Justice* Stevens, che pure non ha mai nascosto la sua «antipatia» per la prassi del *dissent*, affermò che «admittedly these dissenting opinions may have some beneficial effects. Occasionally a written statement of reasons for granting certiorari is more persuasive than the Justice's oral contribu-

³⁹⁵ 375 U.S. 889 (1963).

³⁹⁶ *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1971).

³⁹⁷ *Coker v. Georgia*, 443 U.S. 584 (1976). Come affermato dal *Justice* Brennan, *The National court of appeal*, cit., 480, tali «dissents from denial of review (...) often herald the appearance on the horizon of possible reexamination of what may seem (...) to be an established and unimpeachable principle».

³⁹⁸ Cfr. H. PERRY, *op. cit.*, p. 177.

³⁹⁹ *Id.*, *op. cit.*, p. 170.

tion to the Conference. For that reason the written document sometimes persuades other Justices to change their votes, and a case is granted that would otherwise have been denied»⁴⁰⁰.

Sotto il secondo profilo, i *dissents* vengono utilizzati per inviare precisi messaggi alle giurisdizioni inferiori: in particolare, i *Justices* intenderebbero avvertire le corti che, nonostante la questione (per altri motivi) sia stata considerata non meritevole di *review*, tuttavia il procedimento seguito ovvero le motivazioni addotte sono state ritenute inaccettabili o comunque non conformi alla legge da parte di alcuni componenti della Corte⁴⁰¹.

Se, dunque, l'ormai consolidata prassi dei *dissents from denial* è sintomo di quella personalizzazione delle decisioni tipiche delle Corti di *common law*, tuttavia non sempre essa ha goduto di unanime favore tra i *Justices*. Al riguardo va menzionata la voce fortemente critica di Stevens: è vero che talvolta ne venivano riconosciuti «some beneficial effects», ma ciò si riferiva ai soli *dissents* non pubblicati, tant'è che lo stesso magistrato così proseguiva: «that effect [ovvero, la persuasione] however, merely justifies the writing and circulating of these memoranda within the Court; it does not explain why a dissent which has not accomplished its primary mission should be published»⁴⁰².

In particolare, secondo Stevens i *dissents* sarebbero «totally unnecessary (...), examples of the purest form of dicta». In aggiunta, essi si rivelerebbero pure dannosi per la Corte: infatti, «since the Court provides no explanation of the reasons for denying certiorari (...) the dissenter's arguments (...) tend to imply that the Court has been unfaithful to its responsibilities or has implicitly reached a decision on the merits when, in fact, there is no basis for such an inference». Infine, «these opinions may also give rise to misunderstanding or incorrect impressions about how the Court actually works. Moreover, the selected bits of informations which they reveal tend to compromise the otherwise secret deliberations of our Conference»⁴⁰³.

⁴⁰⁰ Cfr. *Singleton v. Commissioner of internal revenue*, cit., 940; v., altresì, la testimonianza di un *Justice* che affermò: «Hugo Black used to write these awful dissents from denial. He would say, 'if you deny hearing this', and essentially say something that suggested that no decent person who loved the law could deny hearing this case (...). I think today dissents are used more subtly than by Black, but one gets the idea out on the table»; cfr. al riguardo H. PERRY, *op. cit.*, p. 172.

⁴⁰¹ Un *clerk* ha, al riguardo, affermato: «so though sometimes a case isn't important, they will take the case and say, 'look, you can't ignore us'. Sometimes they do that by dissents [from denial of cert.]. A Justice will write to point out that the Supreme Court has taken note of this and that you can't fool anyone, and don't think you are getting away with this unnoticed»: cfr. H. PERRY, *op. cit.*, p. 177.

⁴⁰² Cfr. *Singleton v. Commissioner of internal revenue*, cit., 945.

⁴⁰³ Cfr. *Singleton v. Commissioner of internal revenue*, cit., 944, 945; più di recente v. *l'opinion respecting the denial di J. Stevens in City of Elkhart v. Books*, 532 U.S. 1058 (2001).

Probabilmente, la ragione di tanta «avversione» va individuata, come già accennato, nel fatto che il *Justice Stevens*, in tutta la sua carriera, ha sempre ritenuto prioritaria la questione dell'*overload* e la necessità di trovare rimedi volti a contenere il carico di lavoro, da questi sempre ritenuto eccessivo. Pur non avendolo mai ammesso espressamente, il timore è evidentemente che tramite i *dissents* i futuri *litigants* possano ricavare informazioni preziose sul *modus operandi* della Corte e, quindi, essere in grado di prevederne le mosse in sede di *conference*.

All'estremo opposto dei *dissents* si colloca invece la possibilità per i *Justices* di elaborare una propria *opinion respecting the denial* la quale si aggiunge alla decisione della Corte di negare il *certiorari*: si tratta dunque di uno *statement* in cui – in analogia alle *concurring opinions* in sede di decisione nel merito – un componente del collegio, sebbene d'accordo con il risultato, tuttavia intende aggiungere o specificare qualcosa.

In particolare, può accadere che siano gli stessi *Justices* a voler suggerire, tramite l'*opinion respecting the denial*, al ricorrente eventuali vie processuali differenti per soddisfare la propria richiesta di tutela ovvero per indicare le problematiche della *issue* presentata; oppure, più spesso, che la (maggioranza della) Corte decida di utilizzare un simile strumento per contrastare le diverse posizioni della minoranza, quasi fosse necessario replicare in qualche modo ad un *dissent* e confermare al mondo esterno la bontà della decisione assunta. In tutte queste situazioni, comunque, anche la *concurring opinion* finisce per fornire – volente o nolente – ai litiganti alcuni elementi in più circa la valutazione della questione da loro presentata (e dalla Corte espunta dal ruolo).

Così, ad es., nella causa *Bunting, Superintendent, Virginia Military Institute v. Mellen and Knick*⁴⁰⁴, ove veniva messa in discussione la legittimità della prassi, in vigore nell'istituto militare, di imporre la preghiera serale prima della cena, considerata un «unconstitutional establishment of religion», la Corte [nonostante il *dissent* di Scalia] ha negato il *writ* e le motivazioni sono ricavabili proprio dall'*opinion respecting the denial* del *Justice Stevens* (cui hanno aderito altresì i *Justices Ginsburg* e *Breyer*): invero, secondo Stevens, nella vicenda era carente il requisito del *case or controversy*, essendosi nel frattempo il cadetto diplomato, il sovrintendente ritirato e non essendo l'istituto parte in causa; inoltre non v'era traccia dell'allegato *conflict* tra corti di circuito relativo alla (pretesa) incostituzionalità del rito della preghiera imposto dalle istituzioni scolastiche di «higher level».

Nel caso *Kenneth Foster v. Florida*⁴⁰⁵, avente ad oggetto il problema dei ritardi tra la pronuncia della sentenza di condanna a morte e la successiva esecuzione, a fronte del *dissent* di *Breyer*, il *Justice Thomas* in sede di *opinion* affermò

⁴⁰⁴ 541 U.S. 1019 (2003).

⁴⁰⁵ 537 U.S. 990 (2002).

che si trattava di una questione già nota alla Corte ma che «nothing has changed in our constitutional jurisprudence» da provocare un mutamento di posizione da parte della maggioranza della Corte.

Ancora, nel caso *Equality Foundation of Greater Cincinnati v. City of Cincinnati*⁴⁰⁶, ove si dibatteva della legittimità di una regola, contenuta in un'ordinanza comunale, che eliminava qualsiasi «quota preference or other preferential treatment» a tutela delle persone omosessuali, disposizione ritenuta, invece, discriminatoria per le associazioni a difesa dei diritti «lgbt», il Justice Stevens (unitamente a Ginsburg e Souter) affermò che il *certiorari* non era stato concesso poiché «this Court does not normally make an independent examination of state law questions that have been resolved by a court of appeal».

3.17. Ulteriori esiti del procedimento: il limited grant of certiorari

Sin'ora, parlando di *certiorari*, ci si è riferiti alla situazione in cui la Corte «decide se decidere» un caso che viene portato alla propria attenzione. Dunque, tramite il rilascio del *writ*, di norma, una *petition* viene accolta nella sua interezza; per converso, il diniego del *writ* comporta un «rigetto» di tutto quanto il contenuto nel ricorso.

A questo proposito va tuttavia rilevato che la Corte, a partire dagli anni '60, ha inaugurato la prassi del *limited grant of certiorari*⁴⁰⁷: il permesso viene sì rilasciato, ma solo con riferimento a una o più *issues* tra quelle contenute nella *petition*, così da limitare la successiva discussione e al contempo espungere dal ricorso tutti quegli ulteriori elementi non sufficientemente meritevoli di attenzione⁴⁰⁸; per dirla con le parole della dottrina, tale prassi «is used to sift out and concentrate attention on those issues in a case which are worthy of review, while excluding those that reveal no basis of further considerations»⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ 525 U.S. 943 (1997).

⁴⁰⁷ Su tale prassi v. R. STERN & E. GRESSMAN, *Supreme Court Practice*, cit., p. 219 ss.; S. BICE, *The limited grant of certiorari and the justification of judicial review*, in *Wisc. Law Rev.*, 1975, p. 343 ss.

⁴⁰⁸ V., ad es., *Cheff v. Schnackenberg*, 384 U.S. 373 (1965), ove la Corte specificava che il writ «is limited to question 3 presented by the petition»; in epoca più recente, cfr., tra le altre, *Bustillo v. Johnson*, 546 U.S. 1002 (2005); *Hartman v. Moore*, 547 U.S. 250 (2005); *Holmes v. South Carolina*, 547 U.S. 319 (2005); *Northern Ins. Co. v. Chatham County*, 546 U.S. 959 (2005); *Dixon v. United States*, 05-7053 U.S. (2006); *Philip Morris v. Williams*, 05-1256 U.S. (2006); *MetLife v. Glenn*, 04-10566 U.S. (2006); *Huber v. Wal-Mart Stores*, 128 S. Ct. 742 (2007); *Sanchez-Llamas v. Oregon*, 04-10566 U.S. (2007); *Baze v. Rees*, 07-5439 U.S. (2007); *Nken v. Mukasey*, 129 S. Ct. 622 (2008); *Jimenez v. Quarterman*, 07-6984 U.S. (2008).

⁴⁰⁹ Così R. STERN & E. GRESSMAN, *op. cit.*, 219.

Si tratta, in sostanza, di una diversa modalità di utilizzo della *case selection* la quale, se da una parte riduce ulteriormente il carico di lavoro dei *Justices*, dall'altra è idonea ad accrescere la capacità selettiva della Corte. In particolare, tramite il *limited grant* la Corte intende:

1. in primo luogo, espungere tutte quelle questioni chiaramente *frivolous* ovvero la cui soluzione appaia suscettibile di una applicazione assai circostanziata e limitata;
2. in secondo luogo, evitare di pronunciarsi nuovamente su *issues* che trovano già una loro risoluzione in precedenti sentenze della Corte;
3. in terzo luogo, elaborare «one theory at time», ovvero provvedere a costruire «particular theories about the constitutionality of governmental action without considering all the theories the parties advance»⁴¹⁰: ad es., tramite il *limited grant* la Corte può acconsentire a verificare se una determinata azione governativa sia in contrasto con la *due process clause* ma allo stesso tempo negare la *review* alla (ulteriore) *issue* secondo cui la medesima azione sarebbe contraria anche alla *equal protection clause*;
4. infine, tenendo in mente quanto si diceva precedentemente circa l'atteggiamento di *self restraint* dei *Justices*, evitare questioni importanti ma «scomode» per le quali si ritiene opportuno rimandare la decisione a tempi più maturi.

Numerosi sono, altresì, i vantaggi correlati all'utilizzo del *limited grant*: oltre all'indubbio risparmio di tempo e risorse dovuto alla disponibilità di un «filtro nel filtro», questo permette altresì alla Corte di «neutralizzare» la (spesso utilizzata) pratica di «shotgun approach» da parte dei *counsels*, ovvero la tendenza a inserire nella *petition* ogni genere di *claim*, compresi quelli (nell'ottica della Corte) «patently undeserving of review»: tramite il *limited grant*, dunque, da una parte i *Justices* possono agevolmente espungere simili *issues* ma, allo stesso tempo, «salvaguardare» un ricorso contenente pure questioni meritevoli di attenzione.

Una delle obiezioni che viene più di frequente sollevata al *limited grant* è che, in ultima analisi, un siffatto *modus operandi* metterebbe in pericolo gli stessi principi del *due process of law* e, in particolare, la posizione di parità tra le parti: le Corti, si sostiene, devono assicurare a ciascun litigante un trattamento equo – *fair* – evitando di elaborare regole o procedure che comportino un sostanziale svantaggio – *burden* – per uno di essi, a meno che tale situazione non sia giustificata da principi altrettanto rilevanti. Il *limited grant*, invece, sarebbe in grado di «impos[ing] a differential burden on the party who would benefit from the Court's decision on the merits of the avoided issue»⁴¹¹: l'accantonamento di una o più *issues* in sede di *case selection*, in altre parole, potrebbe risolversi in un so-

⁴¹⁰ S. BICE, *op. cit.*, p. 354.

⁴¹¹ ID., *op. cit.*, p. 375.

stanziale svantaggio per la parte la cui situazione si modificherebbe in senso più favorevole qualora la Corte decidesse la relativa questione.

In realtà, quand'anche si aderisse alla tesi del «different burden», nondimeno alcune giustificazioni all'utilizzo della selezione «limitata» non potrebbero essere sottovalutate: invero, anche se può sembrare quasi paradossale, il *limited grant* opererebbe proprio a favore di una maggiore *review*, non soltanto delle singole *petitions* debitamente epurate da contenuti palesemente irricevibili (vedi la citata pratica del «shotgun approach»), ma altresì ad un livello più generale; se pure si tratterebbe di «filtro nel filtro», ciò non esclude che, liberando un ricorso da elementi inutili o palesemente *uncertworthy*, la Corte possa considerarne un maggior numero, proprio grazie al tempo risparmiato operando una selezione interna alla *petition*.

Sullo sfondo, inoltre, valgono nuovamente le considerazioni in più occasioni svolte intorno al ruolo della Corte suprema, la quale è, soprattutto, una *policy-making institution* e ha dunque necessità di affinare al massimo le proprie facoltà, *in primis* quelle selettive, così da individuare le nuove problematiche avvertite dalla società e per le quali la fissazione di determinati principi di diritto appare necessaria.

3.18. Segue: certiorari improvidently granted e summary dispositions

Si è già più volte fatto cenno all'eventualità che la Corte, dopo aver rilasciato il *certiorari* e in un momento successivo alla *conference*, decida di revocarlo: il riferimento è alla prassi del c.d. *dismissing a case as improvidently granted* (o, più semplicemente, *D.I.G.*), ovvero alla possibilità di una successiva «resipiscenza» dei *Justices* i quali, per una serie di motivi, giungono alla conclusione che un caso, inizialmente ritenuto *certworthy*, in realtà a un più attento esame – «after oral argument, or it may come up after a bench memo, or it may come up just from a discussion between the justice and his clerks»⁴¹² – non presenta quegli elementi ricercati dalla Corte ai fini della decisione nel merito⁴¹³.

La prassi in esame venne per la prima volta descritta dai *Justices* Van Devanter e McReynolds nel corso dei lavori preparatori del *Judges' Bill*. Per il primo, il *D.I.G.* si verifica ogniqualvolta «the Court found after a full hearing that the case really turned upon some matter which afforded no reasonable or appropriate basis for granting the writ»⁴¹⁴. Dal canto suo, il *Justice* McReynolds osservò

⁴¹² Così la testimonianza di un *clerk*, in H. PERRY, *op. cit.*, p. 106.

⁴¹³ Su tale prassi v. B. BOSKEY, *Mechanics of the Supreme Court's certiorari jurisdiction*, cit., p. 264 ss.; J. BLUMSTEIN, *The Supreme Court's jurisdiction*, cit., p. 921 ss.; H. PERRY, *Deciding to decide*, cit., p. 106 ss.; R. REVESZ, P. KARLAN, *Non-majority rules*, cit., p. 1071 ss.

⁴¹⁴ V. quanto affermato dal *Justice* Van Devanter in *Senate Hearings* (1924), cit., p. 31.

che «if those facts had been clearly pointed out to us to start with the petition never would have been granted; this is what is meant by saying that the petition was improvidently granted»⁴¹⁵.

Ricordando sinteticamente quanto affermato circa i rapporti tra *rule of four*, *D.I.G.* e decisione nel merito⁴¹⁶ – ovvero che la *rule* vincolerebbe i *Justices* ad esaminare nel merito il caso, ma non anche a deciderlo qualora dovessero successivamente emergere elementi, non conosciuti all'epoca della *conference*, tali da dimostrare la non meritevolezza della questione – v'è dunque piena compatibilità tra *rule of four* e *D.I.G.*, purché peraltro la successiva decisione dei *Justices* di «dismissing a case» non si fondi su considerazioni strategiche o di mera «prudenza politica»⁴¹⁷.

Se utilizzata correttamente, anzi, la prassi in discussione si rivela utile per almeno tre ordini di motivi: in primo luogo, permette alla Corte di operare una sorta di controprova sulle decisioni assunte in *conference*. Invero, tenendo in mente che, in tale sede, la decisione sul se accordare il *certiorari* è assunta prevalentemente sulla base dei *memoranda* dei *clerks* e che il tempo dedicato per ciascuna *petition* inserita nella *discuss list* è limitato a pochi minuti, la successiva possibilità di riesaminare la questione in un quadro di maggiore conoscenza dell'intera vicenda (dovuto, ad es., alle risultanze degli *oral hearings*) consente di operare una *case selection* efficace, effettiva e rispondente alle finalità che si intendono perseguire; in secondo luogo, tramite il *D.I.G.* i *Justices* possono dedicare maggior spazio alle altre questioni ammesse e «confermate» dal più attento esame; *last but not least*, intervenendo sulla propria agenda la Corte evita di mandare segnali equivoci agli avvocati: è noto, infatti, che la Corte, nel scegliere quali casi decidere, rende i (futuri) litiganti edotti circa i propri interessi; se tuttavia fosse

⁴¹⁵ In tal senso il *Justice* McReynolds in *Senate Hearings* (1924), cit., p. 31.

⁴¹⁶ V., *supra*, par. 3.9.

⁴¹⁷ Dai pochi *D.I.G.s* provvisti di motivazione, si ricava che le ragioni poste alla base di tale provvedimento sono le seguenti: 1) «unclear record» [v., ad es., *Howell v. Mississippi*, 543 U.S. 440 (2004): «Petitioner's argument that he presented his federal claim by citing a state case, which cited another state case, which in turn cited Beck, presents a daisy chain too lengthy to meet this Court's standards for proper presentation of a federal claim»]; 2) «misrepresentation of facts» [v., ad es., *Adarand Constructors v. Mineta*, 534 U.S. 103 (2001), ove i *Justices* hanno affermato che «we granted certiorari to review for a second time whether the Court of Appeals was correct when it concluded that the Department of Transportation's (DOT's) Disadvantaged Business Enterprise (DBE) program is consistent with the constitutional guaranty of equal protection. But upon full briefing and oral argument we find that the current posture of this case prevents review of that important question»]; 3) «jurisdictional difficulties» [v., ad es., *Mathias v. Worldcom Technologies, Inc.*, 535 U.S. 682 (2001), ove si afferma che «because, after full briefing and oral argument, it is clear that petitioners were the prevailing parties below and seek review of uncongenial findings not essential to the judgment and not binding upon them in future litigation, certiorari is dismissed as improvidently granted»].

costretta a decidere anche casi su cui ha compiuto una preliminare valutazione dimostratasi poi, alla luce dei fatti, senza fondamento, l'erronea valutazione si trasformerebbe in erroneo messaggio, contribuendo così a creare ulteriore incertezza nei già complessi rapporti tra Corte ed opinione pubblica. Inoltre, una situazione di tal genere incentiverebbe gli avvocati delle parti a volontariamente proporre una «misrepresentation of facts» nelle proprie *petitions* nella consapevolezza che, superato l'iniziale *screening*, i *Justices* – sebbene dovessero in seguito avvedersi degli elementi tenuti nascosti i quali militano contro la concessione del writ – sarebbero tenuti a decidere comunque la questione nel merito⁴¹⁸.

Con *summary disposition* ci si riferisce, invece, alla situazione in cui la Corte, dopo aver accordato il *certiorari*, decide – subito e nella stessa sede – il merito della questione sulla base delle informazioni contenute nei soli atti introduttivi, tralasciando quindi l'espletamento di tutte le successive attività, dagli *oral hearings* delle parti ai *bench memos*⁴¹⁹.

Non a caso la menzione di questo diverso svolgimento dell'*iter* processuale viene riportata subito dopo la pratica *D.I.G.*: infatti, mentre quest'ultima costituisce una sorta di «retrocessione» del procedimento da una avanzata fase a quella del *cert denial*, la *summary disposition* ne rappresenta invece l'esatto contrario, ovvero il repentino passaggio dall'accoglimento del writ alla decisione finale.

Le ragioni che spingono la Corte a pronunciarsi immediatamente nel merito non sono, peraltro, del tutto chiare, tanto più se si tiene a mente il ruolo eminentemente «pubblico» che essa intende svolgere nell'ordinamento. Se di solito la Corte «decide di decidere» immediatamente la questione per correggere le sentenze *egregious* emesse dalle corti inferiori⁴²⁰, tuttavia siffatta giustificazione

⁴¹⁸ Forse, l'unico elemento criticabile della prassi in esame consiste nella persistente carenza di motivazioni che li accompagna. In effetti, una volta che la Corte abbia «deciso di decidere» un caso, essa dovrebbe passare in una nuova fase (quella della decisione) in cui la completa discrezionalità – il «Justice's feel» – della *case selection* lascia il posto all'elaborazione di «articulable principles», e ciò dovrebbe valere sia per una decisione nel merito, sia per una decisione *D.I.G.* Al riguardo, scorrendo i recenti casi di *D.I.G.* le motivazioni a sostegno di una simile decisione sono decisamente esigue: cfr., ad es., *Adarand Constructors v. Mineta*, cit.; *Mathias v. Worldcom Technologies, Inc.*, cit.; *Medellin v. Dretke*, 544 U.S. 660 (2005); *Roper v. Weaver*, 06-313 U.S. 1 (2006); di norma, invece, i *Justices* si limitano ad affermare: «The writ of certiorari is dismissed as improvidently granted»: cfr., ad es. *District of Columbia v. Tri County Industries*, 531 U.S. 287 (2000); *Adams v. Florida Power Corp.*, 535 U.S. 228 (2001); *Ford Motor Company v. McCaulay*, 01-896 U.S. 1 (2002); *Nike v. Kasky*, 02-575 U.S. 1 (2002); *Maryland v. Blake*, 04-373 U.S. 1 (2005); *Tolado-Flores v. United States*, 05-7664 U.S. 1 (2006); *Bell v. Kelly*, 07-1223 U.S. 1 (2008).

⁴¹⁹ Cfr. S.C.R. 16.1; sulle *summary dispositions* v. B. BOSKEY, *op. cit.*, p. 258, secondo cui di fronte a determinate *petitions*, «the Court is convinced that the case should be finally disposed of without progressing to the stage of oral argument»; H. PERRY, *op. cit.*, pp. 39 ss. e 99 ss.

⁴²⁰ Non a caso, con espressione colorita, un *clerk* ha definito la *summary disposition* come una sorta di «Zorro concept – where they strike like lightning to do justice»: cfr. H. PERRY, *op. cit.*, p. 100.

di per sé sola non pare in grado di supportare tutti i casi di *summary dispositions*; una possibile spiegazione fornita dalla dottrina è stata individuata in ciò, che i *Justices*, di fronte a determinate *petitions*, pur essendo tutti d'accordo sull'*outcome* (ovvero se *reversing* o *affirming* la sentenza impugnata) sarebbero nondimeno consapevoli che, qualora il caso venisse sottoposto a maggiore approfondimento, con ogni probabilità emergerebbero diverse interpretazioni sul modo in cui strutturare l'*opinion*, con il risultato di creare (per il tramite di eventuali *dissenting opinions* e altrettante *concurring*) dottrine poco chiare e inidonee a svolgere appieno la funzione di precedente vincolante⁴²¹.

Quale che sia la motivazione più idonea a sorreggere la prassi in esame, l'utilizzo di *summary dispositions* produce, comunque, non secondarie conseguenze tanto sull'operato delle corti inferiori che, soprattutto, sull'attività delle parti.

Invero, mentre le prime manifestano una certa difficoltà a recepire i contenuti delle decisioni «summarily affirmed», trattandosi di pronunce di norma assai concise e sintetiche, spesso inidonee a delineare veri e propri principi giuridici⁴²², per i litiganti (presenti e futuri) la decisione in *conference* stravolge in qualche modo la tradizionale concezione della *case selection*: invero, ricordando che una corretta *petition* – come in più occasioni sostenuto anche dalla Corte – deve solitamente ridurre al minimo il contenuto fattuale correndo il rischio, altrimenti, di risultare *frivolous*, non si può non constatare che le *summary dispositions* presuppongono, invece, a monte un comportamento per certi versi opposto delle parti. Invero, una decisione di tal genere non può prescindere, data l'assenza di fasi di approfondimento successive, da una chiara e precisa esposizione dei fatti della causa; pertanto il *counsel*, al momento di stendere una *petition*, si troverà di fronte ad una difficile scelta: redigere un ricorso, per così dire,

⁴²¹ Cfr. H. PERRY, *op. cit.*, p. 102.

⁴²² Entrambi i «concerns» vengono chiaramente espressi dal Justice Marshall nelle proprie *dissenting opinion* in *Montana v. Hall*, 481 U.S. 400 (1986) e *Commissioner v. McCoy*, 484 U.S. 3 (1987), ove propone anche una sorta di «correttivo» all'uso delle *summary dispositions*: «the Rules of this Court urge litigants filing petitions for certiorari to focus on the exceptional need for this Court's review rather than on the merits of the underlying case (...). Summary dispositions thus flies in the face of legitimate expectations of the parties seeking redress in this Court and deprives them of any opportunity to argue merits of their claims before judgement. Moreover, briefing on the merits should be encouraged not only because parties expect and deserve it, but because it leads to greater accuracy in our decisions. Briefing helps this Court to reduce as much as possible the inevitable incidence of error and confusion in our opinions each Term. Finally, the practice of summary dispositions demonstrates insufficient respect for lower court judges and for our own dissenting colleagues on this Court. I adhere to the view that whenever the Court contemplates a summary disposition, it should review the full record below and invite the parties to file supplemental briefs on the merits if they wish. I remain unconvinced that this slight modification of our practice would unduly burden the Court. The benefits of increasing the fairness and accuracy of our decision-making and the value of according greater respect to our colleagues on this and other courts more than that justify these modest accommodations».

«ortodosso», puntando l'attenzione sulla *issue* cui il caso si ricollega piuttosto che sul merito della vicenda, ovvero soffermarsi su quest'ultimo, nella speranza che la Corte decida di optare per la *summary disposition* ma correndo, allo stesso tempo, il rischio che la *petition* venga considerata «factual bound»⁴²³. In aggiunta, la decisione della Corte di «summarily affirming or reversing» può creare un pregiudizio alle parti che, non di rado, hanno confidato proprio negli *oral arguments* per ulteriormente chiarire i diversi aspetti della questione presentata e convincere i *Justices* della bontà della propria tesi.

La prassi delle *summary dispositions* influisce altresì sulle consuete dinamiche procedurali che regolano la *case selection*: se, di norma, affinché una *petition* venga accolta è necessario il voto favorevole di soli quattro *Justices*, per procedere «summarily» è necessario il voto di (ben) sei componenti della Corte: si tratta della c.d. *rule of six*⁴²⁴. Anche in questo caso non è dato conoscere le reali motivazioni a sostegno della differente maggioranza; tuttavia, verosimilmente, ciò potrebbe risiedere proprio nelle conseguenze che una simile scelta comporta, tanto per le parti (sacrificando la *summary disposition* i successivi momenti del procedimento), che per gli stessi *Justices*: è necessario, infatti, che la maggioranza della Corte abbia ben chiari tutti gli elementi alla base della questione per potersi pronunciare immediatamente nel merito, risultando in effetti contraddittorio, dapprima, permettere alla *minority* di decidere di procedere «summarily» e, successivamente, consentire alla maggioranza di vanificare la precedente opzione sulla base di una diversa valutazione degli elementi che legittimano la decisione nel merito.

3.19. *Un caso particolare: la procedura per il rilascio di certiorari before judgement*

Se, tradizionalmente, il *certiorari* può essere concesso all'impugnazione di una sentenza emessa da una *Circuit Court of Appeal* ovvero da una *State Court of last resort*, in taluni casi, come si vedrà a breve, la Corte può accordare la *review* anche «before judgement», ovvero prima ancora che la corte d'appello federale

⁴²³ Al riguardo, un *Justice* ha così ammesso: «you better not risk not putting something about the merits in there because as I have suggested, sometimes the merits do make a difference. And sometimes we will just grant and vacate or affirm, and so a good lawyer probably ought to include that in there. Sometimes to talk about why the Court should hear it, you have to include a discussion of the merits. But I wouldn't leave it out of a petition. *We don't help lawyers all that much with our rules. We tell them not too stress the merits, but as long as we are considering the merits, I am not sure I would leave it out of my petition*»: cfr. H. PERRY, *op. cit.*, p. 101 s.

⁴²⁴ Tale prassi è stata svelata da un *Justice* che ha così affermato: «the rule now, well, it is not a rule, but it is a convention, is that it takes six to do that»: cfr. H. PERRY, *op. cit.*, 100.

(non anche una corte statale) abbia definito la controversia per la quale si chiede il riesame⁴²⁵.

Pur trattandosi di procedura utilizzata di rado, nondimeno si segnala che alcuni fra i più rilevanti casi sono stati in passato esaminati e decisi proprio a seguito di *certiorari before judgement*. Un esempio vale per tutti, ovvero la celebre vicenda «Nixon»: il Presidente degli Stati Uniti era in possesso di quattro registrazioni che il *Public Prosecutor* Jawroski gli aveva intimato di consegnare, trattandosi di documentazione necessaria per l'accusa nel processo penale a carico di sei *ex* consiglieri del Presidente. Il *District Judge* John Sirica ordinò a Nixon di produrre tali registrazioni e gli avvocati di quest'ultimo fecero appello avverso tale decisione presso la *Court of Appeal*. Ma prima che il caso potesse venire esaminato, il *Prosecutor* presentò alla Corte suprema una *petition for certiorari before judgement*; la Corte accordò il *writ*, stabilì tempi contingentati per la decisione che emise, in modo unanime, il 24 luglio 1974⁴²⁶.

La prima affermazione del potere di rilasciare il *certiorari before judgement* venne dalla Corte ricavata attraverso una lettura «orientata» dell'*Evarts' Act*, l'atto con cui il *writ* venne per la prima volta recepito nell'ordinamento statunitense⁴²⁷: in particolare, l'*Act* così recitava: «[i]n any such case as in hereinbefore made final in the Circuit Court of Appeal it shall be competent for the Supreme Court to require, by certiorari or otherwise, any such case to be certified to the Supreme Court for its review and determination with the same power and authority in the case as if it had been carried by appeal or writ of error to the Supreme Court»⁴²⁸. In effetti, la frase «[i]n any such case as in hereinbefore made final in the Circuit Court of Appeal» risultava per certi versi ambigua: se la sua interpretazione fosse stata nel senso di poter accordare il *certiorari* alle sole decisioni *final* delle *Circuit Courts*, allora il *certiorari before judgement* non avrebbe avuto possibilità di esistere; tuttavia la Corte, pochi anni più tardi nella sentenza *American Construction Company v. Jacksonville Railway*⁴²⁹, statuí che la suddet-

⁴²⁵ Sul *certiorari before judgement* v. J. LINDGREN & W. MARSHALL, *The Supreme Court extraordinary power to grant certiorari before judgement in the court of appeal*, in *Sup. Ct. Rev.*, 1986, p. 259 ss.

⁴²⁶ 418 U.S. 683 (1974). Giova ricordare altresì che il citato provvedimento ha avuto un impatto a dir poco devastante sulla vita politica statunitense poiché, rilevando che le registrazioni dimostravano chiaramente che Nixon cercò di servirsi del *Secret Service* per ostacolare le indagini dell'*F.B.I.* sul caso «Watergate», portò dapprima alla messa in stato d'accusa del Presidente da parte del Congresso e, quindi, alle sue dimissioni. Sulla nota vicenda v., per tutti, B. WOODWARD & C. BERNSTEIN, *The Final Days*, New York, 1976. Inoltre, il *certiorari before judgement* si ritrova anche nelle altrettanto celebri sentenze *Brown v. Board of Education of Topeka*, 344 U.S. 1 (1952) e *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1972).

⁴²⁷ Cfr., al riguardo, *supra*, par. 3.1.

⁴²⁸ V. *Evarts' Act*, cit.

⁴²⁹ 148 U.S. 372 (1893).

ta disposizione avrebbe dovuto essere intesa nel senso che il *writ* avrebbe potuto essere accordato ogniquale volta il caso fosse stato *uno di quelli suscettibili* di acquisire il carattere di *final and bound* a seguito della pronuncia di una *Circuit Court* legittimando, così, la prassi qui in discussione.

Il *certiorari before judgement* venne quindi formalizzato nel 1925 all'interno del *Judges' Bill*, il quale espressamente affermava che il *writ* avrebbe potuto essere concesso «before or after a judgement or decree»⁴³⁰.

Le attuali fondamenta legislative si ritrovano nelle secc. 2101 e 1254 dello *U.S. Code*, le quali stabiliscono la possibilità, rispettivamente, per i *litigants* di presentare una *petition for certiorari* «at any time before judgement», e per la Corte di poter rivedere casi tramite *certiorari* «before or after rendition of judgement or decree»⁴³¹; tuttavia, così come per la forma «ordinaria», esse nulla aggiungono circa i presupposti e i criteri per la concessione del *writ*.

Ancora una volta, dunque, bisogna rifarsi alle *Supreme Court Rules* le quali, anche in relazione a questa fattispecie, hanno subito una certa evoluzione. La prima *rule* ad occuparsi del *certiorari before judgement* – la *Rule 39*⁴³² – da un lato rimandava ai criteri (a loro volta ambigui) previsti per il rilascio del *certiorari* e, da altro lato, statuiva che sarebbe stato comunque sufficiente un «public interest [in a] prompt settlement» della vicenda per ottenere il *certiorari before judgement*.

Nel 1980 essa subì alcune modifiche (oltre che un cambio nella numerazione): la nuova *Rule 18* faceva riferimento ad un solo parametro – *l'imperative public importance* – per la concessione del *writ* e conteneva un'elencazione, peraltro indicativa e non tassativa, delle situazioni che la Corte avrebbe inteso rivedere tramite *certiorari before judgement*⁴³³. Il messaggio che traspariva era piuttosto chiaro: «don't bother applying – ha affermato la dottrina – if your case isn't

⁴³⁰ *Judges' Bill*, cit.

⁴³¹ 28 *U.S. Code* § 2101(e) e § 1254 (1).

⁴³² *S.C.R.* 39 (1928): «Proceedings to bring up to this court on writ of certiorari in a case pending in the circuit court of appeals or the Court of Appeals of the District of Columbia, before judgment is given in such court, should conform, as near as may be, to the provisions of Rule 38 [concerning certiorari]; and similar reasons for granting or refusing the application will be applied; that the public interest will be promoted by prompt settlement in this court of the questions involved may constitute a sufficient reason».

⁴³³ *S.C.R.* 18 (1980): «A petition for writ of certiorari to review a case pending in a federal court of appeals, before judgment is given in such court, will be granted only upon a showing that the case is of such imperative public importance as to justify the deviation from normal appellate practice and to require immediate settlement in this Court. See 28 *U.S.C.* § 2101(e); see also, *United States v. Bankers Trust Co.*, 294 *U.S.* 240 (1935); *Railroad Retirement Board v. Alton R. Co.*, 295 *U.S.* 330 (1935); *Rickert Rice Mills v. Fontenot*, 297 *U.S.* 110 (1936); *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 *U.S.* 238 (1936); *Ex parte Quirin*, 317 *U.S.* 1 (1942); *United States v. Mine Workers*, 330 *U.S.* 258 (1947); *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 *U.S.* 579 (1952); *Wilson v. Girard*, 354 *U.S.* 524 (1957); *United States v. Nixon*, 418 *U.S.* 683 (1974)».

as important as these»⁴³⁴. A ben vedere, tuttavia, la norma si rivelava di scarso ausilio per i ricorrenti sia per la concezione stessa di *imperative public importance*, dai contorni assai ampi e poco definiti, sia perché non considerava altre situazioni nelle quali la Corte era purtuttavia solita concedere il *writ before judgement*, ovvero fattispecie che presentavano *issues* simili o identiche a quelle al momento considerate (per le quali si riteneva necessario statuire subito il relativo principio⁴³⁵) e casi che erano già stati esaminati in epoca precedente dai *Justices*⁴³⁶.

Per questi motivi, l'attuale *Rule* (rinumerata nuovamente), nel riportare, pressappoco con le stesse parole, la prima parte di quella del 1980, non contempla più l'elenco dei casi in precedenza decisi *before judgement*⁴³⁷.

Pertanto, l'unico elemento cui si richiama espressamente la regola per la concessione del *certiorari* è rappresentato dalla *imperative public importance*, concetto estremamente vago nel quale sono tuttavia idonei a essere ricompresi (stando a quanto effettivamente deciso dalla Corte in passato seguendo la modalità in esame): (1) casi in cui si discute della costituzionalità di atti del Congresso; (2) casi aventi ad oggetto questioni di politica estera⁴³⁸; e infine (3) casi implicanti «institutional authority», ovvero *issues* ove l'autorità delle corti o del Governo federale è «under public attack»⁴³⁹.

⁴³⁴ Così J. LINDGREN & W. MARSHALL, *op. cit.*, 276.

⁴³⁵ Cfr., ad es., *Hicks, v. Merchantile Trust Company*, 269 U.S. 283 (1925).

⁴³⁶ Al riguardo, v. subito *infra* nel medesimo par.

⁴³⁷ S.C.R. 11 nella sua formulazione attuale: «a petition for a writ of certiorari to review a case pending in a United States court of appeals, before judgment is entered in that court, will be granted only upon a showing that the case is of such imperative public importance as to justify deviation from normal appellate practice and to require immediate determination in this Court».

⁴³⁸ V., al riguardo, quanto affermato dalla Corte nella sentenza *McCulloch v. Sociedad Nacional*, 372 U.S. 10 (1962): «the presence of public questions particularly high in the scale of our national interest because of their international complexion is a uniquely compelling justification for prompt judicial resolution of the controversy». V., altresì, l'*opinion* della Corte in *Ex parte Republic of Peru*, 318 U.S. 586 (1942) ove si afferma che «we think that – unless the sovereign immunity has been waived – the case is one of such public importance and exceptional character as to call for the exercise of our discretion to issue the writ rather than to relegate the Republic of Peru to the circuit court of appeals, from which it might be necessary to bring the case to this Court again by certiorari. The case involves the dignity and rights of a friendly sovereign state, claims against which are normally presented and settled in the course of the conduct of foreign affairs by the President and by the Department of State. When the Secretary elects, as he may and as he appears to have done in this case, to settle claims against the vessel by diplomatic negotiations between the two countries rather than by continued litigation in the courts, it is of public importance that the action of the political arm of the government taken within its appropriate sphere be promptly recognized, and that the delay and inconvenience of a prolonged litigation be avoided by prompt termination of the proceedings in the district court»; v., altresì, *Cincinnati Soap v. United States*, 301 U.S. 308 (1936); *Dames & Moore v. Reagan*, 453 U.S. 654 (1981).

⁴³⁹ V., ad es., il caso «Nixon», cit.; v., altresì, *United States v. United Mine Workers*, 330 U.S. 258 (1946).

Al di là del criterio normativo, sono comunque stati individuati nel tempo almeno altri due segnali che favoriscono la decisione «preventiva»:

- in primo luogo si ricorda la c.d. *consolidation*: con tale termine ci si riferisce ad una controversia le cui *legal issues* risultino identiche o simili a quelle sollevate da altro caso già pendente. In tale situazione la Corte sarebbe maggiormente predisposta ad accordare il *certiorari* poiché, grazie all'apporto di nuovi casi vertenti sulla medesima questione, i *Justices* avrebbero la possibilità di meglio affrontare, analizzare e declinare i diversi aspetti della vertenza. Affinché il *writ* venga concesso non è tuttavia sufficiente la semplice identità di questioni, ma è richiesta la ricorrenza di almeno altri due presupposti: deve esservi identità fra (almeno una delle) parti (del caso già all'esame della Corte e di quello nuovo) ed è necessario che di questioni pendenti «simili» ve ne siano due o più, non essendo un solo caso sufficiente allo scopo. Inoltre, in linea generale, qualora si voglia ottenere il *writ* non basta affermare l'identità di *issue*: il *petitioner* dovrà altresì dimostrare che il proprio caso «adds something to the pending case»⁴⁴⁰: in caso contrario, la stessa *ratio* della *consolidation* verrebbe meno⁴⁴¹;

- in secondo luogo rientrerebbero nella decisione «preventiva» casi che sono già stati considerati (almeno) una volta dai *Justices*: si tratta di quelle *issues* che, già affrontate e decise nel merito, hanno tuttavia avuto (e sono attualmente soggette a) un'erronea applicazione da parte delle corti inferiori. Tramite il *certiorari before judgement* la Corte, quindi, persegue una funzione di controllo del sistema giudiziario e del rispetto del principio dello *stare decisis*.

Anche la prassi del *certiorari before judgement*, così come quella «ordinaria» non è andata esente da perplessità: in particolare è stato osservato che, se è vero che questa viene dalla Corte utilizzata allo scopo di raggiungere un duplice obiettivo – accelerare i tempi del processo decisionale e, allo stesso tempo, avere la possibilità,

⁴⁴⁰ In tal senso v. J. LINDGREN & W. MARSHALL, *op. cit.*, p. 303. Certamente tuttavia, dimostrare che un caso è simile ad un altro ma che, allo stesso tempo presenta altresì qualcosa in più, non appare impresa semplice per il *counsel*.

⁴⁴¹ Va però ricordato come a volte [v., ad es., *Kinsella v. Krueger*, 352 U.S. 487 (1955); *Hannah v. Slawson*, reported *sub nom. Hannah v. Larche*, 363 U.S. 420 (1959); *United States v. Thomas*, 362 U.S. 58 (1959); *Belgarde v. Squamish Indian Tribe*, reported *sub nom. Oliphant v. Squamish Indian Tribe*, 435 U.S. 191 (1977)] la Corte abbia accordato il *certiorari* anche in assenza di quel *quid pluris* che dovrebbe caratterizzare il caso presentato: i motivi alla base delle decisioni, in netto contrasto con la stessa *ratio* della *consolidation*, sono stati individuati, da una parte, nelle sopracitate ragioni di «efficiency» del sistema (cui però si è obiettato come le *Circuit Courts* dispongano esse stesse di strumenti volti ad evitare la decisione così da attendere che la Corte Suprema si pronunci in casi simili) e, da altra parte, in esigenze di rispetto della «fairness» del procedimento, affinché le parti abbiano «[their] day on court» (tuttavia, anche in tal caso è stato obiettato come l'obiettivo della Corte è sempre stato quello di selezionare i casi sulla base della loro importanza, non sulla base delle parti e del loro diritto a vedere il loro caso esaminato e deciso).

in determinati casi, di «bypassare» le *Circuit Courts* – è altrettanto vero che un siffatto *modus operandi* finisce per ritorcersi contro un «good decision-making» svalutando l'importante funzione svolta dalle corti intermedie⁴⁴².

Siffatto ruolo è stato ben delineato dal *Justice* Burton: «the Constitutional issue which is the subject of the appeal – afferma il *Justice* – deserves for its solution all of the wisdom that our judicial process makes available. The need for soundness in the result outweighs the need for speed in reaching it. The Nation is entitled to the substantial value inherent in an intermediate consideration of the issue by the Court of Appeals. Little time will be lost and none will be wasted in seeking it. The time taken will be available also for constructive consideration by the parties of their own positions and responsibilities».

In sostanza, due sono i vantaggi che una decisione delle Corti di circuito porterebbe con sé: per le parti, essa rappresenta un'ulteriore *chance* di risolvere in maniera definitiva la propria vertenza; per i *Justices*, la pronuncia di secondo grado opera non solo quale ulteriore filtro, ma risulta altresì idonea a meglio specificare la questione che saranno eventualmente chiamati ad esaminare in un momento successivo.

Un secondo aspetto negativo della prassi in esame consiste proprio nell'accelerazione dei tempi di decisione. Se, in alcuni casi, essa può apparire giustificata da determinate circostanze, tuttavia, in generale, la «rapidità» raramente conduce a decisioni ben ponderate. Al riguardo, il *Justice* Frankfurter così si esprime: «time is required not only for the primary task of analyzing in detail the materials on which the Court relies. It is equally required for adequate reflection upon the meaning of these materials and their bearing on the issues now before the Court. Reflection is a slow process. Wisdom, like good wine, requires maturing»⁴⁴³. Inoltre, considerato che la *Rule* 23 prevede la possibilità per la Corte di emettere appositi *stays* – una sorta di «sospensione» dell'esecuzione del provvedimento sino al decorso del termine per la presentazione dell'«ordinario» *certiorari* – ogniquale volta l'*iter* giudiziario nelle *Circuit Courts* potrebbe pregiudicare la situazione del ricorrente, riesce difficile cogliere il senso della preferenza dei *Justices* verso il *certiorari before judgement* piuttosto che il rimedio cautelare previsto dalle *Rules*: tale ultimo strumento permetterebbe, invero, alle corti intermedie di elaborare (senza fretta) una decisione che potrebbe anche risolvere, una volta per tutte, la *issue* presentata.

⁴⁴² Il tutto senza contare che, tramite questa prassi, la Corte finisce per contraddire sé stessa: se è sempre stato affermato, anche dagli stessi *Justices*, che uno dei criteri «sostanziali» per il rilascio del *writ* consiste nel fatto che una questione debba essere adeguatamente *percolated* nelle corti inferiori, il *certiorari before judgement* sembra smentire un siffatto *modus operandi*, muovendosi esso in una direzione affatto opposta. Al riguardo, cfr., *supra*, par. 3.12.

⁴⁴³ Cfr. *Kinsella v. Krueger*, cit.

3.20. Considerazioni a margine del procedimento: writ of certiorari e death row petitions

A conclusione della trattazione si ritiene opportuno spendere qualche parola sulle modalità di disamina, da parte della Corte, delle c.d. *death row petitions* – ovvero i ricorsi presentati dai detenuti condannati alla pena capitale – non soltanto per le differenze nella trattazione in concreto rilevabili, ma soprattutto per dimostrare, tramite un esempio dal forte impatto sociale, come la Corte vada davvero alla ricerca di sole questioni di *public importance*, disinteressandosi nel contempo di tutto il resto e indipendentemente dalle conseguenze che una «non decisione» possa produrre.

In particolare, richiamando i caratteri del procedimento che si compone tradizionalmente di due *steps* – *discuss list* e (decisione in) *conference* – e ricordando come, di norma, già il superamento del primo passaggio sia eventualità particolarmente difficile per una *petition* (i *clerks*, invero, vanno alla ricerca di ogni potenziale elemento che militi contro il rilascio del *writ*: c.d. «just say no predisposition»), di fronte ad una *death row petition* la prassi assume una ben diversa connotazione: non soltanto simili ricorsi vengono automaticamente inseriti nella *discuss list*, ma i *clerks*, nel *pool memo*, cercano di individuare tutti quegli elementi che rendano meritevole di *review* il caso, così da permetterne il passaggio alla fase decisa⁴⁴⁴.

Si tratta, a ben vedere, di un comportamento che si colloca in netta antitesi rispetto al ruolo che i *Justices* hanno sempre ribadito esser svolto dalla Corte: in tali situazioni, in effetti, la Corte suprema si avvicina più al modello di una «error correction court» che a quello di una «policy making institution», e ciò sembra verosimilmente dovuto alla gravità delle conseguenze correlate all'esito del procedimento; in altre parole, quando in gioco c'è la vita stessa delle persone, una *petition* non è mai *frivolous*: magari infondata, ma non certo immeritevole di una disamina più approfondita.

Da questo momento, tuttavia, il discorso – quantomeno agli occhi del giurista continentale – si fa più complesso se non, a tratti, difficilmente accettabile⁴⁴⁵.

Invero, affermare che una *death row petition* venga, *ipso iure*, inserita nella *discuss list* non significa che il *writ* verrà, anch'esso *ipso iure*, rilasciato ma, più sem-

⁴⁴⁴ La prassi è stata descritta da un *clerk* che ha così affermato: «all capital cases are discussed in conference (...). Even if the Justices thought they were frivolous, they were at least discussed in conference»: cfr. H. PERRY, *Deciding to decide*, cit., p. 92.

⁴⁴⁵ In effetti, il fatto che alcuni cittadini possano scontare una lunga pena detentiva, se non addirittura perdere la vita per colpa di sentenze in qualche modo «viziate» e ciò solo perché la Corte suprema ha deciso di non occuparsi del ricorso presentato, appare ai nostri occhi situazione incompatibile con i più elementari principi che reggono un ordinamento democratico.

plicemente, che i *Justices* le riserveranno un certo tempo per la discussione in *conference*, nulla di più. Di norma, anzi, i ricorsi dei condannati alla pena capitale vengono ritenuti non meritevoli di *review* in percentuali maggiori degli altri⁴⁴⁶. Non a caso poco sopra si è utilizzato il termine «avvicinarsi» per descrivere il ruolo che la Corte sembra voler assumere nell'analisi di tali *petitions*: in realtà la maggior attenzione dei *Justices* non attiene tanto a individuare la sussistenza di errori – siano essi di fatto o di diritto – nella sentenza impugnata⁴⁴⁷, quanto (nuovamente) a individuare la sussistenza di eventuali parametri (non ostativi alla concessione del *writ*) – primo fra tutti la *public importance* della questione, magari relativa alla costituzionalità della dottrina relativa alla pena di morte nell'ordinamento americano – che permettano di contribuire alla corretta evoluzione del diritto federale.

La questione qui sollevata – la quale, per inciso, investe gli stessi presupposti e le ricadute della pena capitale quale sanzione «ultima» della società nei confronti dei propri membri⁴⁴⁸ – richiederebbe spazi ben maggiori se non, probabilmente, una autonoma trattazione; ciò che tuttavia è interessante riportare sono i risultati di uno studio il quale ha preso in considerazione il rapporto tra *certiorari* e *death row petitions* al fine di verificare se la Corte suprema possa (decidere di) comportarsi, (quantomeno) con riferimento a tali ultime *petitions*, come «court of error and appeal», in modo quindi simile ad una corte di ultima istanza⁴⁴⁹.

La risposta fornita, al riguardo, è stata sostanzialmente negativa: in particolare, tenendo sempre in considerazione la scarsa disponibilità di risorse, una così drastica mutazione dei *duties* della Corte, a giudizio di Berlage, «would

⁴⁴⁶ Oltre al il fatto che, molto spesso, si tratta di ricorsi pretestuosi o inammissibili, tali *petitions* sono di norma redatte *pro se*, ciò che produce rilevanti conseguenze sul rilascio del *certiorari*: v., al riguardo, *supra*, par. 3.12.

⁴⁴⁷ D'altra parte, siffatta indagine richiederebbe l'analisi di tutti i *records* della causa, cosa impossibile in *conference*.

⁴⁴⁸ In giurisprudenza v., ad es., *Woodson v. North Carolina*, 428 U.S. 280, 305 (1975) («death is qualitatively different from imprisonment»); *Gardner v. Florida*, 430 U.S. 349, 357-58 (1976) («death is qualitatively different from other punishments»); *Beck v. Alabama*, 447 U.S. 625, 637-638 (1979) («death is constitutionally different from other punishments»); *Eddings v. Oklahoma*, 455 U.S. 104, 110 (1982) («death is profoundly different from all other penalties»); *California v. Ramos*, 103 S. Ct. 3446, 3451 (1983) («qualitative difference of death from all other punishments requires a correspondingly greater degree of scrutiny for capital sentences»); in dottrina, v. J. GREENBERG, *Capital Punishment as a system*, in 91 *Yale Law J.*, 1982, pp. 908, 923; M.G. RADIN, *Cruel Punishment and respect for persons: super due process for death*, in 53 *S. Cal. Law Rev.*, 1980, pp. 1143, 1162; I. ROBBINS, *Toward a more just and effective system of review in state death penalty cases*, in 40 *Am. Univ. Law Rev.*, 1990, p. 3 ss.; D. ROSENBERG & K. LEVY, *Capital Punishment: coming to grips with the dignity of man*, in 14 *Cal. W. Law Rev.*, 1978, pp. 275, 267; C. STEIKER & J. STEIKER, *Sober second thoughts: reflections on two decades of constitutional regulation of capital punishment*, in 109 *Harv. Law Rev.*, 1995, p. 355 ss.

⁴⁴⁹ D. BERLAGE, *Pleas of the condemned: should certiorari petitions form death row receive enhanced access to the Supreme Court?*, in 59 *N.Y.U. Law Rev.*, 1984, p. 1120 ss.

have catastrophic implications for the Court's workload»⁴⁵⁰: invero, considerato l'elevato numero di *petitions* che annualmente i *Justices* ricevono da parte dei detenuti in attesa dell'esecuzione della pena, essi vedrebbero quantomeno raddoppiato (se non di più) il numero di questioni da definire annualmente⁴⁵¹, con la conseguenza che una sola ipotesi di *mandatory jurisdiction* sarebbe idonea a vanificare, da sola, tutti gli sforzi di riduzione del *docket* tramite il *certiorari*.

Inoltre, sempre secondo la citata dottrina, per garantire la correttezza «oltre ogni ragionevole dubbio» delle sentenze impositive di *capital punishment*, non sarebbe necessario un ulteriore (ed ultimo) esame delle stesse da parte della Corte suprema essendo presenti, nell'ordinamento americano, alternative forme di controllo in grado di assicurare comunque la correttezza della decisione: il riferimento è, da una parte, ai meccanismi di appello previsti dagli Stati ove è prevista la pena capitale, i quali «grant capital convicts an automatic right of appeal»⁴⁵²; da altra parte, al *federal habeas corpus*, ovvero a quella forma *sui generis* di reclamo volta a contestare il «procedural posture of the case»: considerato che esso può essere utilizzato anche a seguito della proposizione dell'appello presso le corti statali, tale strumento si porrebbe come vero e proprio «third or fourth look» della sentenza medesima⁴⁵³.

⁴⁵⁰ In tal senso v. D. BERLAGE, *op. cit.*, p. 1136.

⁴⁵¹ In argomento v. altresì S. GILLERS, *Deciding who dies*, in 129 *Univ. Pa. Law Rev.*, 1980, p. 1 ss.

⁴⁵² D. BERLAGE, *op. cit.*, p. 1137; l'autore, pur rendendosi conto che la percentuale di «reversals» delle sentenze impugnate varia sensibilmente da Stato a Stato [ad es., «rates of reversal in Georgia, Florida, and Texas to be 5%, 12%, and 20%, respectively»], cionondimeno rimane convinto che «state appellate review is an important alternative to Supreme Court review of all death sentences».

⁴⁵³ D. BERLAGE, *op. cit.*, p. 1139, secondo cui «federal habeas courts may show less deference to the state prosecutor's decision to seek death and to the sentencer's decision to impose it than would a state court reviewing sentences from its own jurisdiction». Pertanto, «the existence of federal habeas relief, on balance, is a significant safeguard against erroneous executions and decisively negates the argument for an errors and appeals standard of Supreme Court review».

CAPITOLO IV

LA CORTE DI CASSAZIONE IN ITALIA
TRA RISPETTO DELLO *IUS CONSTITUTIONIS*
ED ESIGENZE DI TUTELA DELLO *IUS LITIGATORIS*

SOMMARIO: 4.1. La funzione «pubblica» della Corte. – 4.2. La funzione «privata» della Corte. – 4.3. La «crisi di identità» della Corte e la prevalenza della funzione di giudice di «terza istanza». – 4.4. L'inevitabile *overload* e la conseguente crisi della Cassazione. – 4.5. L'esigenza di razionalizzare il lavoro: il potenziamento del rito camerale. – 4.6. *Segue*: l'accresciuta necessità di un «filtro» all'accesso.

4.1. *La funzione «pubblica» della Corte*

Prima di analizzare il modello di selezione – ammesso che così possa venire definito – dei ricorsi adottato con la riforma del 2009 è necessario individuare il ruolo che la Corte di Cassazione è chiamata a svolgere nell'ordinamento italiano; va peraltro anticipato, a livello metodologico, che – trattandosi di tematica lungamente dibattuta nel panorama dottrinale italiano la quale necessiterebbe, di per sé sola, di separata ed autonoma trattazione – la successiva disamina non intende avere pretesa di esaustività ma soltanto tratteggiare le peculiarità e le criticità connesse alla nostra Corte di vertice per poter meglio comprendere la tipologia di «filtro» escogitata dal legislatore.

Come già a suo tempo ricordato, la «regola generale» vuole che là dove la Corte sia chiamata a svolgere una pubblica funzione, ovvero – in estrema sintesi – garantire una corretta e unitaria evoluzione del diritto nazionale, strumenti di selezione appaiono necessari per consentire alla medesima di concentrarsi sulle sole questioni idonee a contribuire ad una effettiva implementazione delle norme giuridiche su cui queste insistono; viceversa, ogniqualvolta alla Corte venga assegnata la funzione di giudice di «terza istanza» – c.d. funzione privata – la stessa idea di selezione mal si concilia con un giudice chiamato a verificare la correttezza della decisione impugnata¹.

¹ La distinzione si deve a J.A. JOLOWICZ, *General Report*, in P. YESSIOU-FALTSI (a cura di),

In realtà, almeno per ciò che concerne la nostra Corte suprema, il discorso risulta assai più complesso, risultando in un certo senso duplice (e a tratti antinomica) la funzione che ad essa viene ascrivita dalle diverse disposizioni che si occupano di disciplinare il suo funzionamento.

Procedendo con ordine, la norma di riferimento solitamente richiamata per individuare il ruolo svolto dalla Cassazione è l'art. 65, comma 1, ord. giud., secondo cui essa, «quale organo supremo di giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge»²; è riferendosi a questa disposizione che si parla, generalmente, di «nomofilachia», ad indicare che la funzione precipua della Corte sarebbe, più che di concentrarsi e risolvere il singolo caso concreto ad essa sottoposto, quella di garantire una corretta e coerente evoluzione del diritto nazionale³.

In particolare, il concetto di «nomofilachia» si presta ad essere esaminato nel suo duplice aspetto di «esatta osservanza», da un lato, e di «uniforme interpretazione della legge», da altro lato⁴.

Quanto alla prima, la funzione della Cassazione consisterebbe nel porsi quale interprete ultimo della legge, dovendo i giudici occuparsi, in via prioritaria, di

The Role of the Supreme Courts at the National and International Level, Sakkoulas Publications, Tessaonica, 1998. In argomento cfr., *supra*, cap. I, par. 1.2.

² Va ricordato che secondo parte della dottrina la nomofilachia troverebbe implicito riconoscimento anche nella Costituzione, e in particolare nell'art. 111, comma 1°, il quale – nel prevedere il «giusto processo regolato dalla legge» – postulerebbe l'esistenza di un organismo di vertice, posto all'apice del sistema delle impugnazioni, chiamato a garantire l'esatta e uniforme interpretazione della legge. In argomento cfr. G. GIACOBBE, *La Corte di cassazione e l'evoluzione democratica dell'ordinamento: profili civilistici*, in *La Corte di cassazione nell'ordinamento democratico, Atti del convegno tenutosi a Roma il 14 febbraio 1995*, Milano, 1996, p. 82 ss.

³ Sul concetto di nomofilachia e, più in generale, sulle funzioni esercitate dalla Corte di Cassazione v. gli studi classici di P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Giuffrè, Milano, 1920; E. FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, Giuffrè, Milano, 1960; più di recente cfr. altresì V. DENTI, *Sub art. 111*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1987; ID., *La giustizia civile, Lezioni introduttive*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 106 ss.; A. MAZZARELLA, *Analisi del giudizio civile di cassazione*, Cedam, Padova, 2003; A. PANZAROLA, *La Cassazione civile, giudice del merito*, Aracne, Roma, 2004; G.F. RICCI, *La Suprema corte tra funzione nomofilattica e tutela dello jus litigatoris. Il problema alla luce del controllo di motivazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 571 ss.; M. TARUFFO, *La Corte di Cassazione tra legittimità e merito*, in *Foro it.*, 1988, c. 237 ss.; ID., *La Corte di Cassazione e la legge*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 349 ss.; ID., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991; G. VERDE, *In difesa dello jus litigatoris (sulla Cassazione come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1 ss.

⁴ In realtà il concetto di «nomofilachia» dovrebbe predicarsi, anche per radice etimologica, alla sola funzione relativa all'«esatta osservanza della legge»; abbastanza inspiegabilmente esso è venuto delineando invece la seconda funzione identificata dall'art. 65, ovvero quella relativa all'«uniforme interpretazione della legge».

definirne gli esatti confini e la portata piuttosto che di indagare se questa sia stata correttamente applicata al singolo caso; detto in altri termini, la disamina della fattispecie concreta costituirebbe solamente l'«occasione» per la definizione di principi generali ed astratti, applicabili a una serie potenziale e indefinita di situazioni⁵.

Si tratta, a ben vedere, dell'idea sottostante all'elaborazione teorica di Calamandrei, il quale come noto postulava la sussistenza di un modello «puro» di Cassazione ove il ricorso «prescinde interamente dall'interesse delle parti» e la Corte, «più che risolvere secondo giustizia il caso, [avrebbe il compito di] suggerire per il futuro l'interpretazione teorica meglio corrispondente in astratto alla volontà del legislatore»⁶.

Assicurare che la legge venga interpretata secondo il significato più corretto, tuttavia, non è elemento sufficiente a garantire lo sviluppo e la coerenza del diritto qualora siffatta lettura non risulti altresì «uniforme»: in questo senso l'ulteriore parametro dell'«uniforme interpretazione» completa e rafforza l'idea di «nomofilachia», posto che esso si riferisce alla necessità che una determinata disposizione normativa venga applicata alla stessa maniera nelle diverse situazioni che in concreto possono a questa essere ricondotti; nel rapporto fra la norma e le fattispecie regolata, quindi, il significato attribuito alla *regula iuris* deve essere il più possibile costante⁷.

⁵ Cfr., al riguardo, M. TARUFFO, *La Corte di Cassazione e la legge*, cit., 355, ove afferma che la Corte dovrebbe «avere di mira l'individuazione del significato generale della norma più che la verifica dell'uso che ne è stato fatto nel singolo caso». Tuttavia, secondo l'A., interpretare la legge non significa identificare il significato «oggettivo» delle norme: una siffatta tesi – detta del c.d. «formalismo interpretativo» – non può essere accolta poiché, semplicemente, non è dato rivenire, in un determinato enunciato normativo, un significato «vero», *a priori*, che attende solo di essere «identificato» e «dichiarato». Piuttosto, interpretare la legge comporta una duplice fase: dapprima, identificare i significati possibili e, poi, decidere quale di essi adottare come valido. Interpretare, pertanto, non significa «scoprire» un significato «esatto» oggettivamente preesistente all'attività interpretativa, bensì ascrivere un significato all'enunciato normativo. E tale «ascrizione di significato» implica una scelta da parte dell'interprete, scelta che deve individuare il significato più adeguato della disposizione normativa; in argomento cfr., altresì, ID., *Le Corti supreme europee: accesso, filtri e selezione*, in *Le Corti supreme – Atti del convegno svoltosi a Perugia il 5-6 maggio 2000*, Milano, 2001, p. 96 ss.

⁶ Così P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 33 ss.

⁷ Come afferma M. TARUFFO, *La Corte di cassazione*, cit., p. 361, «l'uniformità è la costanza del significato 'proprio' di ogni norma in tutti i casi in cui essa viene applicata, mentre l'unità ne è la conseguenza, che la Cassazione realizza attuando la sua funzione istituzionale». A tale riguardo è appena il caso di rilevare che l'uniformità interpretativa presupporrebbe che, una volta decisa la questione, questa venga poi applicata sempre nel medesimo modo dalla giurisprudenza di merito ogniqualevolta questa sia chiamata ad applicare la medesima norma giuridica; in realtà siffatta conclusione mal si concilia con un ordinamento come il nostro ove il precedente, come noto, non ha valore vincolante e, pur non negandosi l'autorevolezza delle decisioni assunte dalla Cassazione, specie quando provengono dalle Sezioni unite ovvero quando si collocano in un filone ormai con-

Da quanto sin qui osservato emerge dunque una caratterizzazione eminentemente «pubblica» – orientata alla tutela dello *ius constitutionis* a scapito dello *ius litigatoris* – delle funzioni ascrivibili alla nostra Corte di vertice, la quale a sua volta risponde a differenti esigenze: da una parte essa si pone, all'evidenza, come ulteriore baluardo del più generale principio di eguaglianza sancito all'art. 3 Cost. dal momento che, nello stabilire una volta per tutte il significato di una norma e nel trattare casi simili al medesimo modo, la Corte assicura una parità di trattamento dei cittadini di fronte alla legge⁸. Ma non solo: altri principi parimenti rilevanti, quali la prevedibilità delle decisioni, l'efficienza del processo e, in ultima analisi, l'autorevolezza della Corte vengono in rilievo.

Invero, di fronte ad una produzione giurisprudenziale stabile e costante, da un lato le parti sarebbero messe nella condizioni di verificare, con una ragionevole probabilità e ancor prima di iniziare concretamente il giudizio, il modo in cui potrebbe concludersi la propria controversia, con ciò potendo valutare tempi e modi di una eventuale (e ulteriore) richiesta di tutela; da altro lato, i giudici inferiori avrebbero a disposizione una serie di principi «ben confezionati» e «pronti all'uso» che andrebbero quindi soltanto applicati alla fattispecie, permettendo così di risparmiare tempo ed energie per affrontare (o meglio declinare) le questioni nuove o che ancora attendono una risposta da parte della Suprema Corte; infine, una istituzione che risolva conflitti di interpretazione ed elabori regole chiare e definite contribuirebbe ad aumentare la tenuta dei propri precedenti nell'applicazione che di essi verrà effettuata dalla successiva giurisprudenza di merito.

La presenza di connotazioni «pubbliche» nei *duties* della Corte non è limitata alla sola fonte dell'Ordinamento Giudiziario, bensì emerge anche da numerose disposizioni del codice di rito dedicate al procedimento di cassazione: a tal proposito viene in rilievo, in primo luogo, l'art. 384 c.p.c. e il connesso potere di enunciare il principio di diritto che dovrà essere applicato dal giudice nel suc-

solidato e tralazio, tuttavia si è spesso assistito in passato all'assunzione, da parte della giurisprudenza, di posizioni contrastanti con i principi posti dalla Suprema Corte.

⁸ Al riguardo, già Calamandrei così si esprimeva: «siccome, nella frequente oscurità, frammentarietà e incompletezza delle norme, può accadere che l'interpretazione della stessa norma vari col variare dell'interprete, può darsi che la pratica applicazione della stessa norma da parte di giudici diversi valga in realtà come applicazione di norme diverse, e che, applicando a casi uguali diverse interpretazioni discordanti della stessa norma, si venga con ciò a violare quella esigenza dell'uguale trattamento giuridico di casi simili, che è il primo canone dell'uguaglianza di tutti i cittadini dinnanzi alla legge»: così P. CALAMANDREI, C. FURNO, voce *Cassazione civile*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1968, p. 1056; più di recente, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 2002, p. 504, ha affermato che la funzione nomofilattica della Corte «assume (...) un fondamentale rilievo costituzionale nella misura in cui è diretta ad attuare l'art. 3 Cost., posto che il principio di uguaglianza dei cittadini davanti alla legge in tanto può essere pienamente attuato, in quanto la legge sia interpretata in modo uniforme dai giudici che sono chiamati ad applicarla».

cessivo giudizio di rinvio, il quale costituisce forse lo strumento principale attraverso cui la Suprema Corte interviene per imprimere alle norme sottoposte alla propria attenzione una determinata e ben precisa connotazione.

Al riguardo, una delle ultime riforme del processo civile che si sono succedute negli ultimi anni – nella specie, quella avvenuta con d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 – ha indubbiamente potenziato la predetta facoltà, prevedendo che la Corte enunci il principio di diritto non più soltanto nei casi in cui l'impugnativa venga accolta per violazione di legge, ma in ogni altro caso in cui risolve una questione di diritto di particolare importanza, legittimando così l'operazione anche ove ciò risulti superfluo per la controversia medesima, come ad es. nei casi in cui la Corte rigetti il ricorso ma al contempo ritenga di dover meglio specificare la *regula iuris* alla base della vertenza.

Strettamente connesso con quanto appena esposto è poi l'art. 363 c.p.c. così come modificato dalla medesima riforma del 2006, il quale permette alla Corte di pronunciare il principio di diritto non soltanto – su richiesta del Procuratore generale – quando le parti non abbiano proposto ricorso nei termini di legge o vi abbiano rinunciato, ovvero quando il provvedimento non è ricorribile in cassazione, ma altresì d'ufficio, nei casi in cui il ricorso venga dichiarato inammissibile e la questione decisa sia al contempo ritenuta di particolare importanza.

Si tratta, anche in questo caso, di un potere orientato a fornire ai futuri litiganti una corretta interpretazione delle questioni giuridiche sottoposte all'attenzione della Corte, nella consapevolezza che si tratta di principi particolarmente rilevanti e suscettibili di numerose applicazioni: una facoltà quindi che trascende completamente l'interesse delle parti ad una «giusta» decisione, ma che intende soddisfare proprio quell'esigenza superiore all'«esatta osservanza» e all'«uniforme interpretazione» del diritto vigente.

Sempre nell'ambito delle disposizioni più spiccatamente orientate all'esercizio di funzioni «nomofilattiche» può ancora ricordarsi l'(anch'esso novellato) art. 374⁹ il quale, nel consentire alle Sezioni semplici di rimettere alle Sezioni Unite il ricorso loro assegnato ogniqualvolta non condividano il principio di diritto emesso da queste ultime, è preordinato non soltanto alla risoluzione e alla prevenzione di futuri contrasti tra le diverse Sezioni, ma anche ad un continuo perfezionamento delle *regulae iuris*, di nuovo in una prospettiva rivolta al futuro.

Più in generale, comunque, anche gli stessi motivi che legittimano il ricorso alla Corte enunciati all'art. 360, i quali come noto attengono alle sole questioni di diritto, così come la disposizione che prevede la necessaria partecipazione del Pubblico ministero alle udienze della Corte, costituiscono entrambe ulteriore indizio di quella prospettiva di più ampio respiro rispetto all'interesse particolare delle parti.

⁹ Disposizione anch'essa sostituita dall'art. 8, d.lgs. n. 40/2006.

4.2. La funzione «privata» della Corte

Se dunque la Corte di Cassazione, in virtù della sua posizione di vertice, svolge un ruolo di guida nei confronti della giurisprudenza inferiore, così avvicinandosi alla prospettiva, tipicamente di *common law*, che vede le Corti supreme collocarsi «al di fuori» del sistema delle impugnazioni tradizionalmente inteso come riesame nel merito del provvedimento censurato, ciò tuttavia non è sufficiente per esaurire il discorso e definirne correttamente la funzione svolta nel nostro ordinamento.

Invero, vi sono altri elementi che militano nel senso opposto, ovvero volti a caratterizzare la Suprema Corte come una istituzione che debba occuparsi anche della correttezza della sentenza impugnata, salvaguardando così l'interesse delle parti ad ottenere una «giusta» decisione.

Innanzitutto, è appena il caso di rilevare che la Corte di Cassazione, per espressa previsione normativa, si pone al vertice del sistema delle impugnazioni ordinarie, e dunque – verrebbe da dire – per sua natura essa viene considerata il naturale approdo di ogni contestazione, sebbene limitata ai motivi tassativamente indicati dall'art. 360 c.p.c.

Ma non solo: numerose sono le disposizioni normative che affidano alla Corte un compito difficilmente conciliabile con la nozione di nomofilachia tipicamente intesa. Il riferimento va in primo luogo alla garanzia costituzionale contenuta nell'art. 111, comma 7, Cost., a norma del quale il ricorso in cassazione è «sempre ammesso» per violazione di legge contro le sentenze e i provvedimenti limitativi della libertà personale: la disposizione regola il c.d. «ricorso straordinario», il quale si pone quale «norma di chiusura» del sistema delle impugnazioni, nel senso che «la definitività dei provvedimenti a contenuto decisorio richiede che contro di essi sia ammissibile 'almeno' il ricorso 'straordinario' in Cassazione»¹⁰.

Con tale norma si è inteso rafforzare il principio di effettività della tutela giurisdizionale, sancito dall'art. 24 Cost., andando così a colmare – sebbene attraverso uno strumento limitato ai soli profili di diritto – eventuali lacune del legislatore ordinario ove non abbia previsto alcuna forma di riesame di un determinato provvedimento¹¹: ciò tuttavia, da una parte, ha ingenerato nei litiganti la

¹⁰ Così V. DENTI, *L'art. 111 della Costituzione e la riforma della Cassazione*, in *Foro it.*, 1987, V, c. 229.

¹¹ Peraltro, siffatta norma, da un lato, ha avuto come diretta conseguenza quella di inibire *de facto* la possibilità di un più massiccio utilizzo, da parte del legislatore, dello strumento del gravame, il quale avrebbe consentito una tutela più efficace delle istanze di parte, avendo esso ad oggetto il merito della controversia; nonché, da altro lato, ha irrigidito il sistema, impedendo al medesimo legislatore di differenziare le forme di tutela tramite la previsione di provvedimenti dalla forma differente dalla sentenza: in argomento cfr. A. LA TORRE, *La Corte di Cassazione italiana all'inizio del 2000*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 109 s.

consapevolezza di poter sempre contare su di una ulteriore *chance* per poter ribaltare le sorti del proprio giudizio e, da altra parte, ha inciso significativamente sulla stessa efficacia delle decisioni rese dalla Corte nonché, nella prospettiva che qui interessa, sulle concrete prospettive di razionalizzare il ruolo della medesima.

Invero, nell'assicurare a tutti i cittadini un accesso incondizionato al sindacato della Corte, la disposizione costituzionale rappresenta evidentemente non solo un limite all'esercizio di quella funzione enunciata dall'art. 65 ord. giud. – decidere annualmente una media di 30.000 ricorsi (soltanto in sede civile) rende in effetti impossibile garantire quella uniformità nell'interpretazione delle norme di cui si è parlato – ma anche all'introduzione di qualsiasi meccanismo selettivo dei ricorsi.

A livello codicistico, inoltre, accanto alle esaminate disposizioni dirette a salvaguardare il ruolo «pubblico» della Corte ve ne sono altrettante che militano verso istanze di tutela del singolo caso: a tacere di quelle che individuano nella Corte il giudice ultimo della giurisdizione e della competenza, il riferimento va, ad es., al potere, riconosciuto alla Cassazione dall'art. 384 c.p.c., di decidere nel merito il ricorso quando non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto: se è vero che il principio risponde a evidenti ragioni di economia processuale, è altrettanto vero che in tal modo la Cassazione finisce per operare quale vera e propria corte di «terza istanza»¹².

Ancora, le numerose disposizioni che inibiscono la possibilità di appello avverso determinati provvedimenti, legittimando così la sola impugnazione di ultima istanza, unitamente alla facoltà riconosciuta alle parti di accordarsi per rivolgersi direttamente alla Corte di Cassazione avverso una sentenza pronunciata dal giudice di primo grado (c.d. ricorso *omisso medio*) completano il quadro, ingenerando nelle parti una legittima aspettativa di poter contare – sempre e comunque – su di un ulteriore grado di giudizio¹³.

In questa prospettiva l'idea di «nomofilachia», per come teoricamente intesa, «viene configurata come oggetto di un diritto individuale riferito ad un particolare provvedimento soggetto ad impugnazione, più che come un controllo diretto a

¹² Si parla, al riguardo, in dottrina di cassazione c.d. sostitutiva: in argomento cfr. C. CONSOLO, *Un codice di procedura civile «seminuovo»*, in *Giur. it.*, 1990, p. 440 ss.; cfr. altresì ID., *Sul «processo di cassazione in funzione di una decisione tendenzialmente sostitutiva pur se nomofilattica»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 297 ss.

¹³ Al riguardo non può non menzionarsi anche la recente riforma del giudizio di appello, operata con legge 7 agosto 2012, n. 134, la quale ha previsto una sorta di filtro alla disamina dell'impugnazione tale per cui il giudice di appello può liberarsi anticipatamente del gravame (in un'apposita udienza filtro), pronunciando ordinanza non impugnabile di inammissibilità, ogniquale volta questo non abbia una ragionevole probabilità di essere accolto (cfr. il nuovo art. 348 *bis* c.p.c.). In tali situazioni si assiste ad una sorte di reviviscenza della sentenza di primo grado, la quale potrà essere successivamente impugnata innanzi la Suprema Corte. È evidente come, specialmente in questi casi, l'impugnazione di ultima istanza diviene, agli occhi dei ricorrenti, l'unico (oltre che l'ultimo) strumento utile per far valere – sebbene *sub specie* dei motivi tassativamente ammessi – le diverse doglianze non debitamente considerate dai precedenti giudici di merito.

salvaguardare l'integrità della norma di legge», così inevitabilmente «degradando» verso qualcosa di ontologicamente differente¹⁴: ciò che, in sostanza, assume rilevanza non è tanto la violazione della regola di diritto in sé considerata, quanto la lesione di una specifica situazione soggettiva individuale, e la precisazione di un determinato principio costituisce solo l'«occasione», il mezzo per ristabilire la «giustizia» della decisione.

4.3. La «crisi di identità» della Corte e la prevalenza della funzione di giudice di «terza istanza»

La Cassazione, come osservato, compenetra in sé due differenti funzioni, difficilmente conciliabili tra loro, l'una tendente alla salvaguardia dell'interesse pubblico alla «corretta» interpretazione delle norme e l'altra volta a soddisfare le parti e la loro aspirazione a pervenire ad una «corretta» decisione: non è un caso che, al riguardo, la dottrina abbia parlato di «crisi di identità» della Corte, proprio a sottolineare l'oscillazione che essa ha da sempre registrato tra il modello di «Corte suprema» e quello della «terza istanza»¹⁵.

In realtà, negli ultimi anni si è assistito ad una decisa prevalenza della seconda attività, avendo la Corte progressivamente privilegiato criteri di giustizia delle singole fattispecie piuttosto che la formulazione di canoni generali ed uniformi per l'esatta interpretazione della legge¹⁶: essa, per utilizzare le parole della dottrina, ha trasformato il proprio ruolo in quello di «terzo giudice della giustizia del caso concreto»¹⁷.

¹⁴ Così M. TARUFFO, *La Corte di Cassazione tra legittimità e merito*, cit., p. 238; cfr., altresì, V. DENTI, *Sub art. 111*, cit., p. 26 s., secondo cui «se si riduce il ricorso ad una garanzia generalizzata di impugnazione che surroga un secondo grado di giudizio», gli scopi del ricorso per cassazione, ovvero «nomofilachia ed uniformità della giurisprudenza», «vengono vanificati e si cade inevitabilmente nella tentazione di allargare gli spazi del controllo in omaggio ad una giustizia sostanziale». Alcuni autori hanno al riguardo parlato di funzione nomofilattica «minore» o «in senso attenuato», proprio a significare che la «esatta interpretazione» cui deve mirare la Corte nella sua attività attiene in realtà alla ricerca della giustizia di ogni singola decisione. In argomento cfr. G. VERDE, *In difesa dello jus litigatoris*, cit., p. 19; G.F. RICCI, *La Suprema corte tra funzione nomofilattica e tutela dello jus litigatoris*, cit., p. 578.

¹⁵ Così M. TARUFFO, *Funzioni e problemi attuali della Corte di cassazione*, in ID., *Il vertice ambiguo*, cit., p. 158. Cfr., altresì, A. CRISCUOLO, *Provvedimenti ricorribili. Il ricorso nell'interesse della legge*, in G. IANNIRUBERTO-U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 164, il quale parla di «duplicità di ruoli» e affida la legislazione «il non agevole compito» di armonizzare tale duplice attività, tenendo conto della «tradizione storica» dell'ordinamento processuale e delle «finalità di garanzia» che la Costituzione affida alla Corte.

¹⁶ Cfr. V. DENTI, *Le riforme della Cassazione Civile: qualche ipotesi di lavoro*, in *Foro it.*, 1988, V, c. 20; D. MALTESE, *Problemi attuali e prospettive di riforma del processo civile di Cassazione*, in *Foro it.*, 1988, V, c. 7.

¹⁷ Così M. TARUFFO, *La corte di cassazione*, cit., p. 239.

La tendenza appena espressa va imputata a molteplici fattori che in questa sede non è possibile analizzare se non in modo approssimativo, tuttavia almeno due di essi meritano specifica attenzione: a tacer della prevalenza, nel sistema delle fonti, dell'art. 111, comma 7, Cost. sulle tutte le altre disposizioni che regolano (o tentano di limitare) l'accesso alla Suprema Corte, il riferimento va anzitutto al più volte rimaneggiato ambito di operatività del ricorso straordinario.

Invero va ricordato che, sebbene la Cassazione avesse inizialmente fornito una lettura particolarmente ampia di tale impugnazione così da sussumere, al di sotto del parametro «violazione di legge», tutti i motivi di ricorso elencati nel primo comma dell'art. 360 c.p.c.¹⁸, nonché da ricondurre, all'interno della nozione di «sentenze» tutti quei provvedimenti, a contenuto decisorio, che abbiano in qualsiasi modo deciso o inciso su un diritto soggettivo del ricorrente¹⁹, successivamente la stessa Corte, forse resasi conto delle notevoli ripercussioni sul carico di lavoro, aveva iniziato ad adottare un certo *self-restraint* nel trattare il ricorso straordinario, escludendo che potesse essere per tale via fatto valere (anche) il vizio di motivazione, a meno che non si fosse tradotto nella carenza assoluta di motivazione ovvero in una sua palese illogicità o incomprensibilità²⁰.

Sul punto tuttavia è intervenuto l'art. 2, d.lgs. n. 40/2006, il quale ha inserito un nuovo ultimo comma all'art. 360 che, come noto, consente il ricorso straordinario per tutti i motivi di cui al primo comma, così di fatto equiparando le due figure di impugnazione: evidentemente, l'adozione di siffatta prospettiva ha esteso in modo assai rilevante l'ambito del sindacato della Corte, rendendo il relativo controllo – vuoi per tramite del ricorso ordinario, vuoi per quello straordinario – di tipo «onnicomprendente»²¹.

¹⁸ A tal proposito, la Risoluzione sulla «Bozza Brancaccio-Sgroi» di provvedimento urgente sul giudizio di Cassazione elaborata dal C.S.M., consultabile in *Foro it.*, 1990, V, c. 263 ss., aveva affermato che «la norma costituzionale [art. 111] (...) ha subito, nella giurisprudenza della Cassazione stessa, una decisa curvatura in termini di garanzia soggettiva e di tutela dello *ius litigatoris*, come soprattutto dimostra l'estensione della violazione di legge, prevista dalla norma costituzionale, a tutti i motivi di cui all'art. 360 del codice, ivi compreso il n. 5, che è un vero e proprio cuneo verso lo *ius litigatoris* e addirittura verso il fatto»; in giurisprudenza, cfr. Cass. 17 aprile 1981, n. 2329; Cass. 19 febbraio 1999, n. 1413.

¹⁹ Cfr. Cass., Sez. un., 30 luglio 1953, n. 2593, in *Foro it.*, 1953, I, c. 1240 ss., ove si afferma, *inter alia*, che «a seguito della entrata in vigore dell'art. 111 Cost., tutti provvedimenti decisorii, ancorché siano dichiarati sentenze non impugnabili o siano definiti ordinanze dalle leggi anteriori, sono impugnabili alla Cassazione per violazione di legge».

²⁰ Tale orientamento è stato inaugurato con la pronuncia della Corte, a Sezioni unite, 5 maggio 1992, n. 5888 e successivamente ribadito, *inter alia*, da Cass. 7 luglio 2003, n. 10683; Cass. 16 luglio 2005, n. 15101; Cass. 28 agosto 2006, n. 18627. In dottrina cfr. M. BOVE, *Il sindacato della Corte di Cassazione – Contenuto e limiti*, Giuffrè, Milano, 1993, 238 p. ss.; M. DE CRISTOFARO, *Ricorso straordinario per cassazione e vizio di motivazione*, in *Studium iuris*, 1997, p. 297 ss.; A. MAZZARELLA, *op. cit.*, p. 41 ss.; R. TISCINI, *Il ricorso straordinario in Cassazione*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 65 ss.

²¹ In tal senso cfr. M. TARUFFO, *L'incerta trasformazione della Corte di cassazione italiana*, in C.

La disposizione ha da subito suscitato numerose perplessità nella dottrina, preoccupata dal modo in cui potesse coordinarsi l'esigenza di rafforzare la funzione nomofilattica con la generalizzazione del ricorso straordinario: in effetti, l'unico risultato che nell'immediato è stato riscontrato, lungi dall'assicurare esattezza e uniformità nell'interpretazione, ha riguardato l'incremento esponenziale del numero dei ricorsi che (attendevano e) attendono una definizione²².

In secondo luogo, non può non esser menzionato il modo in cui sono state negli anni utilizzate e gestite le impugnative per vizio di motivazione: invero da una parte è nota la tendenza dei ricorrenti a scorgere nel motivo *ex art.* 360 n. 5 la possibilità di ottenere un nuovo riesame nel merito della controversia, contribuendo dunque a cristallizzare l'idea di un ulteriore grado di giudizio a disposizione (non è un caso che, nell'economia dei ricorsi annualmente depositati, la maggior parte di essi contesti proprio l'erronea valutazione dei fatti della causa).

Ma anche la Corte, dal canto suo, e nonostante abbia a più riprese ribadito che ad essa non spetti il controllo sui fatti ma unicamente l'esame del ragionamento compiuto dal giudice del merito²³, ha spesso travalicato i limiti del proprio sindacato, finendo per verificare – giusta l'indeterminatezza della norma che parla[va] di «omessa, insufficiente, contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio» – anche il modo con il quale il giudice di merito ha interpretato e deciso i fatti della causa²⁴.

A nulla è valso l'intervento normativo del 2006, il quale – nel tentare di limitare un utilizzo improprio dell'impugnativa in esame – ha stabilito che il vizio avrebbe dovuto riguardare non più il «punto», bensì il «fatto» decisivo, e che tale

BESSO, S. CHIARLONI (a cura di), *Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, p. 126.

²² In tal senso cfr. S. CHIARLONI, *Prime riflessioni su recenti proposte di riforma del giudizio di cassazione*, in *Giur. it.*, 2003, p. 819; E. SILVESTRI, sub *art.* 360, in F. CARPI, M. TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, Cedam, Padova, 2012; M. TARUFFO, *Una riforma della cassazione civile?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 755; A. TEDOLDI, *La nuova disciplina del procedimento di cassazione: esegesi e spunti*, in *Giur. it.*, 2006, p. 2008; *contra* v. R. TISCINI, *Gli effetti della riforma del giudizio di cassazione sul ricorso straordinario ex art. 111, comma 7, Cost.*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1597; G. MONTELEONE, *Il nuovo volto della cassazione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 958.

²³ *Ex multis* cfr. Cass., Sez. un., 25 ottobre 2013, n. 24148; Cass. 28 marzo 2012, n. 5024; Cass. 17 giugno 2011, n. 13327; Cass. 23 dicembre 2009, n. 27162; Cass. 17 giugno 2009, n. 14086; Cass. 6 marzo 2008, n. 6064; Cass. 10 novembre 2004, n. 21377.

²⁴ Al riguardo cfr. M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 127, secondo il quale «emerge in modo abbastanza chiaro una sorta di irresistibile tendenza della Corte ad interpretare il proprio ruolo come orientato alla finale formulazione di una decisione di merito sull'intera controversia, e sulle circostanze specifiche di ogni singola situazione che viene sottoposta al suo giudizio, piuttosto che limitato – per così dire – alla verifica della esatta interpretazione e applicazione della legge». In senso parzialmente contrario v. però G. VERDE, *In difesa dello ius litigatoris*, cit., p. 6 ss.

fatto avrebbe dovuto essere altresì «controverso»: la prevalente dottrina ha infatti ridimensionato la portata innovativa della riforma affermando che, sebbene il legislatore abbia voluto in qualche modo ricondurre l'applicazione della norma ad un profilo di stretto diritto, tuttavia «i fatti sono introdotti nel processo attraverso proposizioni fattuali rilevanti e (...) sono rilevanti nella misura in cui sono suscettibili di essere predicati in termini giuridici», così come il riferimento ai fatti non controversi nulla aggiungerebbe al *modus operandi* della Corte, la quale avrebbe già dovuto tener conto, in sede di decisione, del principio di non contestazione²⁵.

4.4. *L'inevitabile overload e la conseguente crisi della Cassazione*

Se, dunque, la Corte nel corso degli anni ha inteso porsi più come giudice «di terza istanza» che come garante della corretta e uniforme interpretazione della legge, ciò ha nondimeno creato numerosi e rilevanti inconvenienti che, unitamente a fattori esterni alla Corte e al suo funzionamento²⁶, possono a buon diritto essere considerati le concause della crisi che attualmente (e da più di un decennio ormai) investe la Cassazione italiana.

²⁵ In tal senso cfr. G. VERDE, *In difesa dello ius litigatoris*, cit., p. 5; in argomento cfr. altresì A. TEDOLDI, *La delega sul procedimento in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 933, secondo cui il riferimento ad un fatto controverso sarebbe troppo generico e la riforma, in ultima analisi, avrebbe operato «un intervento di 'microchirurgia' sul n. 5 dell'art. 360 c.p.c., incapace di intaccare la patogenesi dei ricorsi promossi dinanzi alla Corte per censurare il giudizio di fatto, che tendono a trasformare il mezzo in una 'terza istanza'». Per una sommaria disamina dell'ulteriore modifica, operata con l. n. 134/2012, all'articolo in esame cfr., *infra*, par. 5.17. Peraltro, sulla situazione testé descritta è destinata ad incidere la predetta legge di riforma del processo civile, la quale ha introdotto il principio della c.d. doppia conforme, sulla cui base qualora l'inammissibilità dell'appello dovesse basarsi sulle stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto, poste a fondamento della decisione impugnata (nonché qualora la sentenza di appello abbia confermato la decisione di primo grado), il ricorso per cassazione non potrà essere proposto per vizio di motivazione. In argomento cfr. M. BOVE, *La pronuncia di inammissibilità dell'appello ai sensi degli art. 348 bis e 348 ter c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 389 ss.; R. CAPONI, *Contro il nuovo filtro in appello e per un filtro in cassazione nel processo civile*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 1539 ss.; A. TEDOLDI, *Il maleficio del filtro in appello* in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 751 s.

²⁶ Tali fattori «esterni» sono così stati identificati dal Primo Presidente della Corte nella Relazione annuale sullo stato della giustizia nell'anno 2008, consultabile al sito www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_anno_giudiziario_2008.pdf, p. 33 ss.: (1) irrazionale distribuzione delle sedi giudiziarie, «che sfugge ai più elementari principi di buona organizzazione degli uffici pubblici»; (2) scarsità delle risorse ed eccessiva «burocratizzazione» nell'utilizzo delle stesse, «che spesso non consente di svolgere le pur minime e necessarie funzioni strumentali, né di premiare il personale più meritevole»; (3) modalità di accesso al sistema della giustizia che non prevedono alcun «meccanismo di 'filtro' alla rilevanza e alla qualità delle controversie che possono essere portate dinanzi al giudice»; (4) abuso del processo, «per il raggiungimento di scopi diversi dalla soluzione della lite o per conseguire vantaggi economici»; (5) eccessivo numero di avvocati.

Innanzitutto, l'«ipertrofia» decisionale limita fortemente l'operatività della singola pronuncia essendo, nella maggior parte dei casi, impossibile estendere il criterio di decisione al di là del singolo caso cui esso si riferisce. È ben vero che, in sede di massimazione, si possano formulare enunciazioni di carattere più generale ma v'è il rischio, oltre che di scambiare un *obiter dictum* per *ratio decidendi*, di elaborare principi talmente astratti da non aver più nulla a che vedere con il criterio reale adottato per la decisione²⁷.

In secondo luogo, la maggior specificità delle decisioni, unita all'impossibilità di servirsi del principio elaborato per diverse situazioni, fa della Cassazione un sistema «entropico» ove essa, in relazione al continuo aumento della litigiosità, è chiamata in misura sempre maggiore a pronunciarsi su questioni anche più volte trattate, il tutto in un panorama in cui da tempo non è più in grado di assicurare la decisione nell'arco del medesimo anno in cui il ricorso viene depositato.

In terzo luogo, una maggior produzione giurisprudenziale comporta, di per sé, l'eventualità (se non la certezza) di molteplici interpretazioni sui medesimi principi, nonché di contrasti tra le diverse Sezioni, il tutto con buona pace per l'«uniforme interpretazione» della legge prevista dall'art. 65 ord. giud.: garantire l'armonizzazione di migliaia di sentenze all'anno, e di queste con le altrettante degli anni precedenti è certamente impresa irrealizzabile.

A ciò si aggiunga che una tale «confusione» è destinata a produrre importanti ricadute anche sulla giurisdizione di merito, la quale rischia di rimanere disorientata rispetto ai mutevoli principi posti dalla Corte con la conseguenza, quindi, di aumentare ulteriormente la contraddittorietà delle decisioni e, in ultima analisi, la litigiosità dei ricorrenti.

Last but not least, si pone con sempre maggior urgenza un problema di sovraccarico di lavoro all'interno dell'organo di vertice, chiamato ormai a confrontarsi con un numero di ricorsi (e di questioni) divenuto francamente ingestibile.

Al riguardo, sebbene lo scorso anno venisse rilevata una timida controtendenza dei dati – in effetti, nell'anno 2013, i procedimenti civili definiti sono stati 30.167, con un aumento del 20,6% rispetto al 2012; a ciò si aggiungeva altresì la diminuzione dei procedimenti pendenti dell'1,1% (29.094 limitatamente al settore civile) rispetto all'anno precedente²⁸ – tuttavia nel 2014 i (pure minimi) van-

²⁷ Sui rischi di una non corretta massimazione cfr. G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, Giappichelli, Torino 2013, p. 36 ss.

²⁸ Cfr. i dati contenuti nella Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2013 del Presidente della Corte di cassazione, consultabile al sito www.cortedicassazione.it/Documenti/Relazione_anno_giudiziario_2013.pdf, p. 58 ss. Tuttavia le medesime statistiche avevano nel contempo messo in luce, da un lato, un aumento della durata media del processo innanzi la Corte, che passava da 32,5 mesi a 42,5 e, da altro lato, che la diminuzione dei procedimenti non appariva omogenea tra le diverse Sezioni. Se a ciò si aggiungeva poi che la media dei procedimenti definiti da ciascun consigliere veniva individuata in 240 ricorsi ci si rendeva facilmente conto che si trattava pur sempre di numeri difficilmente conciliabili con i *duties* di una Corte di vertice; anche am-

taggi correlati ad una diminuzione del *workload* paiono essersi vanificati posto che si è assistito, da una parte, all'aumento nel numero di ricorsi iscritti (30.303 – più 4,2% rispetto al 2013) e, da altra parte, a una diminuzione nel numero di quelli definiti (meno 6,5%); la combinazione di questi dati con l'arretrato ancora pendente ha quindi portato all'esorbitante numero di 101.778 ricorsi che, a fine anno, attendevano (e attendono) una definizione nel merito²⁹.

La situazione appena descritta, certamente non più «fisiologica», si fa ancor più definita (se ce ne fosse ancora bisogno) nell'accostare quanto accade da noi con le omologhe Corti supreme straniere: senza guardare alla radicale esperienza americana analizzata nei precedenti capitoli, ove la Corte decide in media circa 80-90 ricorsi all'anno, rifiutando di occuparsi delle diverse rimanenti migliaia che le vengono presentati, già il semplice confronto con il panorama europeo mette in luce tutta la peculiarità della nostra Corte, vero e proprio «monstrum cui un giurista straniero fatica a comprendere l'esistenza»³⁰.

Invero, generalmente in ogni ordinamento sono previsti determinati meccanismi volti a limitare l'accesso alla propria Corte di ultima istanza, basati sull'importanza delle questione presentata, ovvero su particolari modalità procedurali le quali prevedono differenti percorsi in relazione alla tipologia di impugnazione di volta in volta rimessa alla valutazione della Corte³¹. Ci si soffermerà altrove su talune specificità degli ordinamenti continentali; per ora basti ricordare che in Spagna, ad es., tramite un sistema basato, da un lato, sul valore economico del ricorso e, da altro lato, sulla sussistenza di un preciso *interés casacional*, allo scopo di valorizzare la funzione nomofilattica del *Supremo Tribunal*, quest'ultimo riesce

messo, infatti, che una percentuale di questi ricorsi riguardasse decisioni estremamente semplici di inammissibilità, improcedibilità, manifesta infondatezza o fondatezza, rimaneva pur sempre il fatto che ciascun consigliere avrebbe dovuto occuparsi di redigere circa una decisione ogni due giorni, sacrificando così necessariamente il tempo necessario all'approfondimento e alla disamina individuale delle singole fattispecie.

²⁹ Cfr. i dati contenuti nella Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2014 del Presidente della Corte di cassazione, consultabile al sito www.cortedicassazione.it/Documenti/Relazione_anno_giudiziario_2014.pdf, p. 60 ss., ove si sottolinea altresì un ulteriore aumento della durata media dei procedimenti, che passa da 42,5 mesi a 44.

³⁰ Così M. TARUFFO, *Una riforma della Cassazione civile?*, cit., p. 756; cfr., altresì, V. DENTI, *Le riforme della Cassazione civile*, cit., p. 23, secondo cui «ciò che va osservato, alla luce dell'esperienza comparatistica, è che non esiste sistema nel quale il ricorso per cassazione, o il suo equivalente, non sia sottoposto a limitazioni o a forme di selezione».

³¹ In parte differente è invece il caso dell'Inghilterra, ordinamento che presenta molte similitudini con quello statunitense, ove in passato la *House of Lords* e oggi la *Supreme Court of the United Kingdom*, tramite il sistema del *leave* (peraltro già presente nelle impugnazioni dei gradi precedenti) esamina annualmente un numero estremamente esiguo di casi (in media, circa un centinaio). Al riguardo cfr. N. ANDREWS, *The United Kingdom Supreme Court: a final appellate court created in haste and without manifest need*, in C. BESSO, S. CHIARLONI (a cura di), *op. cit.*, 107 ss.; ID., *On civil processes*, I, Intersentia, Cambridge, 2013.

a sopperire adeguatamente al proprio compito; in Francia, all'interno di ciascuna *Chambre* della Corte sono costituite apposite *Formations restreintes* con il compito di esaminare preventivamente i ricorsi al fine di espungere quelli inammissibili, manifestamente infondati e di decidere nel merito quelli che pongono questioni di facile soluzione; infine, in Germania il sistema di accesso alla Corte è di tipo «misto», ovvero caratterizzato sia da una preventiva autorizzazione all'impugnazione rilasciata dalla Corte d'appello o, in caso di diniego, dalla stessa Suprema Corte, sia dal fatto che la questione presentata deve essere di «fondamentale importanza» o la cui decisione sia necessaria «per garantire l'evoluzione del diritto o la salvaguardia di una giurisprudenza consolidata»³².

4.5. *L'esigenza di razionalizzare il lavoro: il potenziamento del rito camerale*

Nonostante i numeri, da ultimo certificati dal Primo Presidente della Corte nella relazione sull'amministrazione della giustizia dell'anno 2014, abbiano mostrato il perpetuarsi di una situazione difficilmente gestibile per una Corte che intende svolgere appieno il suo ruolo – il quale, a giudizio dello scrivente, deve in qualche modo distinguersi, per qualità e quantità, da quello dei giudici inferiori – va dato atto al legislatore (ma anche, come si vedrà, alla medesima Corte) di aver almeno tentato, nel corso degli anni, di individuare determinati strumenti volti a semplificare le procedure e rendere più efficiente il lavoro.

In particolare, due sono state le direttrici seguite: la prima, più volte sperimentata in passato, ha inteso estendere il più possibile l'utilizzo, in luogo di quello ordinario, del procedimento in camera di consiglio, caratterizzato da meccanismi più snelli oltre che, come ricorda la stessa denominazione, dalla non necessità di pubblica udienza; la seconda, sovente sollecitata da parte della dottrina, solo di recente ha incominciato ad essere considerata, sebbene indirettamente e con molteplici cautele, ovvero la necessità di introdurre, nel procedimento di Cassazione, alcuni strumenti che consentano un certo «filtro» delle diverse questioni sottoposte tale da riservare alla cognizione «piena» soltanto quelle effettivamente meritevoli, alla luce di determinati parametri, di un ulteriore e più approfondito riesame.

Incominciando dalla prima, va ricordato che inizialmente il procedimento camerale non era applicabile al giudizio di Cassazione; soltanto con l'approvazione del codice di rito del 1940 venne in parte recepita la proposta formulata da Mortara nel suo progetto di codice di procedura³³, prevedendosi all'art. 375

³² Al riguardo cfr., *infra*, cap. VI, par. 6.2-6.4.

³³ Cfr. l'art. 284 del progetto ove si afferma che «la Corte di cassazione delibera in camera di consiglio quanto, su proposta del procuratore generale o del relatore, debba essere pronunciata la inammissibilità del ricorso principale e dell'incidentale, o la perenzione»; in argomento cfr. M.

che la Corte, a sezione semplice, su istanza del p.m. o d'ufficio avrebbe potuto pronunciare in camera di consiglio nei casi in cui avesse dovuto dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale o incidentale, rigettarli per mancanza dei motivi, ovvero ordinare l'integrazione del contraddittorio o la notificazione *ex art.* 332 c.p.c. o, ancora, l'estinzione del processo per rinuncia.

Tuttavia per lungo tempo, e fors'anche per una certa diffidenza verso un procedimento che non garantiva non solo la pubblicità, ma anche un effettivo contraddittorio tra le parti³⁴, lo strumento in esame venne poco considerato; non bastarono neppure gli interventi successivi – nella specie la riforma del 1990³⁵ – a invertire questa tendenza, e ciò nonostante il carico di lavoro della Corte stesse incominciando già allora ad assumere dimensioni ragguardevoli.

Ad invertire il *trend*, più ancora che l'attribuzione alla Corte della possibilità di decidere nel merito in camera di consiglio i ricorsi manifestamente fondati o infondati, avvenuta ad opera della legge n. 89/2001, ci pensò la stessa Cassazione che nel 2005, al fine soprattutto di aggredire l'arretrato, su proposta del Primo Presidente di allora Nicola Marvulli, d'intesa con il Presidente aggiunto Vincenzo Carbone, istituì la c.d. «Struttura unificata» per l'esame preliminare di tutti i ricorsi al fine di individuare quelli che presentavano o difetti tali da dover essere dichiarati inammissibili o improcedibili, oppure che potevano essere immediatamente definiti nel merito, essendo la relativa soluzione «manifesta».

In particolare, il decreto istitutivo aveva previsto, da una parte, che ciascuna Sezione disponesse, all'interno della «Struttura», di un numero di magistrati necessario per la formazione di un collegio giudicante (dunque un Presidente e quattro consiglieri) e che alla stessa fossero altresì assegnati venti magistrati afferenti all'Ufficio del massimario; da altra parte, che – una volta depositato il ricorso ed esauriti tutti i conseguenti adempimenti e decorsi i termini per la presentazione dei ricorsi incidentali e dei controricorsi – gli atti avrebbero dovuto essere trasmessi alla «Struttura»; da altra parte, ancora, che, individuata la Sezione compe-

TARUFFO, *Lodovico Mortara e il progetto di riforma del c.p.c. (1923)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 241 ss.

³⁴ In effetti, inizialmente le parti non erano ammesse alla discussione orale di fronte al collegio.

³⁵ Al riguardo, la legge n. 353/1990 introdusse la possibilità di decisione in camera di consiglio anche per le Sezioni unite, nonché attribuì alla Corte il potere di rimettere il ricorso alla pubblica udienza nei casi in cui si avvedesse che non ricorrevano i presupposti per la pronuncia camerale. La riforma recepì, ma solo parzialmente, il progetto Brancaccio-Sgroi di riforma del c.p.c. del 1988, consultabile in *Doc. giust.*, 1988, nn. 7-8, il quale, all'art. 10, ridisegnava il rito camerale affidando alla Corte, oltre che la possibilità di utilizzo anche per i ricorsi assegnati alle Sezioni unite, pure la facoltà di decidere nel merito i ricorsi nei casi di manifesta infondatezza o fondatezza degli stessi. Non trovò altrettanta fortuna, invece, il c.d. progetto Rognoni, in *Foro it.*, 1987, c. 123 ss., elaborato l'anno precedente il quale, adottando una prospettiva indubbiamente più radicale, intendeva «dirottare» verso la decisione camerale tutti i ricorsi, fatta salva la facoltà del Primo presidente di disporre il rinvio a pubblica udienza qualora la questione di diritto presentava caratteri tali da meritare una disamina più approfondita.

tente, il relatore designato dal Presidente avrebbe dovuto accertare, attraverso un esame preliminare, se fosse possibile definire il ricorso nelle forme previste dall'art. 375 c.p.c. e, non appena raggiunta la quota di almeno quaranta impugnazioni da trattarsi in camera di consiglio, avrebbe dovuto esser cura dello stesso Presidente fissare, d'intesa con il titolare della Sezione competente, la camera di consiglio per la definizione dei ricorsi seriali dinanzi al collegio (il quale sarebbe stato composto esclusivamente da magistrati della sezione facenti parte della «struttura unificata»); infine, che tutti gli altri ricorsi – i quali non potevano essere definiti con rito camerale – avrebbero dovuto essere trasmessi alla Sezione competente, ma non prima che i magistrati del Massimario avessero provveduto alla loro classificazione – tramite l'individuazione delle questioni giuridiche prospettate, unitamente ad ogni altra possibile indicazione utile a prevenire contrastanti decisioni sulla medesima questione giuridica – così da semplificare il lavoro della Sezione semplice³⁶.

La razionalizzazione ideata dalla Corte, dopo un fisiologico periodo di rodaggio, incominciò a produrre i risultati sperati, se è vero che nel 2008, per la prima volta, lo scarto tra procedimenti definiti e ricorsi presentati si invertì, riportando così il bilancio «in attivo»³⁷; a ciò contribuì, in un certo modo, anche la riforma del 2006 la quale non solo estese la decisione camerale ai casi di mancanza del c.d. quesito di diritto³⁸, ma ridisegnò altresì la configurazione generale del procedimento le cui fattezze sono oggi sostanzialmente le medesime seguite dalla nuova «Sezione-filtro» – organo che ha sostituito, nell'attività di *screening* dei ricorsi da definire in camera di consiglio, la precedente «Struttura unificata»³⁹ –.

4.6. Segue: l'accresciuta necessità di un «filtro» all'accesso

Se l'utilizzo del rito camerale è stato a lungo ritenuto – nella prospettiva (economico-processuale) di una migliore gestione degli strumenti già a disposizione delle corti – il modo più efficiente per cercare di rispondere in modo adeguato alla crescente domanda di giustizia rivolta al vertice della giurisdizione, ciò tuttavia non esaurisce il discorso sugli strumenti *lato sensu* deflattivi adoperati o anche solo ipotizzati per risolvere il problema dell'*overload*.

³⁶ Cfr., al riguardo, *Istituzione di una «struttura unificata» per l'esame preliminare dei ricorsi in materia civile e commerciale (decreto del primo presidente della Corte di cassazione del 9 maggio 2005)*, in *Foro it.*, 2005, c. 2323 ss.

³⁷ Cfr. i dati contenuti nella Relazione sullo stato della giustizia nell'anno 2008, cit.

³⁸ Su cui v., *infra*, par. 4.6.

³⁹ Sulle differenze tra «Struttura unificata» e «Sezione-filtro» cfr., *infra*, par. 5.12.

Invero, già Mauro Cappelletti, nel suo famoso «parere iconoclastico», postulava la trasformazione delle Corti di appello in sezioni distaccate della Cassazione la quale, dal canto suo, avrebbe dovuto occuparsi solo delle questioni più rilevanti, facendo così proprio quel modello di selezione discrezionale dei ricorsi che si è analizzato trattando della Corte suprema statunitense e del *writ of certiorari*⁴⁰.

L'idea (della necessità) di un «filtro» all'accesso – il quale permetta ad una Corte suprema di scegliere «se decidere» e di poter svolgere appieno la propria funzione pubblica – non è quindi nuova neppure nel panorama italiano, sebbene non abbia mai trovato un riscontro diretto nelle diverse riforme del codice che si sono nel tempo succedute.

Ciò è dipeso da molteplici fattori tra i quali il fatto, non revocabile in dubbio, che il nostro ordinamento – nell'attribuire a tutti i cittadini il diritto costituzionale di rivolgersi alla Corte di Cassazione e al suo sindacato – ha compiuto una scelta diversa, certamente non compatibile con l'idea di una selezione dei casi per di più discrezionale; ma, più in generale, non può non menzionarsi quell'aura di sacralità che ha da sempre permeato il ricorso di ultima istanza, considerato – a ragione o a torto – uno strumento imprescindibile di tutela soggettiva individuale.

Eppure almeno un tentativo in questa direzione era stato compiuto, verso la fine degli anni '90, con la formazione di un'apposita «Commissione Bicamerale», istituita con legge cost. n. 1/1997, la quale aveva il compito di elaborare un progetto organico (e condiviso) di riforma della seconda parte della Costituzione: in particolare, per quanto qui interessa, nella bozza licenziata dai parlamentari, si prevedeva di rimettere la disciplina del ricorso in Cassazione alla legge ordinaria, con ciò aprendo di fatto la strada all'introduzione di meccanismi di «filtro» all'accesso tipici di esperienze straniere⁴¹.

Se, dunque, con tale progetto si intendeva cogliere le istanze di valorizzazione della funzione «nomofilattica» della Corte rimuovendo l'ostacolo costituzionale ad una disciplina legislativa che istituisse alcuni limiti di accesso alla Corte⁴², tut-

⁴⁰ Cfr. M. CAPPELLETTI, *Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano*, in *Giur. it.*, 1969, IV, p. 81 ss.

⁴¹ Cfr. l'art. 131 del progetto di legge costituzionale varato dalla «Commissione», consultabile al sito www.camera.it/parlam/bicam/rifcost/-docapp/relas7.htm nel cui comma 2 era previsto che «contro le sentenze è ammesso il ricorso in cassazione nei casi previsti dalla legge, che assicura comunque un doppio grado di giudizio. Contro i provvedimenti sulla libertà personale, è sempre previsto il ricorso per Cassazione per violazione di legge».

⁴² Su tale progetto, l'allora Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione Ferdinando Zucconi Galli Fonseca così si esprime: «nella sua genericità, la norma del progetto bicamerale potrebbe (...) essere provvidenziale, permettendo al legislatore di non costruire il giudizio di Cassazione come rimedio generalizzato contro tutte le sentenze, ma di salvaguardarlo con le limitazioni ed i filtri che la sua funzionalità richiede, e che sono previsti in tutti i Paesi in cui esiste una Corte unica di ultima istanza»; per un'analisi della proposta della Commissione, v. A. PROTO PISANI, *Cassazione civile e*

tavia, con lo scioglimento della Commissione, venne meno l'occasione di intervenire in modo così penetrante sulla disciplina del ricorso per Cassazione; e anche nelle proposte che seguirono⁴³, così come nelle riforme successive, l'idea di un «filtro» in Cassazione venne definitivamente accantonata.

Anche nella più volte citata riforma del 2006 – la prima, fra l'altro, a parlare apertamente di modifiche al processo di cassazione «in funzione nomofilattica» – non v'è traccia di meccanismi espressamente preordinati a limitare il ricorso alla Corte suprema. Come già più volte osservato, infatti, le diverse previsioni introdotte sono sovente andate in direzione opposta: da un lato, la previsione della pronuncia del principio di diritto non solo ai casi di ricorso *ex art.* 360, comma 3, c.p.c., ma anche «in ogni altro caso in cui, decidendo su altri motivi di ricorso, risolve una questione di diritto di particolare importanza» (art. 384, comma 1, c.p.c.); da altro lato, l'estensione del principio di diritto «nell'interesse della legge» anche ai casi in cui «il provvedimento non è ricorribile in Cassazione e non è altrimenti impugnabile» (art. 363, comma 1, c.p.c.), con ciò alludendosi a tutti quei provvedimenti per i quali si esclude anche la possibilità del ricorso «straordinario» *ex art.* 111, comma 7, Cost., in quanto non idonei a decidere o ad incidere su diritti soggettivi con possibile efficacia di giudicato⁴⁴; da altro lato, ancora, la ricordata estensione dei motivi di ricorso per Cassazione anche a quello straordinario *ex art.* 111, comma 7, Cost., hanno comportato un deciso incremento dell'attività della Corte.

Forse, l'unica parte della novella che, in via indiretta, avrebbe potuto portare, nel medio-lungo periodo, ad una diminuzione del carico di lavoro era quella relativa all'enunciazione del c.d. «quesito di diritto» di cui all'art. 366 *bis* c.p.c. (oggi, peraltro, abrogato), ovvero dell'indicazione, al termine di ciascun motivo di ricorso (di cui ai nn. 1-4 dell'art. 360 c.p.c.) di una apposita domanda, formulata in modo tale da evidenziare i profili giuridici, sottesi alla fattispecie, sui quali veniva richiesto alla Corte di pronunciare il relativo principio di diritto.

riforme costituzionali, in *Foro it.*, 1998, V, c. 167 ss., secondo cui tale riforma avrebbe «consenti[to] alla Corte di cassazione di svolgere la funzione di garanzia oggettiva di nomofilachia».

⁴³ Così, ad es., nel c.d. «progetto Vaccarella» per una legge delega di riforma del codice di procedura civile, presentato alla Camera nel 19 dicembre 2003, pur affermando la relativa «Relazione» che «dominante è stata la preoccupazione di recuperare la dimensione nomofilattica della Corte Suprema, attualmente schiacciata da un carico di ricorsi eccessivo», tuttavia non v'era traccia di meccanismi deflattivi dei ricorsi riconducibili al modello del «filtro».

⁴⁴ Con riferimento al principio di diritto la dottrina non ha in effetti mancato di sottolineare la criticità della citata disposizione, la quale più che assicurare la funzione «pubblica» della Corte finirebbe non solo per incrementare il carico di lavoro, ma anche per generare confusione nei ricorrenti: «l'immagine – è stato affermato – è quella di una Corte di Cassazione che tendenzialmente enuncia principi di diritto su tutto, non lasciando che alcuna questione rimanga priva del 'suo' principio di diritto»: così M. TARUFFO, *Una riforma della Cassazione civile?*, cit., p. 769, il quale conclude che «se i principi di diritto saranno varie decine di migliaia ogni anno è assai improbabile (...) che si realizzi la funzione di nomofilachia che la Corte dovrebbe svolgere».

Tale indicazione – e in tal senso può essere ricondotta all’idea di «filtro», sebbene embrionale – veniva prevista a pena di inammissibilità del ricorso, con la conseguenza, quindi, che solo quei quesiti redatti in maniera concludente, chiara e dirimente nel senso di un autentico motivo di legittimità, secondo le prime applicazioni giurisprudenziali della norma⁴⁵, avrebbero consentito all’impugnazione di superare il preliminare *screening* di forma⁴⁶.

Tuttavia, la successiva interpretazione dalla Cassazione fornita dell’art. 366 *bis* è risultata, a tratti, troppo rigoristica e «talora francamente cervelotico[a]»⁴⁷, tanto da costringere l’avvocato del ricorrente ad individuare *ab initio* non solo l’errore di giudizio del giudice di merito, ma anche, «ben al di là della giustificazione della propria domanda», il contenuto che la decisione nella successiva fase rescissoria avrebbe dovuto assumere e la correlata *regula iuris*, «ossia proprio quel principio di diritto che spetta solo alla Cassazione, quale garante della ‘nomofilachia’, definire compiutamente»⁴⁸.

⁴⁵ V., ad es., Cass., Sez. un., 30 ottobre 2009, n. 23060, secondo cui il quesito di diritto «deve consistere in una chiara sintesi logico-giuridica della questione sottoposta al vaglio del giudice di legittimità, formulata in termini tali per cui dalla risposta – negativa o affermativa – che ad esso si dia, discenda in modo univoco l’accoglimento del gravame. Ne consegue che è inammissibile non solo il ricorso nel quale il suddetto quesito manchi, ma anche quello nel quale il suddetto quesito sia formulato in modo inconferente rispetto alla illustrazione dei motivi di impugnazione; ovvero sia formulato in modo implicito, sì da dovere essere ricavato per via di interpretazione dal giudice; o ancora sia formulato in modo tale da richiedere alla Corte un inammissibile accertamento di fatto o, infine, sia formulato in modo del tutto generico»; Cass., Sez. un., 29 dicembre 2009, n. 27368, secondo cui il quesito di diritto «deve costituire la chiave di lettura delle ragioni esposte e pone la Corte in condizione di rispondere ad esso con l’enunciazione di una *regula iuris* che sia, in quanto tale, suscettibile di ricevere applicazione in casi ulteriori rispetto a quello sottoposto all’esame del giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata».

⁴⁶ In aggiunta, la dottrina aveva segnalato come il quesito di diritto si ponesse, essenzialmente, quale «stimolo pedagogico» al confezionamento di un ricorso ammissibile, essendo idoneo a indirizzare le (talora deprecabili) abitudini degli avvocati nella redazione di quest’ultimo. Al riguardo, è stato affermato, in modo particolarmente colorito, che una tale innovazione avrebbe «sconsigliat[o] probabilmente i ‘ricorrenti della domenica’»: così A. BRIGUGLIO, *Riflessioni e risposte sui “quesiti”*, in www.judicium.it.

⁴⁷ Così C. CONSOLO, *Una buona ‘novella’ al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corriere giur.*, 2009, p. 739, ove afferma anche che il quesito di diritto «ha sommamente inquietato il ceto degli avvocati cassazionisti (...) talora non senza un legittimo fondamento di insoddisfazione per applicazioni capricciose e sofisticatissime di quello che avrebbe dovuto essere semplicemente un corredo di razionalità e di logica a conclusione dei singoli motivi di ricorso quale onere ragionevole per il loro redattore, non necessariamente tramutato in un misto tra Tacito e Wittgenstein». Cfr., altresì, A. BRIGUGLIO, *Ecco il “filtro”! (l’ultima riforma del giudizio di cassazione)*, in www.judicium.it, ove afferma che l’interpretazione fornita dalla Corte è «distorta da eccessi di formalismo applicativo (...) e comunque indigesti alla classe forense».

⁴⁸ Così ragionando «si giunge ad una indebita – e neppure conforme a costituzione – sovrapposizione di un requisito di ammissibilità rispetto a valutazioni di esattezza del ragionare giuridico

Pertanto, non sorprende (anzi, è forse risultato opportuno) che siffatto strumento, sebbene potenzialmente deflattivo, sia stato abrogato dalla successiva riforma del processo civile ad opera della legge 18 giugno 2009, n. 69⁴⁹ che, per quanto qui interessa, ha innovato profondamente, rispetto al passato, il meccanismo di accesso alla Corte.

Nel rimandare la disamina delle modifiche più rilevanti al capitolo successivo, risulta in ogni caso opportuno già in questa sede anticipare che il «modello» adottato dal legislatore si colloca, nuovamente, in una prospettiva di «deflazione» piuttosto che in un'ottica di «selezione»: in particolare, se è vero che i nuovi parametri di ammissibilità del ricorso, introdotti dalla novella *sub* art. 360 *bis*, intendono, in un certo senso, dar maggiore concretezza al principio di «uniformità» della giurisprudenza (andando dunque a rafforzare la funzione «pubblica» della Corte), tuttavia, nonostante la riforma venga genericamente riportata all'idea di «filtro», la terminologia usata non va intesa in senso tecnico, posto che il legislatore ha in realtà optato – in ciò collocandosi ben a distanza dall'idea di una Corte che decida «se decidere» – per una soluzione eminentemente «procedimentale», puntando ancora una volta sul rito camerale e prevedendo una sorta di *fast track* per le impugnazioni *lato sensu* «viziate» ovvero che nulla agguingerebbero ad un orientamento ormai definito e tralatizio.

della parte, cui non compete di individuare l'esatta (e sovente assai opinabile) ricostruzione nel concreto del dato normativo»: in tal senso, v. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. II. Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Giappichelli, Torino, 2014, 567 s.

⁴⁹ La dottrina non ha tuttavia mancato di rilevare che – a prescindere da tali interpretazioni eccessivamente formalistiche, probabilmente superabili dalla stessa Corte a seguito di una più meditata applicazione della norma (come per tutte le riforme, prima di entrare «a regime», anch'essa avrebbe avuto bisogno di un periodo di «assestamento») – il comportamento del legislatore non sia stato del tutto lineare, posto che la novella del 2009, nel prevedere un vaglio di ammissibilità giocato intorno al tema della conformità del provvedimento impugnato in rapporto alla relativa giurisprudenza della Cassazione e basato sull'attitudine del ricorso ad evidenziare le ragioni giuridiche di superamento del precedente orientamento, si sarebbe ben coordinata con la necessità di formulare il quesito di diritto: così, G. RAITI, *Note esegetiche a prima lettura sul "filtro" in Cassazione secondo la legge di riforma al codice di rito civile, n. 69 del 18 giugno 2009*, in G. ALPA (a cura di), *Le modifiche al codice di procedura civile*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2010, p. 441.

CAPITOLO V

IL NOVELLATO PROCEDIMENTO IN CASSAZIONE: CASE SELECTION REALE O SOLO APPARENTE?

SOMMARIO: 5.1. La riforma attuata con legge 18 giugno 2009, n. 69: l'elaborazione della nuova disciplina. – 5.2. L'«inammissibilità» del ricorso *ex art. 360 bis* c.p.c. e il funzionamento del «filtro». – 5.3. *Segue*: «inammissibilità» o «manifesta infondatezza»? La risposta delle Sezioni Unite. – 5.4. Ambito di applicazione del vaglio di inammissibilità *ex art. 360 bis* c.p.c. – 5.5. L'art. 360 *bis* n. 1 e il potenziamento del «precedente» giudiziario. Premessa – 5.6. *Segue*: i diversi parametri oggetto di verifica: la presenza di «giurisprudenza conforme», la sussistenza di elementi idonei a mutare l'orientamento della Corte censurato dal ricorrente. – 5.7. *Segue*: possibili interpretazioni dell'antinomia letterale nella parte in cui si prevede che anche elementi idonei a «confermare» l'orientamento censurato permettono il superamento del vaglio preliminare. – 5.8. L'art. 360 *bis* n. 2: ambito di applicazione e rischi connessi ad una interpretazione troppo estesa o, viceversa, troppo particolareggiata. – 5.9. *Segue*: caratteri delle censure sussumibili all'interno della categoria «principi regolatori del giusto processo». – 5.10. Questioni di legittimità costituzionale relative all'art. 360 *bis*. – 5.11. Il procedimento bifasico per la definizione dei ricorsi. Premessa. – 5.12. *Segue*: la VI Sezione civile (c.d. «Sezione-filtro»). – 5.13. *Segue*: la decisione in via preliminare sull'assegnazione dei ricorsi alla «Sezione-filtro» o alle Sezioni Unite. – 5.14. *Segue*: la prima fase del procedimento: la decisione in camera di consiglio relativa ai casi *sub* nn. 1-5 dell'art. 375 c.p.c. – 5.15. *Segue*: la seconda fase del procedimento: la decisione in camera di consiglio relativa ai casi *sub* nn. 3-4 dell'art. 375 c.p.c. e il rinvio a pubblica udienza. – 5.16. *Segue*: possibili interconnessioni tra le due fasi. – 5.17. Cenni sulla riforma attuata con legge 7 agosto 2012, n. 134: la riduzione della portata dell'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c., la c.d. «doppia conforme» e possibili ripercussioni sul numero dei ricorsi presentati. – 5.18. Un «filtro» indiretto: la auspicabile (e auspicata) riduzione del numero degli avvocati c.d. cassazionisti ad opera della nuova legge professionale forense. – 5.19. Considerazioni conclusive.

5.1. La riforma attuata con legge 18 giugno 2009, n. 69: l'elaborazione della nuova disciplina

L'esigenza di arginare l'accennato *overload* della Corte di Cassazione, unitamente alla necessità di potenziarne il ruolo «pubblico» così come risultante dall'art. 65 ord. giud. costituiscono, con un certo grado di ragionevolezza, gli assi

portanti (anche) della novella introdotta con legge 18 giugno 2009, n. 69, con la quale il legislatore è tornato nuovamente ad occuparsi del processo civile e, in particolare e per ciò che interessa in questa sede, di quello innanzi alla Corte di ultima istanza.

Invero, come noto, per la prima volta nel nostro Paese si è inteso dare fondamento normativo all'idea – mutuata evidentemente dagli ordinamenti di *common law* – che qualunque riforma del giudizio di Cassazione, la quale intenda sottolinearne la funzione nomofilattica, debba necessariamente passare attraverso una corrispondente riduzione dei ricorsi annualmente presentati, onde evitare che la Corte debba pronunciarsi, con spreco di tempo e risorse, anche su questioni che nulla aggiungerebbero alla «esatta e uniforme interpretazione» del diritto vigente; l'idea, dunque, che anche da noi si debba incominciare a parlare – senza timore – di «filtro» dei ricorsi in Cassazione.

Certamente, i risultati cui il legislatore è pervenuto non sono neppure paragonabili ai descritti meccanismi di filtro tipici del mondo anglosassone; tuttavia è un dato rilevante quello per cui anche nel nostro ordinamento abbia fatto definitivamente ingresso un concetto – quello *lato sensu* deflattivo dei ricorsi – che sembra finalmente incrinare quella patina di intangibilità la quale ha da sempre avvolto il ricorso in cassazione.

Coerentemente con la complessità del tema, idoneo ad incidere su questioni assai delicate – il diritto costituzionale ad ottenere una «giusta» decisione da parte del massimo organo giurisdizionale, la necessità di riduzione dei tempi del processo, l'esigenza di garantire uno sviluppo definito e omogeneo del panorama normativo, giusto per accennare ad alcune di esse – anche l'*iter* che ha portato all'approvazione della (ormai non più nuovissima) disciplina è risultato piuttosto articolato e, per certi aspetti, contraddittorio; il tutto in un contesto ove non sono mancate da una parte severe prese di posizione ad opera dei diversi operatori del diritto¹ e, da altra parte, clamorosi «colpi di scena» che hanno contribuito non poco a rideterminare i confini della novella che sarebbe stata poi definitivamente approvata.

¹ In dottrina cfr., *inter alios*, le osservazioni critiche di M. BOVE, *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile*, in www.judicium.it; G. COSTANTINO, *Rassegna di legislazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1113 ss.; R. FRASCA, *Osservazioni (critiche) sul c.d. filtro in cassazione in discussione in Parlamento*, in www.judicium.it; E.F. RICCI, *Il filtro in cassazione scivola sui paradossi*, in *Il Sole 24 Ore* del 29 maggio 2009, p. 35; G.F. RICCI, *Il Ricorso per cassazione – La riforma del giudizio di cassazione tra funzione nomofilattica e tutela del diritto di difesa*, in *Prev. forense*, 2009, p. 131. Circa la posizione della magistratura, cfr. il parere sul d.d.l. n. 1441 *bis* in data 30 settembre 2008 elaborato dal comitato di presidenza C.S.M., consultabile al sito www.csm.it e quelli resi dalla Giunta della sezione A.N.M. della Corte di Cassazione in data 30 settembre 2008 e 14 novembre 2008, consultabili entrambi al sito www.associazionemagistrati.it. Infine, quanto alla posizione dell'avvocatura cfr. il comunicato stampa rilasciato dal C.N.F. in data 24 marzo 2009, consultabile al sito www.consiglionazionaleforense.it.

Invero, se l'esigenza di porre un freno all'incessante aumento dei ricorsi era stata avvertita da tutte le parti politiche al momento dei lavori preparatori², tuttavia ad una iniziale unità di vedute non è poi seguita – cosa che peraltro spesso accade nella vita politica del nostro Paese – altrettanta univocità (e coerenza) di soluzioni: la previsione di un «filtro» all'accesso alla Corte, così come apparsa per la prima volta nel d.d.l. C. 1441-*bis*-A³, aveva in effetti ottenuto un sostanziale accordo di massima da entrambi i rami del Parlamento, venuto però successivamente a mancare nel corso dell'esame in terza lettura alla Camera, a seguito del recepimento di alcuni emendamenti proposti dalla Commissione Giustizia della medesima Camera.

Procedendo con ordine, la formulazione originaria della norma – l'art. 53 *bis*, che avrebbe posto le basi del nuovo art. 360 *bis* c.p.c. – statuiva che il ricorso sarebbe stato ammissibile allorquando:

1. il provvedimento impugnato avesse deciso questioni di diritto in modo difforme da precedenti decisioni della Corte;
2. il ricorso avesse avuto ad oggetto una questione nuova o una questione sulla quale la Corte ritenesse comunque di pronunciarsi per confermare o mutare il proprio orientamento, ovvero quando sussistessero contrastanti orientamenti nella giurisprudenza della Corte;
3. apparisse fondata la censura relativa a violazioni dei principi regolatori del giusto processo;
4. ricorressero i presupposti per l'enunciazione del principio di diritto ai sensi dell'art. 363 c.p.c.

Si trattava, evidentemente, di una norma destinata ad incidere profondamente sui motivi di ricorso in cassazione così come predeterminati dall'art. 360 c.p.c.: difatti, la categoria dei ricorsi che avrebbe avuto una *chance* di riesame nel merito sarebbe stata limitata alle (sole) fattispecie tassativamente indicate dalla nuova disposizione, con contestuale reiezione (in rito) di tutti gli altri.

² Siffatta concordanza ben risulta, *inter alia*, dalle dichiarazioni rilasciate dalle relatrici della riforma alla Camera, on. Bernini per la maggioranza, secondo la quale essa avrebbe avuto la funzione di «deflazionare il carico di lavoro del giudice di legittimità»; nonché on. Ferranti per l'opposizione, secondo cui «si è cercato di individuare uno strumento oggettivo e dei criteri oggettivi attraverso cui la Corte possa operare tramite una selezione composta mediante meccanismi ugualmente ben individuabili. Questo significa avviare un percorso di semplificazione e di razionalizzazione e cercare di liberare la Corte da pesi inutili, senza violare le regole costituzionali e senza disattendere le domande di giustizia dei cittadini». A tale riguardo cfr. G. COSTANTINO, *La riforma del giudizio di legittimità: la Cassazione con filtro*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 1560.

³ Va peraltro osservato che, almeno nell'originario disegno di legge (C. 1441, divenuto poi, per stralcio, C. 1441-*bis*, consultabili entrambi al sito www.senato.it) la previsione di un filtro non veniva contemplata: essa è stata poi introdotta nel corso dell'esame in sede referente alla Camera in prima lettura, per effetto dell'approvazione di un emendamento dello stesso governo (C. 1441 *bis*-A, art. 53 *bis*, comma 2). Al riguardo cfr. S. Alfano, *Un «filtro» ai ricorsi per Cassazione è tra gli assi portanti del nuovo rito*, in *Guida dir.*, 2009, p. 12 ss.

Sempre nella versione originaria, la prevista valutazione di ammissibilità veniva demandata ad un collegio ristretto di tre magistrati che avrebbe dovuto decidere sulla sorte del ricorso in camera di consiglio con ordinanza non impugnabile. Se il ricorso fosse stato ritenuto non ammissibile, il relatore avrebbe depositato in cancelleria una relazione con la concisa esposizione delle ragioni che giustificavano la dichiarazione di inammissibilità. Si prevedeva, in tal caso, l'applicazione dell'art. 380 *bis*, commi 2-4, c.p.c., con facoltà per le parti di presentare conclusioni scritte e memorie. Il ricorso dichiarato ammissibile sarebbe stato invece assegnato ad una sezione semplice della Corte per la sua trattazione ordinaria; in caso contrario, ovvero a seguito della declaratoria d'inammissibilità, il provvedimento impugnato sarebbe passato in giudicato.

Per completezza espositiva va altresì ricordato che, al termine dell'esame del provvedimento alla Camera (conclusosi, in seconda lettura, il 2 ottobre 2008), era stato aggiunto un ulteriore caso, questa volta di «inammissibilità» del ricorso, tramite la previsione di un secondo comma da aggiungersi all'emanando art. 360 *bis*: in particolare, qualora il ricorso – limitatamente ai casi di vizio di motivazione – avesse avuto ad oggetto un provvedimento il quale avesse a sua volta confermato quello del grado precedente, esso sarebbe stato parimenti inammissibile (criterio della c.d. «doppia conforme») ⁴.

Tuttavia, quest'ultima aggiunta ebbe vita (ancor più) breve (dell'intero articolo in esame nella sua originaria formulazione): difatti il Senato, in seconda lettura, nel confermare per il resto l'impianto originario della norma, provvide ad espungere dal *corpus* della novella il nuovo motivo di «filtro», restituendo così impregiudicato alle parti il diritto di ricorrere in Cassazione ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5), c.p.c. ⁵.

⁴ In particolare, l'art. 360 *bis*, comma 2, c.p.c. così avrebbe dovuto statuire: «non è dichiarato ammissibile il ricorso presentato ai sensi dell'art. 360, primo comma, numero 5), avverso la sentenza di appello che ha confermato quella di primo grado». È interessante osservare come l'inserimento del nuovo requisito di (in)ammissibilità «era stata frutto (...) di una 'incursione' dell'opposizione, in Assemblea alla Camera, diretta non tanto a promuovere una modifica intrinsecamente ritenuta persuasiva (...), quanto piuttosto a conseguire il risultato politico di 'mettere sotto', su una qualunque questione, la larga maggioranza parlamentare che sosteneva il governo in carica»: così M. DE CRISTOFARO, *Sub art. 360 bis*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009*, Padova, 2009, 237. La dottrina si era mostrata da subito particolarmente critica (anche) verso tale innovazione: così, ad es., secondo A. BRIGUGLIO, *Chi ha paura del «filtro»? (ovvero: se lo si dipinge fin d'ora come orribile qualcuno ci crederà e lo applicherà come tale: meglio dunque essere cautamente ottimisti e sterilizzare il «filtro» nei limiti del possibile)*, in *www.judicium.it*, § 3, «a parte la concreta difficoltà di verificare, e per di più in sede di 'filtro', se vi fosse o meno una 'doppia conforme'», il parametro in esame avrebbe finito con lo «sbarrare la strada alla censura ex art. 360, n. 5 sol che l'omissione di motivazione in primo grado fosse stata reiterata in appello, o sol che il giudice d'appello avesse condiviso il medesimo assunto irrazionale (il testimone non è credibile perché ha i capelli rossi) del giudice di prime cure»; in argomento cfr. altresì M. BOVE, *Brevi riflessioni*, cit., par. 14; G.F. RICCI, *Il Ricorso per cassazione*, cit., p. 131 ss.

⁵ V., però, *infra*, par. 5.17, le modifiche introdotte con legge 7 agosto 2012, n. 134.

Ed è a questo punto, *id est* quando il provvedimento ritornò alla Camera per la definitiva approvazione, che si verificò il colpo di scena: nonostante la duplice lettura, quasi per intero conforme, dell'emananda novella da parte di entrambi i rami del Parlamento, la Camera, nel corso dell'esame in terza lettura, sostituì integralmente l'articolo in esame con una rinnovata versione dell'art. 360 *bis* dalla concezione diametralmente opposta e dai confini molto più ristretti (sebbene, si vedrà, poco definiti)⁶, la quale venne approvata all'unanimità dalle Commissioni riunite I e V e, successivamente, ratificata dall'Assemblea e (finalmente, in via definitiva) dal Senato.

I motivi cui riportare questo repentino mutamento di direzione devono essere individuati soprattutto nel diffuso clima di malcontento che la riforma – seppur nel suo stato ancora embrionale – stava iniziando a suscitare: se in un primo tempo le posizioni critiche da più parti manifestate vennero considerate irricevibili poiché ritenute una aprioristica reazione a qualsivoglia istanza di cambiamento – se non addirittura espressione di un certo conservatorismo di categoria – tuttavia successivamente la portata e, soprattutto, la delicatezza delle questioni sollevate trovarono una sponda anche all'interno della medesima compagine parlamentare che aveva sino a quel momento sostenuto il «filtro» nella sua originaria formulazione⁷.

In sostanza, veniva censurato, da un lato, il fatto che la declinazione in termini di ammissibilità del ricorso avrebbe inevitabilmente comportato una compressione dei motivi legittimanti la censura in Cassazione, tassativamente enumerati dall'art. 360 c.p.c. e, da altro lato, l'innegabile lesione del diritto costituzionale al ricorso in Cassazione così come contemplato dall'art. 111, comma 7, Cost.⁸

⁶ Nella specie, come accennato in precedenza, la relatrice del d.d.l., on Bernini, provvide a trasformare in emendamento il parere reso dalla Commissione Giustizia ove era nel frattempo stato raggiunto l'accordo sulle modifiche da operarsi al «filtro in cassazione»: in argomento, per una dettagliata ricostruzione della complessa vicenda si veda M. DE CRISTOFARO, Sub art. 360 bis, cit., p. 236 ss.

⁷ Cfr. ancora M. DE CRISTOFARO, Sub art. 360 bis, cit., p. 238, il quale riporta le perplessità espresse dall'on. Pecorella, esponente di rilievo dell'allora maggioranza parlamentare, secondo cui la norma avrebbe dovuto essere stralciata poiché costituzionalmente illegittima, attribuendo essa alla Corte «il potere di scegliere arbitrariamente i casi da ammettere e quelli su cui pronunciarsi»; ancora, l'on. Contorno, della medesima compagine politica, aveva proposto (sostenuto anche da esponenti dell'opposizione) di espungere la disposizione criticata dal d.d.l. in esame affinché si affrontasse la questione in un nuovo *iter* e con un provvedimento separato.

⁸ Emblematica risulta, al riguardo, la prospettiva offerta da G. SCARSELLI, *Il processo in Cassazione riformato*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 311, il quale, riferendosi all'originaria formulazione dell'art. 360 bis, ne aveva sostenuto l'illegittimità poiché idonea a degradare a mero interesse – in modo pressoché analogo a quanto avviene per la tutela di interessi legittimi «ove è possibile far valere la propria soggettiva posizione solo se questa si riconduce alla violazione di una norma di interesse pubblico» – ciò che invece, per Costituzione, costituisce un diritto per tutti i cittadini. In argomento cfr. altresì G. RAITI, *Note esegetiche*, cit., p. 423 ss.

Ciò che invece rimase sostanzialmente immutato nel «rivoluzionario» terzo passaggio riguardò tutta la parte più squisitamente «procedimentale» della riforma, ovvero la nuova disposizione di cui all'art. 380 *bis*, relativa al (pure) novellato procedimento in camera di consiglio armonizzato (?) con la preventiva fase di *screening*, da operarsi anch'essa nella succitata forma. Non senza una rilevante novità: il fatto che il collegio ristretto inizialmente previsto per l'esame in via preliminare dei ricorsi venne sostituito con una apposita Sezione della Corte.

Va infine ricordato che, contestualmente al varo della novella, il legislatore del 2009 ha provveduto ad espungere dal codice di rito una disposizione introdotta appena qualche anno prima e relativa alle modalità di redazione dei ricorsi – il già accennato art. 366 *bis* c.p.c. – la quale, oltre a voler facilitare la Corte nell'esercizio delle proprie funzioni, era idonea a funzionare – sebbene gli scopi non fossero esattamente quelli – come una sorta di «filtro» preventivo giusta l'applicazione estremamente rigorosa e formalistica che ne era stata fornita e che tanti *reprimenda* aveva sollevato⁹.

5.2. L'«inammissibilità» del ricorso ex art. 360 bis c.p.c. e il funzionamento del «filtro»

Per rendersi conto del *revirement* legislativo è al momento sufficiente considerare la sola rubrica dell'art. 360 *bis*: essa difatti non parla più di «ammissibilità», bensì di «inammissibilità» dei ricorsi, a significare che la prospettiva adottata è esattamente antitetica rispetto alla bozza in discussione in Parlamento sino alla seconda lettura: invero, si è passati da un sistema di accesso alla Corte ove, ferma la generale «inammissibilità» del ricorso esso avrebbe nondimeno potuto, in determinate situazioni, risultare «ammissibile», ad una impostazione, certamente meno «selettiva» ma più in linea con il dato costituzionale, a norma della

⁹ A tale riguardo cfr., *supra*, cap. IV, par. 4.6. La dottrina è sostanzialmente concorde nel ritenere che si sia trattato di un vero e proprio «accordo di scambio» tra legislatore, da una parte, e classe forense da altra parte, la quale ultima aveva notoriamente mal digerito l'introduzione, con la novella del 2006, dei requisiti di forma-contenuto del ricorso così come indicati nell'art. 366 *bis* c.p.c. e, soprattutto, la deriva formalistica in cui era incorsa la Cassazione nella sua applicazione concreta. Pertanto, l'eliminazione del quesito di diritto avrebbe dovuto porsi quale «contropartita» offerta all'avvocatura in cambio dell'introduzione di un meccanismo *lato sensu* selettivo dei ricorsi. Cfr., sul punto, A. BRIGUGLIO, *Ecco il "filtro"! (l'ultima riforma del giudizio di cassazione)*, in *www.judicium.it*, B. SASSANI, R. TISCINI, *Sub art. 360 bis*, in A. SALETTI, B. SASSANI (a cura di) *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Giuffrè, Milano, 2009, 156; S. CAPORUSSO, *Sub art. 47, legge n. 69/09*, in F. CIPRIANI (a cura di), *La riforma del giudizio di cassazione*, Cedam, Padova, 2009, 150.

quale è l'«inammissibilità» ad essere limitata a determinati casi e a dover pertanto venire ricavata *a contrario* dal principio della generale «ammissibilità» del ricorso¹⁰.

Pertanto, la predetta categoria dell'«inammissibilità» costituisce il caposaldo della riforma del 2009, la quale ha affiancato ai casi «canonici» previsti tanto dal codice di rito quanto dalla giurisprudenza¹¹ ulteriori motivi – «di nuovo conio» – identificati nel più volte rimaneggiato art. 360 *bis*, la cui elencazione, come ormai noto, è passata da (ben) cinque¹² a due (sole) fattispecie.

Va tuttavia precisato, a scanso di equivoci, che i nuovi casi di «inammissibilità» contemplati nel citato articolo – nei quali si rinviene l'essenza stessa del «filtro» predisposto dal legislatore – lungi dal porsi ad un livello sovraordinato rispetto alle diverse fattispecie *aliunde* disciplinate e che danno luogo alla medesima conseguenza sul piano processuale, vanno invece (semplicemente) intesi come due ulteriori previsioni che si aggiungono alle altre, andando così a integrare la lista dei controlli che la Corte è chiamata ad operare in via preliminare¹³.

Si tratta comunque di due figure *sui generis*, a tacer d'altro anche solo per le innegabili difficoltà di sussunzione all'interno della stessa categoria di «inammissibilità»¹⁴: in particolare, tramite la loro previsione si è inteso «intercettare» – bloccandone così il passaggio alla fase *lato sensu* di discussione – anzitutto quei ricorsi che abbiano censurato un provvedimento il quale abbia fatto corretta applicazione di principi consolidati elaborati dalla giurisprudenza della Suprema Corte «e l'esame dei motivi non offr[a] elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa» (art. 360 *bis* n. 1); inoltre la medesima «sorte» viene altresì comminata per i ricorsi che presentano al loro interno censure relative alla vio-

¹⁰ In tal modo il legislatore ha inteso superare quei dubbi di costituzionalità da più parti sollevati con riferimento all'originaria formulazione della norma in termini di «ammissibilità»; in realtà, parte della dottrina continua a intravedere motivi di contrasto con la Costituzione anche nell'attuale art. 360 *bis*, per i quali si rimanda ai successivi §§ e, in particolare, al par. 5.10.

¹¹ Così, ad es., quanto ai primi si ricordano i casi di mancata integrazione del contraddittorio in fase di gravame (art. 331 c.p.c.); la mancata sottoscrizione del ricorso da parte di avvocato munito di procura speciale iscritto all'albo speciale dei «cassazionisti» (art. 365 c.p.c.); la mancanza nel ricorso dei requisiti previsti all'art. 366 c.p.c. Quanto ai secondi vengono invece in rilievo i casi di impugnazioni proposte fuori termine, ovvero da o contro un soggetto privo di legittimazione ovvero ancora avverso un provvedimento non ancora o non più impugnabile per avvenuta acquiescenza: al riguardo cfr. F.S. DAMIANI, Sub art. 375 – art. 67 *bis* ord. giud., in F. CIPRIANI (a cura di), *op. cit.*, p. 265 s.

¹² Sebbene, come osservato nel precedente par. 5.1, declinate «in positivo».

¹³ Ciò peraltro trova conferma anche dal tenore testuale dell'art. 375, n. 1), c.p.c., il quale parla genericamente di declaratoria di «inammissibilità» del ricorso quale attività che deve essere compiuta, dalla Sezione-filtro, in camera di consiglio. In dottrina cfr. M. DE CRISTOFARO, Sub art. 360 *bis*, cit., p. 240; G. RAITI, *Note esegetiche*, cit., p. 427.

¹⁴ Sul punto cfr. il successivo par. 5.3.

lazione dei principi regolatori del giusto processo le quali siano però «manifestamente infondate» (art. 360 *bis* n. 2)¹⁵.

Sui diversi aspetti connessi all'interpretazione della citata disposizione, così come sui correlati profili applicativi ci si soffermerà meglio nei successivi paragrafi: per il momento – e conformemente ad una generica *overview* del novellato procedimento di cassazione – si tenga presente che il menzionato *screening*, volto a rintracciare i ricorsi non meritevoli di «scomodare» le sezioni ordinarie della Corte, viene operato da un apposito organismo a ciò deputato – la VI Sezione, introdotta anch'essa dalla riforma del 2009 e comunemente (e d'ora in avanti) definita come «Sezione per le inammissibilità» o «Sezione-filtro» – composto, «di regola» e come statuisce al riguardo il nuovo art. 67 *bis* ord. giud., da magistrati afferenti alle Sezioni ordinarie, i quali sono dunque chiamati a ivi prestare temporaneamente, con criteri di turnazione, il loro servizio.

Quanto alle modalità procedurali, qualora il ricorso presentato risulti affetto da alcuno dei caratteri – siano essi l'«inammissibilità» dello stesso ovvero la possibilità di decidere agilmente le questioni nel merito per il tramite di una pronuncia di manifesta fondatezza o infondatezza – i quali ne legittimerebbero una definizione semplificata in camera di consiglio, il relatore della «Sezione-filtro», ai sensi del novellato art. 380 *bis*, comma 1, provvede a depositare in cancelleria una relazione con la concisa esposizione delle ragioni che possono giustificare la relativa pronuncia; a sua volta, il Presidente (di tale Sezione) fissa con decreto l'adunanza della Corte e dispone le diverse attività volte a sollecitare il contraddittorio tra i diversi attori del procedimento.

Nel caso in cui, invece, non vi siano i presupposti per una pronuncia camerale da parte della «Sezione-filtro» – *id est*, quando il ricorso appaia non «inammissibile» né manifestamente fondato o infondato – una volta (ri)trasmesso al Primo Presidente della Corte esso viene da questi assegnato alla Sezione semplice *ratione materiae* competente, la quale è in prima battuta chiamata a valutare se il ricorso presenti altri elementi tali da condurre ad una ulteriore pronuncia camerale¹⁶ (e, in tal caso, verrà attivato il medesimo procedimento sopra descritto con riferimento al rito seguito dalla «Sezione-filtro»); solo in caso contrario il ricorso viene rinviato a pubblica udienza, così ritornando nel solco del procedimento per come siamo stati abituati a conoscerlo.

Le considerazioni che precedono, sebbene di natura sommaria, permettono tuttavia di fissare, sin da ora, una rilevante differenza tra il sistema predisposto

¹⁵ In particolare, ai sensi del nuovo art. 360 *bis* c.p.c., il ricorso è inammissibile: 1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa; 2) quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo.

¹⁶ Si tratta, in particolare, dei casi indicati dall'art. 375 nn. 2) e 3).

dal nostro legislatore, da una parte, e l'esperienza statunitense del *certiorari*, da altra parte, la quale – per incisività e tipicità della selezione – può a buon diritto assurgere a modello di riferimento per ogni approccio di riforma in senso restrittivo dell'accesso alla Corte di ultima istanza.

La sensazione, in particolare, è che solo impropriamente l'art. 360 *bis* c.p.c. e con lui le diverse disposizioni che oggi regolano la fase introduttiva del procedimento di cassazione, possa venire definito come autentico «filtro» in Cassazione.

Difatti, parlare di «selezione» dei casi presuppone, come insegna la Corte suprema americana, che il giudice posseda un'ampia discrezionalità nel decidere «se decidere» una determinata questione sottoposta alla sua attenzione¹⁷.

La novella del 2009, invece, lungi dall'attribuire ai giudici della Corte il potere di liberarsi di determinate questioni sulla base di un preteso «disinteresse pubblico» – ciò che sarebbe evidentemente incompatibile con il dettato costituzionale – si limita a prevedere un meccanismo *lato sensu* «deflattivo» ove alla apposita sezione è consentito, per il tramite di un percorso semplificato, dichiarare le diverse ipotesi di inammissibilità previste dal sistema (oltre che decidere nel merito i ricorsi la cui soluzione sia «manifesta»)¹⁸.

Nulla di più, dunque, è rintracciabile nella riforma: nessuna attribuzione di una incontrollata discrezionalità così come nessuna possibilità per la Corte di sottrarsi alla disamina – e alla relativa decisione, sia anche solamente «di rito» – di alcuno dei ricorsi che annualmente vengono depositati.

A tale ultimo riguardo va tuttavia anticipato come parte della dottrina abbia rilevato che i criteri previsti dal legislatore, per come in concreto strutturati, permettano comunque alla Corte di esercitare una eccessiva «flessibilità» nel distinguere cosa sia meritevole di un più approfondito esame da ciò che invece

¹⁷ Afferma al riguardo E. SILVESTRI, *Le novità in tema di giudizio di cassazione*, in M. TARUFFO (a cura di), *Il processo civile riformato*, Zanichelli, Bologna, 2010, p. 413, che «la ratio dei 'filtri' (qualunque sia l'ordinamento che li utilizza) è quella di far pervenire alla corte di ultima istanza non un numero ridotto di casi qualunque, ma solo i casi che, per le questioni sollevate, meritano l'attenzione della corte, in quanto le consentono di esplicitare al meglio quelle funzioni di indirizzo e di controllo sull'attività interpretativa svolta dai giudici di merito che contraddistinguono una corte suprema».

¹⁸ In tal senso si vedano, *inter alios*, G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della legge 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto processo civ.*, 2009, p. 749 ss.; A. BRIGUGLIO, *Sub art. 360 bis*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, III, Cedam, Padova, 2009, p. 56; S. MENCHINI, *Sub art. 360 bis*, in G. BALENA, R. CAPONI, A. CHIZZINI, S. MENCHINI, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Utet, Torino, 2009, pp. 116 e 120; A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero*, in *Foro it.*, 2009, c. 221 ss.; E. SILVESTRI, *Le novità*, cit., p. 413 s.; perplessità invece aveva espresso all'indomani dell'approvazione della riforma E.F. RICCI, *Il filtro in cassazione*, cit., secondo il quale «il nuovo processo civile vuole introdurre nel giudizio di Cassazione un filtro capace di bloccare sul nascere come inammissibili i ricorsi ritenuti non sufficientemente importanti dal punto di vista delle questioni proposte».

debba concludersi con una declaratoria di inammissibilità; a detta di alcuni, inoltre, un siffatto carattere, il quale andrebbe ad incidere non soltanto sul potere-dovere della Corte di decidere i ricorsi ma anche sul novero dei motivi di ricorso per Cassazione, sarebbe idoneo a porsi in contrasto con la garanzia costituzionale prevista all'art. 111. La disamina di simili obiezioni verrà peraltro rimandata a seguito dell'analisi dei nuovi parametri di inammissibilità, così da poterle verificare, alla luce delle ricostruzioni prospettate, l'effettiva tenuta¹⁹.

5.3. Segue: «inammissibilità» o «manifesta infondatezza»? La risposta delle Sezioni Unite

Una delle prime questioni che la novella ha sollevato attiene alla stessa definizione utilizzata nell'art. 360 *bis* c.p.c. per identificare le due fattispecie idonee a provocare una conclusione semplificata e in rito del procedimento, ovvero il fatto che si tratti di due (ulteriori) figure di «inammissibilità» del ricorso.

Al riguardo, la prevalente dottrina ha da subito sostenuto come, in realtà, una simile qualificazione non risulti corretta: invero, darebbero luogo all'inammissibilità del ricorso solo quei vizi relativi all'«atto introduttivo dell'impugnazione, insanabil[i] o sanabil[i] all'origine, ma in concreto non sanati[i]»²⁰, che siano conseguenza dell'inesistenza o del cattivo uso della facoltà di impugnazione²¹.

Pertanto, mentre i vizi che comportano l'inammissibilità sarebbero destinati ad emergere immediatamente dalla disamina del solo ricorso, precludendo definitivamente la possibilità per la Corte di entrare nel merito dell'impugnazione proposta, i nuovi casi contemplati dall'art. 360 *bis*, per come concretamente conformati, non paiono dal canto loro inquadrabili – se non con evidenti forzature – nella predetta categoria. Ciò vale, in primo luogo, per il caso di cui al n. 1): verificare se il ricorso avverso un provvedimento espressione di una «giurisprudenza conforme» della Corte presenti elementi tali da suggerirne un ripensamento comporta, necessariamente, scendere nel merito della questione presentata, ciò che varrebbe a qualificare il vaglio della Corte come non già di inammissibilità, bensì di manifesta infondatezza²².

¹⁹ Cfr., al riguardo, *infra*, par. 5.10.

²⁰ Così F.P. LUISO, *Diritto processuale civile, II – Il processo di cognizione*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 350.

²¹ In argomento v. G. FABBRINI, *L'opposizione di terzo nel sistema dei mezzi di impugnazione*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 272 ss.

²² Cfr., *inter alios*, G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, cit., p. 791, secondo cui «è evidente che la disposizione in esame tipizza come fattispecie di inammissibilità una situazione che meglio avrebbe potuto essere incasellata tra quelle di manifesta infondatezza del ricorso»; A. GRAZIOSI, *Riflessioni in ordine sparso sulla riforma del giudizio di cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010,

Ma anche per il caso di cui al n. 2) la conclusione sarebbe analoga: verificare la «tenuta» di una censura avverso la violazione dei principi regolatori del giusto processo è operazione che attiene evidentemente al merito dell'impugnazione; il tutto senza contare che, in questo caso, è la stessa norma a classificare «manifestamente infondata» la pretestuosa censura ivi contemplata²³.

La questione è stata risolta – peraltro in modo per certi aspetti originale – dalla stessa Cassazione nella prima pronuncia sul c.d. «filtro»²⁴. Difatti le Sezioni Unite, se pure aderiscono alla tesi maggioritaria in dottrina, pervengono tuttavia a tale conclusione seguendo un percorso logico-argomentativo in parte autonomo e ricavando alcuni interessanti corollari.

In particolare, la qualificazione dei nuovi casi di cui all'art. 360 *bis sub specie* di manifesta infondatezza viene ricavata non soltanto tramite la constatazione

p. 40 ss., secondo cui «a dispetto del fatto che formalmente sia configurata una nuova ipotesi di inammissibilità del ricorso, in realtà la norma postula un (sommario) giudizio di merito sulla fondatezza dei motivi, dal quale far dipendere la procedibilità dell'impugnazione»; B. SASSANI, R. TISCINI, *Sub art. 360 bis*, cit., p. 163, secondo cui «si tratta, in realtà, di una inammissibilità (in rito) che alla fine dei conti nasconde la censura di infondatezza (nel merito), perché per sindacare la ammissibilità del rimedio, la Corte non può non esaminare il merito del ricorso (...) e così dichiararlo inammissibile quanto infondato»; E. SILVESTRI, *Le novità*, cit., p. 415, la quale parla di «disordine sistematico» della disposizione, dove «non si comprende la ragione per cui si è deciso di qualificare come cause di inammissibilità del ricordo vizi che certamente attengono al merito dello stesso»; in senso analogo cfr. altresì, F. CARPI, *L'accesso alla Corte di cassazione ed il nuovo sistema dei filtri*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 769 ss.; G. COSTANTINO, *Il nuovo processo in Cassazione*, in *Foro it.*, 2009, c. 304 ss.; C. MANDRIOLI, in C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 67 ss.; A. PROTO PISANI, *Principio di eguaglianza e ricorso per cassazione*, in *Foro it.*, 2010, c. 65 ss.; *contra* cfr. A. BRIGUGLIO, *Ecco il «filtro»!*, cit.; G. MONTELEONE, *Il punto sul nuovo art. 360 bis c.p.c. (sull'inammissibilità del ricorso alla cassazione civile)*, in *Giusto processo civ.*, 2010, p. 967 ss.; R. POLI, *Il c.d. filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 363 ss.

²³ Con riferimento a tale seconda fattispecie E. SILVESTRI, *Le novità*, cit., p. 415, giustamente si domanda «per quale ragione si sia ritenuto necessario qualificare come inammissibile (...) un ricorso che, presumibilmente, anche prima della riforma sarebbe stato destinato al rigetto in camera di consiglio per manifesta infondatezza, ai sensi dell'art. 375, n. 5 c.p.c.».

²⁴ Cfr. Cass., Sez. un., (ord.) 6 settembre 2010, n. 19051, in *Foro it.*, 2010, c. 3333 ss., con nota di G. SCARSELLI, *Circa il (supposto) potere della Cassazione di enunciare d'ufficio il principio di diritto nell'interesse della legge*; in *Giusto processo civ.*, 2010, p. 1131 ss., con nota di F.P. LUISO, *La prima pronuncia della Cassazione sul c.d. filtro (art. 360 bis c.p.c.)*; in *Nuova giur. civ.*, 2011, p. 167 ss., con nota di V. CARNEVALE, *La corte di cassazione ridimensiona il «filtro» dell'art. 360 bis c.p.c.*; in *Giur. it.*, 2011, p. 885 ss., con nota di A. CARRATTA, *L'art. 360 bis c.p.c. e la nomofilachia «creativa» dei giudici di cassazione*; in *Giust. civ.*, 2011, p. 403 ss., con nota di F. TERRUSI, *Il filtro di accesso al giudizio di cassazione: la non soddisfacente risposta delle sezioni unite*. Va peraltro specificato che la pronuncia, deludendo forse le aspettative di molti, ha omesso di risolvere molte delle questioni connesse all'applicazione della nuova disciplina, per concentrarsi solo su alcuni aspetti certamente rilevanti ma, nell'economia della disposizione, forse non meritevoli di maggiore attenzione rispetto ad altri profili – quali, ad es., il concetto di «giurisprudenza conforme», ovvero ancora quello di «principi regolatori del giusto processo» – il cui chiarimento avrebbe sicuramente giovato a tutti coloro che si apprestano ad adire la Suprema Corte.

(comune alla dottrina) che i casi di inammissibilità sono comunemente connessi non già ad «aspetti attinenti al fondamento dell'argomentazione», bensì a «fattori esterni al giudizio sul fondamento del ricorso», ma anche a seguito di una lettura necessariamente unitaria dei due parametri fissati dall'art. 360 *bis* – che hanno «in realtà tratti fondamentalmente comuni» – di modo che l'uno compenetri l'altro: pertanto, la «manifesta infondatezza», cui fa espresso riferimento il n. 2), andrebbe predicata anche alla verifica *sub* n. 1); per converso, il richiamo alla «giurisprudenza conforme», contemplato al n. 1), varrebbe anche quale parametro di riferimento per valutare la manifesta infondatezza della censura *sub* n. 2)²⁵. E proprio a tale ultimo riguardo la Corte ritiene che «non sopporti» di essere qualificato come di inammissibilità il risultato di un giudizio volto a verificare la corrispondenza tra l'interpretazione fornita dal giudice di merito a proposito delle norme applicate e l'interpretazione delle stesse risultante dalla giurisprudenza della Suprema Corte.

L'interpretazione che fa leva sulla manifesta infondatezza troverebbe, sempre secondo i giudici, una certa legittimazione anche nello stesso procedimento, che riserva alla Sezione-filtro la decisione in camera di consiglio di entrambe le fattispecie fissate ai punti nn. 1) e 5) dell'art. 375, ovvero inammissibilità e manifesta infondatezza o infondatezza del ricorso: in effetti, la riduzione delle ipotesi previste dall'art. 360 *bis* a situazioni di manifesta infondatezza non sposterebbe la «competenza» della Sezione-filtro, la quale sarebbe comunque chiamata a provvedere ai sensi (non già del punto n. 1), bensì) del n. 5) dell'art. 375.

Se dunque sul piano procedimentale nulla cambia, tuttavia la differente qualificazione della pronuncia *ex art.* 360 *bis*, lungi dal rimanere confinata sul piano delle questioni terminologiche, è in realtà idonea a generare altre rilevanti conseguenze: in primo luogo, il giudizio cui è chiamata la Sezione-filtro «non può essere formulato altrimenti che avendo riguardo allo stato della giurisprudenza della corte al momento della decisione sul ricorso, non al momento della decisione di merito né a quello in cui il ricorso è proposto»²⁶, legittimando così l'eventualità che ricorsi inizialmente (*id est* al momento del deposito) «inammissibili» poiché proposti avverso una sentenza la quale si collochi all'interno di un consolidato orientamento della Corte possano nondimeno superare il preliminare *screening* ogniquale volta vi sia stato, *medio tempore*, un mutamento della giurisprudenza tale da rendere il provvedimento impugnato non più conforme alla giurisprudenza della Corte²⁷.

²⁵ Al riguardo si segnala la posizione critica di A. CARRATTA, *L'art. 360 bis c.p.c.*, cit., 889 s., il quale censura l'attività creativa così compiuta dalla Corte, la quale avrebbe trascurato completamente la lettera della norma così come l'intenzione del legislatore.

²⁶ Cass., Sez. un., n. 19051/2010, cit.

²⁷ Commenta favorevolmente tale impostazione F.P. LUISO, *La prima pronuncia*, cit., p. 1132; In argomento cfr., altresì, C. CONSOLO, *Dal filtro in Cassazione ad un temperato «stare decisis»: la*

In secondo luogo, ricadute di non poco conto si registrano nei casi di rigetto (nel merito, poiché – giova ripeterlo – a discapito della definizione utilizzata dal legislatore di questo si tratterebbe) dell'impugnazione, la quale sia stata successivamente affiancata da un ricorso incidentale tardivo avverso il medesimo provvedimento: come noto, se una declaratoria di inammissibilità conduce di norma, ai sensi dell'art. 334, comma 2, c.p.c., alla perdita di efficacia di quest'ultimo, lo stesso non accade – e dunque il procedimento prosegue limitatamente alle questioni ivi contenute – in presenza di una pronuncia di manifesta infondatezza del ricorso principale²⁸.

Inoltre, la dottrina non ha mancato di sottolineare che una pronuncia di manifesta infondatezza, in luogo di quella di inammissibilità, renderebbe meno gravosa la posizione degli avvocati nei confronti dei loro assistiti: nella prospettiva dei primi pare infatti certamente più giustificabile un rigetto per essere il ricorso infondato, piuttosto che dover fare i conti con una pronuncia che, di fatto, imputa il mancato esame ad una carenza nella redazione dello stesso²⁹.

5.4. Ambito di applicazione del vaglio di inammissibilità ex art. 360 bis c.p.c.

Chiarito che ci si trova di fronte a due casi, di «inammissibilità» *sui generis*, i quali in realtà nascondono altrettante fattispecie attinenti al merito delle doglianze presentate, un'ulteriore questione, anch'essa di carattere generale, attiene all'oggetto del controllo così previsto.

Difatti, al di là dei numerosi quesiti interpretativi che ciascuna delle due ipotesi ivi tipizzate sollevano, è lo stesso testo della norma a risultare poco chiaro – se non antinomico – laddove, da una parte e in linea generale, commina di «inammissibilità» il «ricorso» che presenti i difetti identificati *sub* 1) e 2) del medesi-

prima ordinanza sull'art. 360 bis, in *Corriere giur.*, 2010, p. 1405 ss. e, in senso parzialmente critico, A. CARRATTA, *L'art. 360 bis*, cit., p. 886 ss.; sia altresì consentito il rinvio a F. FERRARIS, *Primi orientamenti giurisprudenziali sul «filtro» in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 491 ss.

²⁸ In argomento cfr., *inter alios*, F.P. LUIISO, *La prima pronuncia*, cit., p. 1133; S. MENCHINI, *Sub art. 360 bis*, cit., p. 120; R. POLI, *Il c.d. filtro di ammissibilità*, cit., p. 367; R. TISCINI, *Giudizio di cassazione*, in F.P. LUIISO, R. VACCARELLA (a cura di), *Le impugnazioni civili*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 373; con riferimento al periodo antecedente la pronuncia della Suprema Corte, M. DE CRISTOFARO, *Sub art. 360 bis*, cit., p. 253, aveva già sottolineato il rischio che i due nuovi casi di «inammissibilità» avrebbero finito col dissuadere le parti dall'utilizzo dello strumento impugnatorio incidentale, inducendo così la presentazione di ricorsi principali che avrebbero poi potuto sì essere riuniti *ex art. 335 c.p.c.*, il tutto però a scapito dei principi di economia processuale e di semplificazione alla base dell'impugnazione incidentale.

²⁹ Cfr., al riguardo, F.P. LUIISO, *La prima pronuncia*, cit., p. 1133; SASSANI, TISCINI, *Sub art. 360 bis*, cit., p. 164.

mo articolo e, da altra parte e con specifico riferimento a questi ultimi, si riferisce ai singoli «motivi» e alle diverse «censure» in esso contenute.

All'indomani della riforma ci si era dunque domandati se il sindacato spettante alla Sezione-filtro avrebbe dovuto riguardare il ricorso nella sua interezza ovvero i singoli profili di doglianza che esso presenta all'attenzione della Corte, ciò che avrebbe inciso in maniera rilevante sulla stessa effettività dello strumento «selettivo».

Al riguardo era dato riscontrare almeno tre differenti linee di pensiero: una prima interpretazione – tanto radicale da rimanere «sulla carta» – considerava il sindacato dell'apposita Sezione riferito al ricorso nella sua interezza, nel contempo adottando una prospettiva dai contorni decisamente restrittivi: in particolare, secondo tale ricostruzione, qualora anche soltanto uno dei motivi in esso contenuti fosse risultato «inammissibile», l'intero ricorso avrebbe dovuto essere assegnato alla Sezione-filtro per le deliberazioni conseguenti³⁰.

In secondo luogo v'era chi riteneva che la disposizione in esame dovesse essere invece letta nel senso che la Sezione-filtro sarebbe stata chiamata ad operare sui singoli motivi dell'impugnazione; con la conseguenza che, in presenza di più censure di cui solo alcune fossero risultate «inammissibili» (ai sensi dell'art. 360 *bis* c.p.c. così come delle altre disposizioni che prevedono tale conseguenza), si sarebbe dovuto prevedere una «scissione» del ricorso tra suddetti profili, di competenza della apposita Sezione, e tutti gli altri che, invece, sarebbero passati alla cognizione delle Sezioni semplici³¹.

Infine secondo una terza opinione, maggioritaria in dottrina, il controllo *ex art.* 380 *bis* (in combinato disposto con l'art. 375, nn. 1 e 5) c.p.c.) avrebbe dovuto essere riferito sì al ricorso, ma con una accezione differente – «in positivo» – rispetto alla tesi per prima esposta: la barriera rappresentata dalla Sezione-filtro avrebbe potuto venire superata anche da quei ricorsi che, sebbene presentassero la quasi totalità dei motivi «inammissibili», nondimeno fossero provvisti di almeno una censura non affetta da vizi che ne avrebbero legittimato una declaratoria in rito: detto in altri termini, affinché il «filtro» potesse operare sarebbe stato necessario che il ricorso nella sua interezza (*id est*, tutti i motivi ivi contenuti) risultasse «inammissibile»³².

³⁰ Ipotizzano questa tesi, sebbene non la condividano, tra gli altri, M. FORNACIARI, *L'inammissibilità del ricorso per cassazione ex art. 360 bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 662; G. RAITI, *Note esegetiche*, cit., p. 426; B. SASSANI, R. TISCINI, *Sub art. 360 bis*, cit., p. 161.

³¹ In tal senso cfr. DE CRISTOFARO, *Sub art. 360 bis*, cit., p. 236; G. RAITI, *Note esegetiche*, cit., p. 426; *contra* R. TISCINI, *Giudizio di cassazione*, cit., p. 368, secondo cui una simile opzione andrebbe «a discapito della unicità nella trattazione del singolo ricorso».

³² In tal senso si esprimono A. BRIGUGLIO, *Chi ha paura del filtro?*, cit., par. 2; ID., *Sub art. 360 bis*, cit., p. 58; A. CARRATTA, *Il «filtro» al ricorso in cassazione fra dubbi di costituzionalità e salvaguardia del controllo di legittimità*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1564; F.S. DAMIANI, *Il procedimento camerale di cassazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, p. 276; M. FORNACIARI, *L'inammissi-*

Al di là della prima ipotesi – i cui effetti distorsivi sul procedimento sarebbero forse eccessivi e intollerabili³³ – le altre soluzioni prospettate rappresentano due diversi modi di concepire il «filtro»: quella che fa leva sui motivi intende dare effettiva applicazione alla riforma, sì da permettere alla Corte, tramite la cernita preliminare della apposita Sezione, di concentrarsi sui soli profili di ogni singolo ricorso meritevoli di approfondimento; la seconda interpretazione, evidentemente più «permissiva» e che non va certo nella direzione di quel «deflazionamento» perseguito e atteso dal legislatore, rappresenta invece una soluzione di compromesso tra esigenze «selettive», da un lato, e di salvaguardia dello *ius litigatoris*, da altro lato.

La risposta che pare inizialmente fornire la Corte – ricavabile dalla disamina delle prime pronunce rese dalle sezioni semplici sulla base della nuova disciplina, le quali talvolta decidono nel merito solo alcune delle questioni presentate, nel contempo dichiarando l'inammissibilità delle altre³⁴ – va nella direzione (indicata dalla prevalente dottrina) dell'applicabilità dell'art. 360 *bis* al ricorso integralmente inteso; non si escludono tuttavia in futuro differenti soluzioni, tenuto anche conto dell'approccio assai formalistico dalla stessa progressivamente adottato in sede di applicazione dell'oggi abrogato art. 366 *bis* che, come noto, aveva portato all'elaborazione di criteri talvolta discutibili e ad un deciso incremento nel numero dei ricorsi dichiarati inammissibili.

Sempre nell'intento di determinare l'ambito di applicazione della nuova norma viene poi in rilievo la questione dei rapporti tra questa e l'art. 360 c.p.c.

In particolare, considerata la stretta interrelazione tra le due disposizioni, ci si è chiesti se il reciproco coordinamento non comporti una qualche limitazione dei motivi di ricorso in Cassazione; detto in altri termini, vi potrebbe essere il rischio – sostenuto anche autorevolmente in dottrina³⁵ – che la garanzia del ricorso in cassazione venga messa a repentaglio da una disposizione sostanzialmente più restrittiva rispetto ai requisiti che legittimano l'impugnazione di ultima istanza³⁶.

bilità del ricorso per cassazione, cit., p. 662; G. REALI, Sub *art. 360 bis*, in F. CIPRIANI (a cura di), *La riforma del giudizio di cassazione*, Cedam, Padova, 2009, p. 131; B. SASSANI, R. TISCINI, Sub *art. 360 bis*, cit., p. 162; R. TISCINI, *Giudizio di cassazione*, cit., p. 369.

³³ L'adozione di una simile prospettiva, se certamente produrrebbe alcune ricadute molto rilevanti sul numero dei procedimenti amministrati dalla Corte, finirebbe, nel contempo, per travolgere anche impugnazioni le quali invece meriterebbero non soltanto un esame più approfondito di quello previsto in sede camerale, ma anche un eventuale accoglimento nel merito (per le parti non «inammissibili»).

³⁴ Cfr., al riguardo, il successivo par. 5.16 e ivi i relativi riferimenti giurisprudenziali in relazione alla possibilità per le sezioni semplici di riconsiderare le decisioni (non ostative) della Sezione-filtro.

³⁵ A. CARRATTA, *Il «filtro» al ricorso in cassazione*, cit., p. 566.

³⁶ Ad es., si potrebbe sostenere che gli *errores in procedendo*, di cui all'art. 360 nn. 1, 2 e 4, in tanto siano censurabili in quanto costituiscano altresì violazione di principi regolatori del giusto pro-

In realtà una simile conclusione non pare condivisibile: in primo luogo poiché non sembra verosimile che una norma di natura evidentemente «ancillare» come l'art. 360 *bis* possa aver previsto – per di più surrettiziamente – l'abrogazione di alcuno dei motivi tassativamente indicati dall'articolo precedente; in secondo luogo poiché, come già ricordato, lungi dal porsi ad un livello sovraordinato rispetto alle altre disposizioni, essa si limita ad elencare due ulteriori casi di inammissibilità che si aggiungono agli altri (e che con essi vanno coordinati); infine, una ricostruzione che intendesse limitare l'impugnativa in Cassazione, ad es. ritenendo ammissibile la denuncia di vizi *in procedendo* solo in quanto riconducibili alla violazione di principi regolatori del giusto processo, finirebbe con l'attribuire alla Corte il potere, questa volta discrezionale e contrario alla Costituzione, di stabilire la «gravità» dell'errore denunciato e così il relativo accesso al proprio sindacato³⁷.

Pertanto, ribadito nuovamente che la novella del 2009 ha inteso semplicemente creare una corsia preferenziale per la definizione dei ricorsi «inammissibili» o di pronta soluzione, risulta preferibile (se non obbligata) la tesi – oggetto di successiva analisi – che ricostruisce i rapporti tra le due disposizioni nel senso di salvaguardare la totalità dei motivi di ricorso e, nel contempo, che intende ravvivare un collegamento tra questi e i due nuovi casi di «inammissibilità», di modo che i secondi possano essere predicati ai primi.

5.5. *L'art. 360 bis n. 1 e il potenziamento del «precedente» giudiziario.* *Premessa*

Ai sensi dell'art. 360 *bis* n. 1), il ricorso è «inammissibile» quando «il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa».

Il nuovo parametro di «inammissibilità» costituisce forse l'elemento maggiormente rappresentativo della riforma del 2009, le cui finalità, leggendo le diverse componenti della norma in esame, sembrano emergere in modo effettivamente evidente: da una parte si sottolinea la funzione nomofilattica della Cassazione, specie per quanto concerne l'«uniforme interpretazione» della legge e, da altra

cesso, a norma del secondo parametro di cui all'art. 360 *bis*; oppure che non possa censurarsi una sentenza, la quale abbia fatto erronea applicazione della norma sostanziale alla fattispecie concreta, soltanto perché ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte.

³⁷ In tal senso cfr. S. MENCHINI, *Sub art. 360 bis*, cit., p. 114 ss.; in argomento cfr. altresì M. BOVE, A. SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Nuova Giuridica, Matelica, 2009, p. 67; G. MONTELEONE, *Il punto*, cit., p. 972; G. REALI, *Sub art. 360 bis*, cit., p. 132 ss.; G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 68 ss.

parte, si eleva tale funzione (*rectius*, il risultato di tale funzione) a parametro per valutare la meritevolezza dell'impugnazione presentata.

Pertanto, la regola generale vuole che, nei casi in cui la sentenza d'appello abbia fatto corretta applicazione di principi nel tempo elaborati dalla giurisprudenza della Corte, il ricorrente – qualora ovviamente non abbia a disposizione elementi tali da suggerire e/o provocare un mutamento d'opinione della medesima – debba accettare l'esito del processo che lo ha visto (in tutto o in parte) soccombente, nella consapevolezza che una successiva impugnazione verrebbe considerata, in certo qual modo, «superflua» agli occhi della Corte³⁸ e, pertanto, espunta dal ruolo nelle forme della declaratoria d'«inammissibilità»³⁹.

In realtà, e a ben vedere, nel prevedere l'utilizzazione della pregressa giurisprudenza della Cassazione al fine di verificare la sussistenza dell'«interesse» ad esaminare l'impugnazione proposta, il legislatore non ha introdotto nel sistema nulla di particolarmente rivoluzionario rispetto al consueto *modus procedendi* della Corte, posto che già in passato questa era comunque solita operare siffatta corrispondenza (peraltro nelle forme della manifesta infondatezza e non dell'inammissibilità)⁴⁰; allo stesso modo (e a maggior ragione) non pare potersi sostenere che, tramite la novella, si sia inteso adottare quel modello, tipico dei Paesi di *common law*, che fa capo al «precedente vincolante»⁴¹. Tuttavia alla riforma va dato

³⁸ Di «superfluità» del rinnovato esame parla M. DE CRISTOFARO, Sub art. 360 bis, cit., p. 251.

³⁹ La verifica sulla conformità del provvedimento impugnato ai precedenti della Corte, secondo parte della dottrina, sarebbe un criterio «perfettamente plausibile» «in un sistema che – prescindendo dalla incidenza maggiore o minore (e difficilmente «quantificabile») del valore fattuale del precedente – assegna alla Suprema Corte funzione uniformatrice e nomofilattica, anch'essa da esplicarsi, oggi più che mai, alla luce del principio di «ragionevole durata»; sicché a quella Corte è opportunamente riferibile il potere-dovere di non ripetersi inutilmente»: così A. BRIGUGLIO, Sub art. 360 bis, cit., p. 58; in argomento cfr. altresì B. SASSANI, R. TISCINI, Sub art. 360 bis, cit., p. 162 s.

⁴⁰ Al riguardo cfr. G. REALI, Sub art. 360 bis, cit., p. 134, secondo cui la possibilità per la Corte di compiere una siffatta valutazione trovava già fondamento normativo, *ante* riforma, nell'ambito della decisione ex art. 375, n. 5, c.p.c., cosicché il legislatore, limitandosi nei fatti a qualificare diversamente la relativa pronuncia (da «manifesta infondatezza» a inammissibilità) non avrebbe procurato particolari vantaggi alla Corte e al suo cronico *overload*; il tutto senza contare, altresì, che alla Sezione-filtro – competente a emettere la decisione sulle inammissibilità – spetta altresì dichiarare la «manifesta infondatezza» ex art. 375, n. 5), c.p.c.; in argomento cfr. altresì B. SASSANI, R. TISCINI, Sub art. 360 bis, cit., p. 162. V., però, G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, cit., p. 791, secondo cui un elemento di novità connesso alla nuova disciplina sarebbe da individuarsi nella possibilità, per la Sezione-filtro, di adottare una motivazione maggiormente semplificata, potendosi essa limitare a statuire che il giudice di merito ha fatto corretta applicazione dei principi della Corte.

⁴¹ A tacer d'altro va ricordato che, mentre nei sistemi di *common law* la *regula iuris* è contenuta in un determinato precedente cui i successivi – se ovviamente resi da corti inferiori – debbono adeguarsi, nel caso in esame la «giurisprudenza» della Corte si desumerebbe non già (o non soltanto) da una singola pronuncia, ma da una serie di provvedimenti solitamente diluiti e reiterati nel tempo. Sul punto v. R. TISCINI, *Giudizio di cassazione*, cit., p. 371.

(almeno) il merito di aver certificato, una volta per tutte, il «ruolo» e il «peso» della giurisprudenza di legittimità nell'ambito delle sistema delle fonti, attribuendo dignità ufficiale a ciò che faceva parte già da tempo del «sentire comune» fra i diversi operatori del diritto⁴².

Non sono mancate, peraltro, diverse critiche a siffatta impostazione, sia sotto il profilo oggettivo che su quello soggettivo. Con riferimento al primo è stato osservato che imporre quale parametro per l'accesso alla Corte la corrispondenza o meno ai principi elaborati da quest'ultima finirebbe per provocare un certo «appiattimento» della giurisprudenza di merito la quale, per non correre il rischio di vedere le proprie pronunce riformate in sede di legittimità, sarebbe indotta a conformarsi, per quanto possibile, agli arrêts della Corte, dimenticandosi così della sua essenziale funzione «creativa» e di rinnovamento del diritto scaturente dalla particolare vicinanza – rispetto ai colleghi della Cassazione – al caso concreto e alle sue diverse sfaccettature⁴³.

Sotto il profilo soggettivo, alcune perplessità sono invece state espresse nel fatto che la riforma abbia riservato tale rilevante «controllo di corrispondenza» ad una sola sezione della Corte, ciò che creerebbe il rischio, da una parte e in linea generale, che la Sezione-filtro prediliga lo *screening* «a base nomofilattica» sul potere-dovere di decidere il ricorso così come statuito al livello costituzionale e, da altra parte e in particolare, che ad un solo collegio della Corte competa identificare e discernere ciò che costituisce *ius receptum* da ciò che, invece, non può (o non può ancora) considerarsi tale⁴⁴.

⁴² In argomento cfr. A. GRAZIOSI, *Riflessioni*, cit., p. 45, secondo cui «l'aver immesso nel sistema una norma che formalizza il ricorso alla giurisprudenza di legittimità come parametro su cui vagliare la fondatezza delle decisioni su 'questioni di diritto' non è altro che l'ultimo, importante tassello, in ordine di tempo, di un fenomeno molto più vasto, che tende a valorizzare sempre più, anche nel nostro ordinamento, l'importanza del precedente». In giurisprudenza cfr. Cass., Sez. un., 31 luglio 2012, n. 13620, secondo cui «la regola dello *stare decisis* è stata valorizzata dalla novella di cui alla l. 69/09 che, nell'introdurre nell'ordinamento l'art. 360 bis c.p.c. (...), ha accentuato maggiormente l'esigenza di non cambiare l'interpretazione della legge in difetto di apprezzabili fattori di novità, in una prospettiva di limitazione dell'accesso al giudizio di legittimità coerente con l'esercizio della funzione nomofilattica»; in aggiunta, il parametro che si basa sul pregresso orientamento della Corte «costituisce (...) un valore o, comunque, una direttiva di tendenza immanente nell'ordinamento, stando al quale non è consentito discostarsi da un'interpretazione del giudice di legittimità, investito istituzionalmente della funzione della nomofilachia, senza forti ed apprezzabili ragioni giustificative».

⁴³ Cfr., al riguardo, G.F. RICCI, *La riforma*, cit., p. 65, secondo cui la potenzialità creativa dei giudici di merito «costituisce l'aspetto più vivo dell'evolversi della giurisprudenza». In argomento cfr., altresì, A. BRIGUGLIO, *Ecco il filtro!*, cit., § 4; M. DE CRISTOFARO, *Sub art. 360 bis*, cit., p. 255; B. SASSANI, A.D., 2009: *ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione*, in *www.judicium.it*, § 16; B. SASSANI, R. TISCINI, *Sub art. 360 bis*, cit., p. 162.

⁴⁴ In tal senso cfr. C. MANDRIOLI, in C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, cit., p. 74 s.

Si tratta, all'evidenza, di questioni la cui sussistenza e/o gravità dipenderà dal modo in cui il «filtro» verrà in concreto applicato; esse peraltro rispecchiano il difficile bilanciamento tra le opposte esigenze – «pubbliche» e «private» – di tutela su cui si basa l'intera disciplina predisposta dal legislatore⁴⁵.

Prima di analizzare nel dettaglio i contorni della nuova ipotesi di «inammissibilità», e in ossequio a quanto affermato in precedenza circa l'idoneità dei nuovi parametri a coordinarsi con i diversi motivi di ricorso in cassazione, si ritiene ancora necessario specificare l'ambito di operatività della disposizione in commento: nel riferirsi alle «questioni di diritto», il nuovo caso di «inammissibilità» troverà applicazione, anzitutto, con riferimento ai ricorsi presentati *ex art.* 360, n. 3 c.p.c., ovvero sia qualora si contesti un *error iuris* nella sentenza impugnata. Ma non solo: la norma, in effetti, sembra poter trovare applicazione anche nei casi di ricorso in Cassazione per i motivi indicati ai punti nn. 1, 2 e 4⁴⁶, purché peraltro i vizi censurati attengano ad *errores in procedendo de iure*, ovvero ai casi di erronee interpretazioni della legge processuale⁴⁷.

Va altresì ricordato che la prima pronuncia sul «filtro» ha affermato, in argomento, che la norma in esame (come del resto il successivo motivo di cui al n. 2) si applica non solo ai ricorsi «ordinariamente» presentati ai sensi dell'art. 360, ma anche ai casi di ricorso per regolamento di competenza. La Corte è giunta a siffatta conclusione facendo esplicito richiamo alla propria pregressa giurisprudenza – relativa peraltro all'estensione dell'abrogato art. 366 *bis* al caso di ricor-

⁴⁵ Al riguardo v. molto chiaramente C. MANDRIOLI, *op. ult. cit.*, p. 75, il quale così le identifica: «contemperare in modo accettabile le contrapposte esigenze dell'alleggerimento degli impegni della Cassazione e del rispetto dei principi costituzionali del pieno giudizio di legittimità in un giusto processo regolato secondo la legge».

⁴⁶ In dottrina, in tal senso, cfr. G. BALENA, *La nuova 'pseudo riforma'*, cit., p. 791; S. MENCHINI, *Sub art. 360 bis*, cit., p. 116 s.; *contra* v. M. BOVE, A. SANTI, *Il nuovo processo civile*, cit., p. 68. Quanto invece al punto n. 5) dell'art. 360 c.p.c. si registra un contrasto tra chi ritiene che esso non possa rientrare nell'ambito di applicazione del n. 1, bensì del successivo parametro *sub* n. 2) e chi, invece, estende la portata del parametro in commento anche al vizio di motivazione. Così, ad es., secondo F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit., il primo caso di inammissibilità avrebbe ad oggetto le sole norme sostanziali, mentre il secondo la violazione di quelle processuali; in argomento cfr. altresì G. REALI, *Sub art. 360 bis*, cit., p. 139 s., secondo cui l'art. 360 n. 5), non attenendo ad un *error iuris* ma alla motivazione sul giudizio di fatto, non potrebbe mai costituire oggetto di sindacato da parte della Sezione filtro ai sensi dell'art. 360 *bis* n. 1); posizione opposta è invece sostenuta da G. MONTELEONE, *Il punto*, cit., p. 973 s., secondo cui il parametro di inammissibilità in esame varrebbe anche per il vizio di motivazione, «potendosi anche per questo motivo prospettare il caso che il giudice di merito si sia adeguato o sottratto ai principi elaborati dalla Cassazione sul punto della corretta motivazione di una sentenza»; in senso analogo cfr. R. POLI, *Il c.d. filtro di ammissibilità*, cit., p. 372 s. Sulla riconducibilità del vizio motivazionale al n. 2 dell'art. 360 *bis* cfr., *infra*, par. 5.8.

⁴⁷ Con esclusione dunque del caso in cui venga censurato un *error in procedendo de facto*, ovvero le contestazioni riguardanti l'accertamento della concreta fattispecie processuale: così S. MENCHINI, *Sub art. 360 bis*, cit., p. 117.

so per regolamento di competenza – che postulava l'applicazione della disciplina relativa al quesito di diritto anche al caso di regolamento di competenza sulla base sia di una sostanziale identità nella presentazione dello stesso con il ricorso proposto ai sensi dell'art. 360 c.p.c., sia di un preciso fondamento normativo, facendo salva l'art. 380 *ter*, al primo comma, la possibilità per la Corte di pronunciarsi in camera di consiglio anche ai sensi dell'art. 375, comma 1, n. 5, che nella formulazione antecedente alla riforma del 2009 preveda la declaratoria di inammissibilità anche per difetto dei requisiti previsti all'art. 366 *bis*⁴⁸.

5.6. Segue: *i diversi parametri oggetto di verifica: la presenza di «giurisprudenza conforme», la sussistenza di elementi idonei a mutare l'orientamento della Corte censurato dal ricorrente*

Affinché il ricorso possa superare il vaglio della Sezione-filtro ai sensi dell'art. 360 *bis*, n. 1, c.p.c. devono coesistere almeno due precondizioni: anzitutto, esso deve avere ad oggetto un provvedimento che abbia fatto (corretta) applicazione di uno o più principi nel tempo fissati dalla Corte di Cassazione⁴⁹ – si parla di una (non meglio specificata) «giurisprudenza» di riferimento – nonché i motivi di censura ivi contenuti debbono essere in grado di sollecitare un «mutamento» o, come recita in modo altrettanto criptico la norma, una successiva «conferma» nella predetta giurisprudenza della Corte.

In realtà, e a monte di tali elementi, la stessa identificazione del provvedimento (impugnato) che ha deciso le diverse questioni in modo conforme alla pregressa interpretazione fornita dalla Cassazione è attività non scevra da questioni interpretative e di natura particolarmente delicata: invero, se in taluni casi è in effetti chiaro il richiamo operato dal giudice di merito ai principi elaborati dalla Corte, non è raro però che questi spesso provveda a fornirne un'applicazione peculiare, in relazione ai caratteri del caso di specie chiamato a decidere⁵⁰.

⁴⁸ Cfr., *inter alia*, Cass. 6 agosto 2009, n. 17974; Cass. 21 febbraio 2007, n. 4071; Cass. 16 marzo 2007, n. 6268; Cass. 4 luglio 2007, n. 15108. La giustificazione ad una simile estensione viene in dottrina ravvisata nel principio di ragionevolezza del sistema, principio che verrebbe sostanzialmente revocato in dubbio qualora si consentisse, da una parte, ai ricorsi per regolamento di competenza un illimitato accesso alla Corte e, da altra parte, si «bloccassero» invece i ricorsi previsti al n. 2 dell'art. 360 c.p.c.; il tutto senza contare, poi, che se è l'esigenza della deflazione uno dei motivi ad aver ispirato il legislatore nell'elaborazione della riforma, questa risulterebbe, nei fatti, in un certo qual modo frustrata. Cfr., al riguardo, A. CARRATTA, *L'art. 360 bis c.p.c.*, cit., p. 890; aderisce alla tesi della Corte altresì G. SCARSELLI, *Circa il (supposto) potere*, cit., p. 1131 ss.

⁴⁹ Ovviamente, nessun «filtro» viene previsto per il caso in cui si censura un provvedimento di merito che si sia discostato – «difforme» dunque – dalla pregressa giurisprudenza della Corte.

⁵⁰ Al riguardo si vedano le perplessità di S. MENCHINI, *Sub art. 360 bis*, cit., p. 117, il quale si chiede, nell'ambito dell'individuazione del provvedimento «conforme» alla giurisprudenza della Cor-

Al riguardo la dottrina ha sottolineato che anche in situazioni simili – nelle quali il provvedimento non potrebbe tecnicamente definirsi «difforme» e dunque, sempre a rigore, a rischio di rimanere impigliato nelle maglie del «filtro» – un nuovo intervento chiarificatore della Corte, oltre a non risultare inutile, sarebbe invece opportuno⁵¹: al riguardo, da una parte, sarà compito della parte (*recitius*, dell'avvocato) presentare in modo efficace gli elementi che contraddistinguono il proprio ricorso così da stimolarne un riesame della questione e, da altra parte, la Sezione-filtro dovrà prestare particolare attenzione alla giurisprudenza richiamata, alla sua conferenza con il caso di specie e ai suoi esatti confini⁵².

Ciò premesso, l'elemento su cui ruota tutta l'impostazione della norma in esame è rappresentato dalla «giurisprudenza» della Corte, elevata a parametro di «inammissibilità» del ricorso.

Se chiara (e condivisibile) ne appare la *ratio* – ovvero, come ormai noto, il fatto di non poter «scomodare» la Corte e le sue limitate risorse in questioni già sufficientemente affrontate e risolte in passato – tuttavia, per come in concreto strutturato, l'art. 360 *bis*, n. 1 offre all'interprete non più che contorni vaghi e indefiniti del principale parametro che fonda la stessa idea di «selezione» dei casi.

Un primo dato che può, nondimeno, considerarsi indice della sussistenza di una opinione in un certo senso «consolidata» si ricava da altre disposizioni del codice di rito relative al giudizio di cassazione: in particolare, nella sussistenza di pronunce rese dalla Corte a Sezioni Unite, specie nei casi in cui le stesse siano state chiamate a risolvere una questione già affrontata, in modo divergente, dalle singole sezioni (art. 374, comma 2, c.p.c.)⁵³; nei casi in cui la Corte abbia pronunciato principi di diritto risolvendo «una questione di massima di particolare importanza» (art. 384, comma 1, c.p.c.); infine, ove siano individuabili principi di diritto pronunciati «nell'interesse della legge» (art. 373 c.p.c.)⁵⁴.

te, *inter alia* se «debb[a]no essere identici anche i motivi addotti per giungere alla conclusione condivisa oppure [sia] sufficiente che siano eguali i risultati interpretativi finali»; cfr. altresì A. GRAZIOSI, *Riflessioni*, cit., p. 46, secondo cui è necessario, ai fini della verifica in esame, che il caso deciso nella sentenza impugnata sia «perfettamente sovrapponibile» a quelli che hanno originato l'orientamento considerato.

⁵¹ In tal senso cfr. M. DE CRISTOFARO, Sub art. 360 *bis*, cit., p. 255.

⁵² Sul punto cfr. P. D'ASCOLA, *La riforma e le riforme del processo civile: appunti sul giudizio di Cassazione*, in G. Alpa (a cura di), *Le modifiche*, cit., p. 400 s.

⁵³ Al riguardo si segnala tuttavia la posizione di M. DE CRISTOFARO, Sub art. 360 *bis*, cit., p. 254, secondo cui anche in presenza di pronunce rese dalla Corte a Sezioni Unite, esse nondimeno non potrebbero considerarsi espressione di consolidati principi ogniqualvolta avverso la sentenza si registrino una generalizzata serie di posizioni critiche dottrinali unita a casi di mancato rispetto del principio da parte della giurisprudenza di merito.

⁵⁴ E. SILVESTRI, *Le novità*, cit., p. 416 s.; In argomento cfr. altresì P. D'ASCOLA, *La riforma*, cit., p. 400 s.; A. GRAZIOSI, *Riflessioni*, cit., p. 46 s.; G. RAITI, *Note esegetiche*, cit., p. 429.

I problemi evidentemente sorgono quando non sia possibile rinvenire siffatte tipologie di pronunce⁵⁵. In tali casi, e in presenza di più statuizioni di segno contrastante, numerose ricostruzioni sono state fornite in dottrina, pur con la dovuta consapevolezza che – sebbene siano tutte quante idonee, in astratto, a fornire parametri di identificazione ragionevoli – non si può tuttavia escludere che la Corte, *motu proprio*, ne elabori di altri, ovvero possa servirsi di quelli ad oggi conosciuti anche in modo congiunto⁵⁶.

In sintesi, da una parte è stata proposta una lettura in chiave «statistico-probabilistica» delle diverse pronunce della Corte, così da verificarne la frequenza nel confronto con quelle di segno opposto⁵⁷; altri, ancora, hanno posto l'attenzione sulla periodicità di pronunce aventi ad oggetto il medesimo principio, così come sul fatto che i precedenti di riferimento siano o meno particolarmente risalenti nel tempo⁵⁸; infine, anche considerazioni meramente «quantitative» potrebbero, a livello teorico, giustificare l'esistenza di un «consolidato» orientamento⁵⁹.

Quale che sia l'interpretazione più corretta della «giurisprudenza conforme» che il legislatore aveva in mente, una certa concordanza si registra nel definire – in negativo – ciò che invece non sarebbe idoneo a giustificare l'esistenza di un dato «orientamento»: rientrano in tali ipotesi, ad es., il caso in cui, a seguito dell'utilizzo dei diversi criteri sopra accennati, emerga una sostanziale situazione di «parità» tra orientamenti di segno opposto; oppure la sussistenza di alcune pronunce statuenti il medesimo principio le quali peraltro risultino particolarmente datate e mai più richiamate di recente; oppure ancora un numero esiguo di provvedimenti analoghi, magari resi dalla medesima Sezione⁶⁰. Analogo discorso var-

⁵⁵ E ciò tanto più se si considera che nel nostro sistema, la giurisprudenza della Suprema Corte pare sempre di più un «repertorio *bon à tout faire*, nel quale si può sempre sperare di trovare qualche pezza d'appoggio per la tesi che si vuole sostenere»: in tal senso v. M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Il Mulino, Bologna, 1991, p. 103.

⁵⁶ In questi termini cfr. S. MENCHINI, Sub art. 360 bis, cit., p. 117; B. SASSANI, R. TISCINI, Sub art. 360 bis, cit., p. 165.

⁵⁷ In tal senso cfr. G. RAITI, *Note esegetiche*, cit., p. 430, secondo cui si dovrà guardare «[a]i rapporti percentuali tra le pronunce di un dato segno, rispetto alle altre; se del caso, altresì, in combinazione con la distanza cronologica che separa un orientamento pur consolidato nel passato, in relazione al nuovo, difforme».

⁵⁸ Al riguardo, M. DE CRISTOFARO, Sub art. 360 bis, cit., p. 254, afferma che sia necessario identificare «una serie diacronicamente stabile di interventi omogenei sulla medesima *quaestio iuris*».

⁵⁹ Cfr., ad es., M. DE CRISTOFARO, Sub art. 360 bis, cit., p. 254; R. RORDORF, *Nuove norme in tema di motivazione delle sentenze e di ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 140; G. SALMÈ, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Foro it.*, 2009, c. 440, il quale sottolinea altresì la rilevanza, in questo settore, del compito spettante all'Ufficio del Massimario, chiamato, *inter alia*, a provvedere ad una costante ricognizione della giurisprudenza sulle diverse questioni affrontate dalla Corte.

⁶⁰ G. BALENA, *La nuova 'pseudo-riforma'*, cit., p. 791; M. DE CRISTOFARO, Sub art. 360 bis, cit., p. 254; A. GRAZIOSI, *Riflessioni*, cit., p. 42 s.; R. TISCINI, *Giudizio di cassazione*, cit., p. 370; v. però G. MONTELEONE, *Il punto*, cit., p. 975, secondo cui la condizione disposta dalla legge sareb-

rà, inoltre e a maggior ragione, nei casi di «terreno giurisprudenziale vergine»⁶¹, ovvero ogniqualvolta sulla *quaestio iuris* mai la Corte si sia pronunciata sino a quel momento⁶².

Va segnalato, in argomento, che negli ultimi tempi l'Ufficio del Massimario sta provvedendo a monitorare la giurisprudenza della Corte al fine di individuare quelle statuizioni – contrassegnate come «*Certa Lex*» nell'apposito portale *on line*⁶³ – le quali costituiscono oggi *ius receptum*, essendo state più volte ribadite sostanzialmente nei medesimi contenuti: l'iniziativa risulta apprezzabile nella misura in cui intende fornire ai ricorrenti un importante ausilio nella redazione dei propri atti processuali; al momento, tuttavia, il numero delle sentenze «certificate» è ancora troppo esiguo per predire se effettivamente ciò permetterà alla Corte di circoscrivere l'ambito del proprio sindacato e alle parti di verificare *ex ante* la «sostenibilità» della propria posizione.

Proseguendo nella disamina della norma, nel «bloccare» tutti quei ricorsi che non aggiungano nulla di nuovo a un determinato orientamento questa tuttavia si premura di evitare una indebita «cristallizzazione» dei precedenti della Corte tramite la clausola di salvezza relativa agli «elementi per (...) mutare l'orientamento della stessa».

Si tratta, forse, di una precisazione per certi aspetti superflua, posto che anche in assenza di questa mai si sarebbe dubitato che la Corte non potesse ritornare sui suoi precedenti ogniqualvolta ritenesse di modificare le posizioni in precedenza assunte⁶⁴.

be «automaticamente assolta» anche in presenza di contrasto con una sola pronuncia oppure con «alcune decisioni (...) anche se si tratta di giurisprudenza minoritaria»; in senso analogo v. L. MACIOCE, *Il «filtro» per l'accesso al giudizio di legittimità*, in M. ACIERNO, P. CURZIO, A. GIUSTI (a cura di), *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, Bari, Cacucci, 2015, p. 389; R. RORDORF, *Nuove norme*, cit., p. 140.

⁶¹ L'espressione è di A. BRIGUGLIO, Sub art. 360 bis, cit., p. 58, secondo cui «ove la sentenza impugnata, nella parte investita dal ricorso, risolva esplicitamente o implicitamente una o più *quaestiones iuris* nuove o comunque mai affrontate dalla giurisprudenza della Suprema Corte, il ricorso è da considerarsi senz'altro ammissibile (...), perché per definizione non potrà riscontrarsi il parametro di inammissibilità costruito sulla conformità fra sentenza impugnata e pregressa giurisprudenza»; in argomento cfr. altresì G. RAITI, *Note esegetiche*, cit., p. 430; R. TISCINI, *Giudizio di cassazione*, cit., p. 370.

⁶² Cfr., al riguardo, Cass. 25 marzo 2013, n. 7450, secondo cui tuttavia «l'art. 360 bis c.p.c. si applica non solo laddove la giurisprudenza della corte di cassazione abbia già giudicato nello stesso modo della sentenza di merito la specifica fattispecie proposta dal ricorrente, ma anche quando il caso concreto non sia stato deciso e, tuttavia, si presti palesemente ad essere facilmente ricondotto, secondo i principi applicati da detta giurisprudenza, a casi assolutamente consimili, e comunque in base alla logica pacificamente affermata con riguardo all'esegesi di un istituto nell'ambito del quale la vicenda particolare pacificamente si iscriva».

⁶³ Cfr. il motore di ricerca ufficiale predisposto dalla Corte di Cassazione al sito www.italgiureweb.it.

⁶⁴ In argomento cfr. G.F. RICCI, *La riforma*, cit., p. 66, il quale sottolinea l'inutilità di una tale precisazione, posto che «l'impugnativa di una questione decisa offre necessariamente sempre ele-

E tuttavia una qualche rilevanza connessa alla citata disposizione è possibile individuarla tanto sul piano del procedimento che in relazione alle attività delle parti: quanto al primo, nonostante l'art. 374, comma 3, c.p.c. preveda che nel caso di non condivisione del principio di diritto esposto dalle Sezioni Unite, ogni sezione semplice debba loro mettere la decisione del ricorso, la lettura combinata di tale ultima norma e della fattispecie in esame parrebbe invece riservare alla sola Sezione-filtro (non solo, come osservato in precedenza, l'individuazione di una «giurisprudenza» della Corte, ma altresì) la possibilità di attivare il meccanismo volto a provocare mutamenti di giurisprudenza, sottraendola così alle sezioni semplici: invero, se la regola vuole che il ricorso possa «passare» a queste ultime soltanto laddove non risulti inammissibile, alle sezioni semplici giungeranno soltanto quelle impugnazioni per le quali sarà necessario eventualmente «confermare», nell'accezione che si dirà subito di seguito, l'orientamento disatteso⁶⁵.

Quanto, poi, alla prospettiva delle parti, viene in rilievo la tecnica di redazione del ricorso: difatti, il difensore che intenda superare il preliminare *screening* sarà chiamato a redigere, ovviamente in presenza di ragioni fondate e non pretestuose, un ricorso «di qualità»⁶⁶, avendo cura di sottolineare in maniera efficace i diversi profili di criticità sollevati dall'orientamento contestato così come le connesse ragioni (e le conseguenti concrete ricadute) per le quali la Corte dovrebbe rimeditare la propria posizione⁶⁷.

menti nuovi per modificare la soluzione adottata dal primo giudice (altrimenti non sarebbe un'impugnativa)»; del resto, neppure nei Paesi appartenenti alla tradizione di *common law*, la Corte Suprema è vincolata dai propri precedenti ma può, tramite il c.d. *overruling*, superare gli orientamenti in passato elaborati.

⁶⁵ In tal senso si veda G. COSTANTINO, *Il nuovo processo*, cit., p. 308 s. In senso critico cfr. altresì A. CARRATTA, *Il «filtro» al ricorso in cassazione*, cit., p. 1565. Va peraltro anticipato che, secondo l'interpretazione preferibile, la Sezione semplice non è vincolata alla valutazione preliminare operata dalla Sezione-filtro: pertanto potrebbe anche accadere che la prima decida di rimettere la questione alle Sezioni unite, non condividendo il principio di diritto applicato. In argomento cfr., *infra*, par. 5.15.

⁶⁶ In argomento cfr. C. CONSOLO, *Una buona 'novella'*, cit., p. 740; R. TISCINI, *Giudizio di cassazione*, cit., p. 374 s.; F. CARPI, *Il tormentato filtro al ricorso in Cassazione*, in *Corriere giur.*, 2009, p. 1445 s. Di «valore pedagogico» dell'art. 360 *bis* parla M. FORNACIARI, *L'inammissibilità del ricorso per cassazione*, cit., p. 669, secondo cui la norma intenderebbe ammonire le parti, le quali intendono provocare un mutamento di giurisprudenza, ad essere particolarmente accorte nella redazione del ricorso, «in sostanza ad evitare di 'provarci'».

⁶⁷ Al riguardo la prima giurisprudenza ha interpretato la norma nel senso che il ricorrente debba non solo affermare che il provvedimento impugnato si colloca in contrasto con l'orientamento della Corte, ma altresì indicare specificamente le decisioni che formano tale «giurisprudenza consolidata», oltretutto ovviamente i motivi per i quali si rende opportuno una modifica dello stesso: così Cass. 16 aprile 2012, n. 5941; Cass. 8 febbraio 2011, n. 3142, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 490 ss., con nota di F. FERRARIS, *Primi orientamenti giurisprudenziali*, cit.; Cass. 16 giugno 2011, n. 13202; Cass. 27 gennaio 2011, n. 2018.

5.7. Segue: *possibili interpretazioni dell'antinomia letterale nella parte in cui si prevede che anche elementi idonei a «confermare» l'orientamento censurato permettono il superamento del vaglio preliminare*

Decisamente più problematica risulta la seconda parte della disposizione in commento la quale – dopo aver ribadito il «libero accesso», sebbene a giurisprudenza costante, per tutti quei ricorsi che contengano elementi tali da sollecitare un mutamento di indirizzo nella Suprema Corte – garantisce il superamento del vaglio anche nei casi in cui l'impugnativa, per utilizzare il testo dell'art. 360 *bis* n. 1, «offr[a] elementi per confermare» l'orientamento contestato.

La prima impressione è che si tratti di una norma non adeguatamente meditata dal nostro legislatore, poiché delle due l'una: o il ricorso – il quale, «per vocazione», intende sempre provocare un cambio di prospettiva in relazione alla pronuncia impugnata – che contenga elementi tali da indurre un ripensamento delle posizioni assunte in passato dalla Corte è idoneo a superare indenne il «filtro», oppure – qualora l'esito dell'impugnazione dovesse risultare nella riaffermazione tralatizia dei medesimi principi – esso dovrebbe, a rigore, essere destinato alla Sezione-filtro e alla conseguente declaratoria di «inammissibilità»; *tertium non datur*.

Invece, inspiegabilmente, la norma afferma che anche in caso di riconferma dell'orientamento contestato l'impugnazione può «fare il suo corso» giungendo così all'esame delle Sezioni semplici.

Ora, al di là delle perplessità relative a chi possa avere mai interesse a sollevare argomentazioni le quali suggeriscano la riconferma (proprio) dell'orientamento sulla cui base il giudice di merito ha rigettato le richieste formulate nei gradi precedenti⁶⁸, il timore è che, in realtà e per come in concreto strutturata, la predetta formulazione pregiudichi completamente l'intera disposizione di cui fa parte, mettendo seriamente a repentaglio quell'idea della deflazione e del «filtro» così come in origine meditata e perseguita; essa, in altre parole, finirebbe per «neutralizzare» la stessa *ratio* alla base del nuovo motivo di «inammissibilità» ammettendo la possibilità di un «accesso generalizzato» ai ricorsi, indipendentemente dal loro intrinseco «valore aggiunto».

Le ricostruzioni che la dottrina ha sin'ora offerto di tale disposizione, «redatta – così come affermato senza troppi convenevoli – in maniera sorprendentemente sciatta»⁶⁹, sono molteplici (anche per certi aspetti originali) e spaziano tra

⁶⁸ Non a caso, in dottrina si è parlato di «ricorso suicida» o di «nonsense» con riferimento alla fattispecie qui in esame: cfr., al riguardo, F.P. LUISO, *La prima pronuncia*, cit., p. 1132; S. MENCHINI, *Sub art. 360 bis*, cit., p. 117; G.F. RICCI, *La riforma*, cit., p. 68; R. TISCINI, *Giudizio di cassazione*, cit., p. 373. Cfr. altresì E.F. RICCI, *Il filtro in cassazione*, cit., secondo cui «l'ipotesi di un ricorrente che miri alla conferma della giurisprudenza a lui sfavorevole è francamente incredibile. Forse il legislatore voleva dire qualche cosa d'altro e non si capisce cosa».

⁶⁹ In tal senso v. E.F. RICCI, *Il filtro in cassazione*, cit.

ipotesi che intendono salvaguardarne in qualche modo l'operatività e altre che, invece, la ritengono frutto di un macroscopico e grossolano refuso e, come tale, ne decretano l'irrilevanza ai fini della disciplina del «filtro».

Così, partendo da queste ultime, v'è chi ha parlato di «errore sul piano logico» compiuto dal legislatore, posto che non potrebbe mai essere il ricorrente a presentare elementi che si risolvano, in ultima analisi, in una difesa *contra se*; in aggiunta, la precisazione in esame risulterebbe altresì inutile, avendo la Corte potuto, anche autonomamente e laddove fosse stato necessario meglio declinare il principio già più volte affermato, provvedere alla declaratoria di inammissibilità in uno con la fissazione del principio di diritto nell'interesse della legge ai sensi dell'art. 363, comma 3, c.p.c.⁷⁰.

Ancor più radicale è altra tesi, secondo la quale la norma sarebbe «lessicalmente sbagliata» e, probabilmente, il legislatore «intendeva pensare ad un'altra cosa». In particolare, seguendo tale impostazione, l'art. 360 *bis*, n. 1 farebbe in questi casi riferimento non già alle impugnazioni che contestino un certo indirizzo giurisprudenziale, ma solo a quelle proposte avverso un provvedimento «difforme» dalla pregressa giurisprudenza della Corte, ove la parte intenda ottenere, per l'appunto, una «riconferma» dell'orientamento che, qualora correttamente applicato, avrebbe dato ragione alle tesi del ricorrente⁷¹.

Sul versante opposto invece – nell'intento dunque di dare un significato ai termini utilizzati dalla norma – si registra in primo luogo la posizione di chi ritiene si tratti di una «conferma *sui generis*», la quale segue ad un effettivo riesame dell'orientamento criticato e che non si risolverebbe, dunque, nella mera ripetizione di ciò che è già stato chiarito in precedenza, ma che implicherebbe quantomeno un arricchimento ovvero una maggior specificazione a livello motivazionale⁷².

⁷⁰ In argomento cfr. A. BRIGUGLIO, Sub art. 360 bis, cit., p. 59 s.

⁷¹ Così G.F. RICCI, *La riforma*, cit., p. 68, il quale peraltro ribadisce che si tratta di una semplice ipotesi ricostruttiva; nell'offrire tale – originale – prospettiva, il medesimo A. contesta altresì chi ritiene che attraverso la disposizione in commento si sia inteso offrire la possibilità al ricorrente di limitare la propria impugnazione a ottenere un maggiore approfondimento delle ragioni della decisione impugnata, o anche una semplice correzione materiale della motivazione. In entrambi i casi, difatti, verrebbe meno quel requisito essenziale – l'interesse ad impugnare – che legittima la stessa idea di impugnazione, posto che un eventuale accoglimento non provocherebbe un mutamento del dispositivo del provvedimento contestato.

⁷² In argomento cfr. M. DE CRISTOFARO, Sub art. 360 bis, cit., p. 249; cfr. altresì C. CONSOLO, *Una buona 'novella'*, cit., p. 740, secondo cui per ricorso che «confermi» l'orientamento della Corte si dovrebbe intendere quella censura «idonea a sollecitare una qualsivoglia forma di ripensamento della giurisprudenza dominante, anche soltanto con riguardo al percorso logico-argomentativo che la caratterizza attualmente»; F.P. LUISO, *La prima pronuncia*, cit., p. 1132, secondo cui la norma andrebbe interpretata nel senso che il ricorrente debba offrire alla valutazione della Corte elementi tali da suggerire una rimeditazione della *quaestio iuris*, la quale potrà poi essere modificata ovvero ulteriormente specificata a seguito di un più approfondito esame da parte della Sezione semplice;

Sempre sul piano della salvaguardia della norma, una diversa rilettura è stata altresì fornita da chi ritiene – collocandosi in una prospettiva che fa leva sull'interesse ad impugnare – che la norma si applichi al caso in cui il ricorso intenda censurare quella sentenza che, sebbene si collochi all'interno di un preciso filone giurisprudenziale, tuttavia avrebbe male applicato i relativi principi di diritto, così da sollecitarne, tramite l'indicazione di validi e fondati «motivi», una «conferma», la quale però si risolva a vantaggio del ricorrente⁷³.

Infine, si ricorda la posizione che vede nella disposizione in esame una sorta di «norma in bianco», la quale intenderebbe esclusivamente «estender[n]e al massimo la portata», lasciando così alla Corte la successiva determinazione delle concrete fattispecie idonee a legittimare il passaggio del ricorso alle Sezioni semplici⁷⁴.

Quale che sia la soluzione più corretta, e nell'attesa di una precisa presa di

C. MANDRIOLI, in C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, cit., p. 70, secondo cui il ricorso deve contenere «critiche [a un certo orientamento della Corte] sufficientemente serie per meritare argomentate ragioni di conferma dello stesso orientamento»; A. GRAZIOSI, *Riflessioni*, cit., p. 47 s.; S. MENCHINI, Sub art. 360 bis, cit., p. 117; v. però F. CARPI, *Il tormentato filtro*, cit., p. 1446, il quale, pur aderendo alla tesi qui esposta, così conclude: «sia come sia il messaggio è evidente: se l'orientamento è chiaro e consolidato non è neppure il caso di discutere la questione».

⁷³ In tal senso cfr. G. REALI, Sub art. 360 bis, cit., p. 137 s.; G. SALMÈ, *Il nuovo giudizio*, cit., p. 438 ss.

⁷⁴ Così R. TISCINI, *Giudizio di cassazione*, cit., p. 373. In realtà le citate opinioni non esauriscono il novero delle interpretazioni dalla dottrina fornite con riferimento alla disposizione in esame. Così, ad es., si ricorda la posizione di G. RAITI, *Note esegetiche*, cit., p. 432, il quale fa riferimento alla figura del controricorrente: difatti, sostiene l'A., i motivi di censura contemplati dalla norma andrebbero identificati proprio nelle ragioni di contestazioni prospettate a conferma del provvedimento da tale ultimo soggetto, anche se riesce difficile immaginare che gli sforzi del controricorrente – nel chiedere la conferma del provvedimento impugnato – si possano risolvere nel legittimare il passaggio del ricorso alle Sezioni semplici (ovvero in una conseguenza certamente non voluta da tale parte); in senso analogo cfr. R. RORDORF, *Nuove norme*, cit., p. 140 s. E in effetti sul punto la recente pronuncia Cass., Sez. un., 19 giugno 2012, n. 10027 ha affermato che «il ricorso per cassazione basato su un consolidato orientamento della corte di legittimità non può ritenersi 'manifestamente fondato' (...) quando il controricorrente adduca validi argomenti critici a sostegno della tesi accolta dal giudice di merito, ed in contrasto con quella adottata dalla Cassazione». Va poi rilevata la posizione di chi, volendo rispettare la lettera della norma che parla di «inammissibilità», ritiene che in tale prospettiva la disposizione possieda una sua intrinseca coerenza, prevedendo questa una «condizione formale di ammissibilità»: secondo tale prospettiva, in particolare, è sufficiente che il ricorrente, tramite una specifica indicazione dei motivi di ricorso, esponga elementi logici e giuridici che possano suggerire alla Corte un riesame nel merito della questione, la quale poi potrà concludersi o con una modifica dell'orientamento censurato o con una conferma del medesimo; ma si tratta di risultati irrilevanti, al livello di preliminare *screening*, poiché attinenti al merito dell'impugnazione. In tal senso cfr. G. SCARSELLI, *Il punto*, cit., p. 974 s.; in senso analogo v. R. POLI, *Il c.d. filtro*, cit., p. 368 s.; va peraltro precisato che, a seguito della prima pronuncia della Corte che ha qualificato il controllo della Sezione-filtro quale verifica relativa alla manifesta (fondatezza o) infondatezza del ricorso, tali ricostruzioni risultano forse in parte superate.

posizione della giurisprudenza, si può tuttavia sostanzialmente concordare sul fatto che la norma in commento faccia riferimento (quantomeno) a quei ricorsi che attengano a questioni su cui un orientamento maggioritario abbia pure incominciato a formarsi, ma risulti ancora dai contorni poco definiti e bisognoso di ulteriori declinazioni in relazione alla complessità delle fattispecie di volta in volta considerate⁷⁵.

E proprio in questa prospettiva si colloca una interessante ricostruzione la quale riconnette la disposizione, per l'appunto, a situazioni giurisprudenziali «meno nette», ove a fianco di orientamenti statisticamente dominanti siano rinvenibili altre posizioni meno frequentemente adottate ma pur sempre identificabili nella serie di pronunce rese nel passato, sulla medesima questione giuridica, dalla Suprema Corte. In tali casi, il ricorrente avrebbe interesse ad impugnare quel provvedimento che abbia recepito uno dei (diversi) sensi accreditati dalla Corte, ogniqualvolta intenda ottenerne l'adozione di altra impostazione in passato già (magari più volte) affermata.

Tale rilettura, la quale permetterebbe di dare un senso maggiormente concreto alla parola «confermare», troverebbe altresì fondamento a livello testuale, ove si registra l'utilizzo al contempo di due differenti termini – a monte, «giurisprudenza» e, a valle, «orientamento» – i quali dovrebbero assumere differenti accezioni: la prima farebbe riferimento all'«esperienza interpretativa» nel suo complesso, mentre il secondo a «uno dei filoni o singoli precedenti in cui [la Corte] si è espressa», cui il ricorrente intende riferirsi nella speranza che i giudici decidano (non soltanto di riesaminare «nel merito» l'impugnazione, bensì) di accoglierlo con la propria decisione⁷⁶.

5.8. *L'art. 360 bis n. 2: ambito di applicazione e rischi connessi ad una interpretazione troppo estesa o, viceversa, troppo particolareggiata*

Il secondo parametro di «inammissibilità» indicato dall'art. 360 *bis* n. 2 pone, se possibile, interrogativi ancora più complessi del primo: esso, invero, afferma che il ricorso in cassazione è altresì inammissibile ogniqualvolta risulti «manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo».

L'unico elemento di certezza risulta il fatto che si tratta di un (ulteriore) caso di manifesta infondatezza, sebbene – come ormai noto – strutturato nelle forme

⁷⁵ Tuttavia, anche l'effettiva individuazione di simili situazioni pare attività non scevra da problematicità: se già non è facile rendersi conto, come in precedenza osservato, della sussistenza di un «orientamento consolidato», ancor più complesso sembra il poter rispondere alla domanda: ma tale «orientamento» è «abbastanza consolidato»?

⁷⁶ In argomento cfr. P.L. NELA, *Per un'interpretazione dell'art. 360 bis, n. 1, c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 143 ss.

dell'«inammissibilità»⁷⁷: al riguardo, peraltro, è stata da più parti sottolineata la dubbia utilità della disposizione in commento posto che la Corte avrebbe potuto provvedere comunque nel medesimo senso ai sensi dell'art. 375, comma 1 n. 5, c.p.c. (dunque tramite una declaratoria di manifesta infondatezza e non di inammissibilità)⁷⁸.

Ciò premesso, il parametro di «filtro» in commento risulta costruito attorno alla figura dei «principi regolatori del giusto processo», definizione tanto «robustante» quanto di difficile identificazione⁷⁹ e la cui specificazione porta con sé significative ricadute sullo stesso meccanismo predisposto dal legislatore⁸⁰.

Invero, qualora si dovesse riferire il criterio in esame a tutte le norme processuali le quali contribuiscono, nel loro insieme, a garantire, per utilizzare le parole dell'art. 111 Cost., il «giusto processo regolato dalla legge», ciò si risolverebbe in una sostanziale inutilità del nuovo parametro di «filtro», posto che esso – limitandosi in pratica a diversamente inquadrare il vizio della censura *sub specie* di inammissibilità – nulla aggiungerebbe alle facoltà spettanti alla Corte né, soprattutto, gioverebbe alle esigenze deflative alla base della riforma⁸¹.

L'adozione di una prospettiva più restrittiva⁸², tuttavia, solleva questioni po-

⁷⁷ Di «corto circuito» tra le nozioni di inammissibilità e manifesta infondatezza parla R. RORDORF, *Nuove norme*, cit., p. 141.

⁷⁸ In argomento cfr. B. SASSANI, *A.D.*, 2009, cit., § 8, secondo cui «la Corte non aveva bisogno di farsi autorizzare dal legislatore per il caso della manifesta infondatezza del n. 2 dell'articolo, poiché la manifesta infondatezza del ricorso rientrava già nei casi del rigetto con la procedura della camera di consiglio [di cui all'art. 375 c.p.c.] e non aggiunge granché trasformare una manifesta infondatezza in un caso di inammissibilità»; cfr. altresì E. SILVESTRI, *Le novità*, cit., p. 421.

⁷⁹ Non a caso C. CONSOLO, *Una buona 'novella'*, cit., p. 740, definisce il parametro in esame «seducente ma sfuggente».

⁸⁰ Al riguardo R. TISCINI, *Giudizio di cassazione*, cit., 374, parla di concetto che sembra essere divenuto una vera e propria «moda giudiziaria», cui sovente fanno riferimento sia gli avvocati nella redazione dei ricorsi che la stessa Corte nell'esercizio del proprio sindacato; di «irresistibile fascino» della nozione di giusto processo, poi sistematicamente «bistrattat[o] nella quotidianità», parla E. SILVESTRI, *Le novità*, cit., p. 420.

⁸¹ In effetti, si tratterebbe delle medesime censure contemplate dall'art. 360 n. 4), c.p.c.; al riguardo cfr. la posizione critica di G.F. RICCI, *Il Ricorso per cassazione*, cit., p. 135, secondo cui «la nuova norma del n. 2 dell'art. 360 bis c.p.c. è nella sostanza una norma inutile (...). Infatti, l'individuazione di un presunto tipo di censure relative alla violazione delle norme sul giusto processo non aggiunge niente di più al contenuto dell'art. 360 c.p.c., giacché tali censure potranno avere rilievo soltanto in quanto refluiscano nel n. 4 dell'art. 360 c.p.c. ed in quanto sussistano i requisiti di ricorribilità da quest'ultima norma previsti». In senso analogo cfr. G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, cit., p. 125 s.; M. BOVE, A. SANTI, *Il nuovo processo civile*, cit., p. 67; M. DE CRISTOFARO, *Sub art. 360 bis*, cit., p. 262; M. FORNACIARI, *L'inammissibilità del ricorso per cassazione*, cit.; G. RAITI, *Note esegetiche*, cit., p. 435.

⁸² Si veda, al riguardo, R. RORDORF, *Nuove norme*, cit., p. 142 s., secondo cui l'ambito di operatività dell'art. 360 bis n. 2 risulterebbe più ristretto di quello dell'art. 360 n. 4, finendo così per limitare la proponibilità delle censure *in procedendo* sulla base di tale ultima disposizione; in senso

tenzialmente insuperabili. Invero, qualora si ritenesse che i «principi regolatori del giusto processo» possano predicarsi solo a quelle censure processuali idonee ad incidere direttamente sui valori costituzionalmente tutelati, una simile rilettura – oltre a costringere la Corte ad operare una difficile (e non scevra da profili di discrezionalità) valutazione, caso per caso, sulla concreta lesione, da parte del vizio denunciato, di precetti di rango costituzionale⁸³ – si porrebbe evidentemente in contrasto con l'art. 360 c.p.c., in particolare sul piano degli stessi motivi che legittimano il ricorso di ultima istanza. Difatti, seguendo la citata linea ricostruttiva, e a meno di non intendere la portata dell'art. 360 *bis* n. 2) circoscritta alle sole violazioni più gravi, ciò che legittimerebbe, di conseguenza, un «accesso incondizionato» per tutti quei profili di censura processuale non idonei ad incidere sui principi regolatori del giusto processo⁸⁴, la limitazione della portata del parametro in esame comporterebbe una significativa delimitazione del motivo di doglianza di cui al n. 4) dell'art. 360, il quale verrebbe così ad essere parzialmente abrogato da una disposizione, l'art. 360 *bis*, certamente «ancillare» alla prima.

Ma non solo: l'interpretazione che fa leva sulla distinzione, all'interno dei vizi processuali, di quelli «di rango più elevato» pare difficilmente conciliabile anche con la garanzia – sancita dall'art. 111, comma 7, Cost. – di ricorso per cassazione «per violazione di legge», la quale può e deve essere intesa non soltanto come legge sostanziale ma anche processuale⁸⁵.

analogo cfr. G. SALMÈ, *Il nuovo giudizio*, cit., p. 441, secondo cui la disposizione in esame avrebbe «tipizzato l'interesse a dedurre le violazioni di norme processuali, prevedendo che tale interesse sussiste solo quando tali violazioni costituiscono al tempo stesso violazioni dei principi regolatori del giusto processo ovvero che per essere rilevante il vizio processuale deve essere causalmente collegato a tali violazioni».

⁸³ In argomento cfr. E. SILVESTRI, *Le novità*, cit., p. 421 ss.; EAD., Sub art. 360 *bis*, in F. CARPI-M. TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Cedam, Padova, 2012, p. 1362; cfr. altresì P. D'ASCOLA, *La riforma*, cit., p. 403.

⁸⁴ Al riguardo cfr. E.F. RICCI, *Il filtro in cassazione*, cit.; R. POLI, *Il c.d. filtro di ammissibilità*, cit., p. 374; G. RAITI, *Note esegetiche*, cit., p. 434 s. Una siffatta ricostruzione inoltre, produrrebbe cadute potenzialmente nocive sullo stesso meccanismo di «filtro» poiché sarebbe sufficiente al ricorrente inserire un qualsivoglia motivo di censura tipicamente «di rito» per consentire il superamento del preliminare vaglio.

⁸⁵ In giurisprudenza, per la tesi che ricomprende nel parametro «violazione di legge» anche la legge processuale, cfr., *inter alia*, Cass. 4 dicembre 2002, n. 17235; Cass., Sez. un., 24 settembre 1993, n. 9674; Cass., Sez. un., 30 ottobre 1992, n. 11846; Cass. 16 maggio 1992, n. 5888; in dottrina cfr. G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, cit., p. 37, secondo cui l'art. 360 *bis* n. 2) «non può essere interpretato in un senso che porterebbe surrettiziamente a restringere, in violazione dell'art. 111 Cost., l'area dei motivi per i quali è esperibile l'impugnazione dinanzi alla Corte Suprema»; in senso analogo cfr., *inter alios*, A. GRAZIOSI, *Riflessioni*, cit., p. 56 ss.; M. DE CRISTOFARO, Sub art. 360 *bis*, cit., p. 260; R. POLI, *Il c.d. filtro di ammissibilità*, cit., p. 374; G. RAITI, *Note esegetiche*, cit., p. 434; E. SILVESTRI, *Le novità*, cit., p. 421.

V'è infine una terza linea ricostruttiva, secondo la quale l'art. 360 *bis* n. 2 farebbe riferimento a censure relative a principi differenti e ulteriori rispetto ai normali vizi *in procedendo*, i quali solo in tal modo potrebbero trovare una effettiva tutela nell'ordinamento processuale⁸⁶. Siffatta idea, tuttavia – oltre ad essere difficilmente compatibile con la medesima *ratio* deflattiva della riforma – da una parte presupporrebbe l'esistenza di violazioni a regole fondamentali del processo che non si traducono necessariamente in una effettiva *deminutio* nella posizione della parte e, da altra parte, ricaverebbe un ulteriore motivo di ricorso in cassazione *a contrario* da una norma che invece intenderebbe limitarne la proponibilità⁸⁷.

Tutto ciò considerato, in questa fase sembra preferibile accogliere la prima tesi, e dunque ritenere che, con una certa approssimazione⁸⁸, tutte le censure idonee a ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 360 n. 4 costituiscano anche violazioni dei principi regolatori del giusto processo⁸⁹; certamente, il dubbio di

⁸⁶ Si veda in argomento, sebbene in senso possibilista, R. TISCINI, *Giudizio di cassazione*, cit., p. 375 s. la quale fa riferimento ad eventuali violazioni del principio del contraddittorio verificatesi nel corso del processo, le quali tuttavia non hanno dato luogo ad una nullità vera e propria oppure la cui nullità sia stata accidentalmente sanata; in argomento cfr. altresì M. FARINA, *Note minime sul «filtro» in cassazione*, in www.judicium.it.

⁸⁷ Sulla impossibilità di ricavare ulteriori motivi di ricorso in cassazione si veda S. MENCHINI, Sub art. 360 *bis*, cit., p. 118. In giurisprudenza cfr. Cass. 29 ottobre 2012, n. 18551, la quale ha affermato che «la 'violazione dei principi regolatori del giusto processo', di cui all'art. 360 *bis*, 1° comma, n. 2 c.p.c., non integra un nuovo motivo di ricorso accanto a quelli previsti dall'art. 360, 1° comma, c.p.c., in quanto il legislatore ha unicamente segnato le condizioni per la sua rilevanza mediante l'introduzione di uno specifico strumento con funzione di 'filtro', sicché sarebbe contraddittorio trarre la conseguenza di ritenere ampliato il catalogo dei vizi denunciabili». Si segnala infine l'ipotesi ricostruttiva – «di contemperamento» fra le suesposte tesi restrittive e «onnicomprensive» – di Consolo il quale prospetta un'applicazione dell'art. 360 *bis* n. 2 limitata agli *errores in procedendo ex* n. 4 commessi non già autonomamente dal giudice dell'impugnazione, bensì da quest'ultimo su di un *error in procedendo* imputabile al giudice di primo grado che, pur denunciato in appello, sia stato erroneamente escluso dal giudice dell'impugnazione. In simili situazioni si potrebbe ammettere che «la sezione filtro, ove non ritenga che la denunciata violazione attenga ai principi regolatori del giusto processo, possa definire immediatamente il ricorso con una pronuncia di inammissibilità»: così C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, cit., 571.

⁸⁸ Al riguardo G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 228, individua un unico caso in cui la censura non sia idonea a ricadere nell'ambito dell'art. 360 n. 4 e, dunque, debba considerarsi sollevabile «autonomamente» ai sensi dell'art. 360 *bis*: la violazione del principio del contraddittorio provocato da un errore giudiziario il quale abbia a sua volta causato nocumento a una delle parti. Si tratterebbe tuttavia – ad es. il caso in cui il giudice non abbia concesso i termini per memorie *ex* art. 183 c.p.c. sebbene richiesti, oppure non abbia garantito il contraddittorio nell'ammissione di una prova d'ufficio – di fattispecie piuttosto esemplificative e «di scuola».

⁸⁹ Emblematica risulta, al riguardo, la considerazione di S. MENCHINI, Sub art. 360 *bis*, cit., p. 118, secondo cui «l'attività contraria ai canoni del giusto processo, posta in essere dal giudice *a quo*, o determina la nullità della sentenza, ma allora si rientra a pieno titolo nel campo di applica-

quale possa essere il vantaggio nel dichiarare esse «inammissibili» – e non «manifestamente infondate» – permane, tenuto conto che entrambe le pronunce vengono pur sempre rese nelle forme semplificate camerale⁹⁰.

Del resto, la prima pronuncia sul «filtro» sembrerebbe offrire – sia pure non direttamente ma tramite *obiter dictum* – una conferma di tale tesi, laddove afferma che, anche nel caso *sub* n. 2, «in presenza di un'applicazione della norma, processuale o sostanziale, conforme alla propria giurisprudenza, [qualora] la corte non ravvisi negli argomenti svolti dal ricorrente a sostegno della censura ragioni che valgano a dimostrarne l'inconciliabilità con i principi del giusto processo» provvederà alla declaratoria nelle forme semplificate della camera di consiglio: parrebbe dunque che, ferma l'assenza di limitazione nella impugnazione di *errores in procedendo*, l'unico elemento rilevante, ai fini dell'applicazione del «filtro», risulti il fatto che vengano addotte (o meno) sufficienti ragioni per superare l'orientamento ribadito dal giudice di merito nell'esercizio del proprio sindacato⁹¹.

In realtà il problema sembra tutt'altro che risolto, posto che una successiva pronuncia – la n. 30652 del 30 dicembre 2011 – ponendosi in contrasto con la prima ordinanza, ha rigettato un'impugnativa che denunciava, *inter alia*, la mancata informativa *ex art.* 163 n. 7, contenuta in un atto di appello regolarmente notificato *ex art.* 330 all'avvocato della parte costituita, trattandosi di norma la quale «ben difficilmente» potrebbe riconnettersi ai «principi regolatori del giusto processo», dunque accogliendo una nozione di questi ultimi più ristretta rispetto alle censure sollevabili *ex art.* 360 n. 4 e confermando il panorama estremamente incerto in cui si colloca il nuovo parametro di valutazione dei ricorsi⁹².

zione dell'art. 360, n. 4, c.p.c., o non è in grado di tramutarsi in una causa di invalidità della pronuncia finale, ma allora non costituisce motivo di ricorso per cassazione: *tertium non datur*». In senso analogo cfr M. BOVE, A. SANTI, *Il nuovo processo civile*, cit., p. 67.

⁹⁰ Al riguardo v. A. GRAZIOSI, *Riflessioni*, cit., p. 58, secondo cui la lettura dell'art. 360 *bis* n. 2 che ne individua l'ambito di applicazione in tutti gli *errores in procedendo* – l'unica «possibile» – avrebbe qualche utilità nella misura in cui permette una più rapida definizione, specie in punto di motivazione, della grande quantità di ricorsi ove si invoca genericamente «e spesso inappropriatamente» la violazione di principi e garanzie fondamentali del processo; in argomento cfr. altresì S. MENCHINI, *Sub art.* 360 *bis*, cit., p. 119, il quale ritiene che la disposizione abbia un rilevante significato di «politica del diritto», enfatizzando il ruolo dei principi regolatori del giusto processo, ai fini della validità della pronuncia, nell'ambito delle diverse censure procedurali che possono venire sollevate. V. però L. MACIOCE, *Il «filtro»*, cit., p. 391, secondo cui la previsione di cui al n. 2 si è rivelata un «completo fallimento (...) per la stessa plausibilità della pretesa selettiva».

⁹¹ In argomento cfr. F.P. LUISO, *La prima pronuncia*, cit., p. 1136 s.; R. TISCINI, *Giudizio di cassazione*, cit., p. 377.

⁹² Cfr. Cass. 30 dicembre 2011, n. 30052, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1085 ss. con nota critica di R. DONZELLI, *Il filtro in cassazione e la violazione dei principi regolatori del giusto processo*. Del resto anche il documento redatto dall'Ufficio del massimario della Corte di Cassazione dal titolo *Riflessioni, su continuità e innovazione, per l'applicazione dell'art. 360 bis del codice di procedura civile*, consultabile al sito www.cortedicassazione.it, ha affermato che le garanzie cui farebbe riferimento

Un'ulteriore questione correlata alla norma in esame riguarda poi il relativo ambito di applicazione. Nella prospettiva del legislatore – e in un'ottica, per così dire, «geometrica» – essa intenderebbe operare là dove non arriva il parametro di cui al n. 1 dell'art. 360 *bis*: pertanto, mentre in quest'ultimo caso vengono considerati gli *errores in iudicando* (art. 360 n. 3) ma anche, come osservato, gli *errores in procedendo de jure*, con il n. 2 si sarebbe inteso sottoporre al preliminare *screening* tutti i vizi *in procedendo* che non presuppongono la risoluzione di questioni di diritto così esaurendo il catalogo dei motivi di censura previsti all'art. 360 c.p.c. (art. 360, comma 2 nn. 1, 2, 4) con eccezione del solo vizio di motivazione⁹³.

I problemi tuttavia sorgono con riferimento a quest'ultima tipologia di censura, idonea a porre rilevanti problemi di coordinamento con la nuova disciplina del «filtro». Al riguardo si contano in dottrina almeno tre differenti posizioni: secondo una prima interpretazione, non potendo essere il vizio di cui al n. 5) dell'art. 360 c.p.c. sussunto né all'interno del parametro di cui al n. 1, né in quello di cui al n. 2 dell'art. 360 *bis*, ne deriverebbe la sostanziale abrogazione del motivo di censura in esame da parte di tale ultimo articolo⁹⁴.

Secondo altra ricostruzione, all'opposto, il vizio di motivazione semplicemente non sarebbe ricompreso nella disciplina del «filtro», con la spiacevole conseguenza, tuttavia, che sarebbe sufficiente – per ogni ricorrente che intenda superare il vaglio della Sezione-filtro – inserire nell'impugnazione un qualsiasi motivo di censura *ex art.* 360 n. 5 per riuscire ad eludere l'applicazione dell'intera disciplina⁹⁵.

l'art. 360 *bis* n. 2 sarebbero individuate «nei temi del contraddittorio e della difesa, del diritto alla prova, della terzietà del giudice e della pronunzia di una decisione motivata, in relazione alle quali par quindi destinata a misurarsi l'idoneità dei vizi *in procedendo* agli effetti della ammissibilità dei ricorsi che ne facciano denuncia», a ulteriore dimostrazione del fatto che il tema è attualmente oggetto di acceso dibattito e destinato ad essere supportato da future e ulteriori opinioni della giurisprudenza.

⁹³ A. BRIGUGLIO, Sub *art.* 360 *bis*, cit., p. 62, definisce il parametro in esame quale «norma di chiusura per i casi non riconducibili o scomodamente riconducibili – e cioè solo attraverso una forzatura nel riscontro di un'interpretazione implicita alla spalle della statuizione impugnata – al n. 1»; in argomento cfr. altresì F. CARPI, *Il tormentato filtro*, cit., p. 1446; G. REALI, Sub *art.* 360 *bis*, cit., p. 143 s.

⁹⁴ Questa tesi è stata paventata – sebbene in un momento antecedente la riforma del 2012 – da C. CONSOLO, *Una buona 'novella'*, cit., p. 740; E.F. RICCI, *Il filtro in cassazione*, cit.; *contra v.* però G. COSTANTINO, *Il processo in cassazione*, cit., p. 306; S. MENCHINI, Sub *art.* 360 *bis*, cit., p. 118.

⁹⁵ In tal senso cfr. M. DE CRISTOFARO, Sub *art.* 360 *bis*, cit., p. 264 s., il quale peraltro ha cura di specificare che la Sezione-filtro potrà legittimamente «bloccare» un ricorso incentrato su vizio di motivazione ogniqualvolta, ad es., lo ritenga manifestamente infondato, posto che la apposita sezione, al di là dello *screening* connesso all'art. 360 *bis* c.p.c., è in ogni caso chiamata a verificare se il ricorso possa essere definito nelle forme semplificate della camera di consiglio anche qualora risulti *ictu oculi* manifestamente infondato.

Una terza lettura, volta a salvaguardare il più possibile l'operatività della nuova disciplina, cerca invece di individuare un collegamento tra il vizio in esame e il parametro di cui al n. 2 dell'art. 360 c.p.c., riconoscendo alla motivazione il valore di «principio regolatore del giusto processo», come tale suscettibile di controllo preliminare – in punto manifesta infondatezza – da parte della Sezione-filtro⁹⁶.

La tesi da ultimo esposta trarrebbe, altresì, conferma nella recente riforma dell'art. 360 c.p.c., la cui previsione oggi limita l'impugnazione all'«omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti»; invero, la novellata censura si riconnette alla sola situazione più grave – quella della vera e propria omissione di motivazione⁹⁷ – la quale, a differenza degli altri casi in passato contemplati, sembrerebbe più agevolmente assumibile tra i principi di rango costituzionale contemplati dall'art. 360 *bis*⁹⁸; va peraltro segnalato come la prima giurisprudenza della Corte paia escludere il vizio di motivazione dall'ambito di applicazione dell'art. 360 *bis* n. 2, con ciò dunque avallando la seconda tesi menzionata, laddove ha affermato che «il ricorso per cassazione può essere dichiarato inammissibile, ai sensi dell'art. 360 *bis*, n. 2, c.p.c., se è manifestamente infondata la censura concernente la violazione dei 'principi regolatori del giusto processo' e cioè delle regole processuali, ma non già quando sia manifestamente infondata la censura concernente il vizio di motivazione della sentenza impugnata, proposta ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c.»⁹⁹.

⁹⁶ Cfr., al riguardo, A. BRIGUGLIO, *Sub art. 360 bis*, cit., p. 65, secondo cui «non solo l'omissione, ma anche l'insufficienza o la contraddittorietà del ragionamento in fatto del giudice del merito, quando vi sono davvero, rappresentano altrettanti colpi mortali alla garanzia della motivazione assicurata dallo stesso art. 111 Cost. e sicuramente riconducibile a quelle che massimamente presiedono alla giustizia del processo»; in senso analogo cfr. altresì F. CARPI, *L'accesso alla Corte di cassazione*, cit., p. 776; ID., *Il tormentato filtro*, cit., p. 1446; B. SASSANI, R. TISCINI, *Sub art. 360 bis*, cit., p. 168; E. SILVESTRI, *Le novità*, cit., p. 422. Lo stesso autore ha altresì intravisto in tale situazione una sorta di resipiscenza di quel «quesito di diritto» previsto originariamente all'art. 366 *bis* e abrogato con la riforma del 2009. Infatti, affermare che l'art. 360 *bis* n. 2 si applichi anche in relazione all'art. 360, comma 1° n. 5, equivarrebbe, in buona sostanza, ad affermare che quel ricorso che non identifichi a sufficienza quel «fatto controverso in relazione al quale la motivazione si assume omessa o contraddittoria, ovvero le ragioni per le quali la dedotta insufficienza della motivazione la rende inidonea a giustificare la decisione» è inammissibile: così A. BRIGUGLIO, *Ecco il «filtro»!*, cit.

⁹⁷ Il riferimento è alla legge 7 agosto 2012, n. 134; in argomento cfr., *infra*, par. 5.17.

⁹⁸ V., in argomento, C. CONSOLO, *Una buona 'novella'*, cit., p. 740, il quale, con riferimento alla previgente disposizione, metteva in dubbio la sopravvivenza, nel novero delle censure *sub* n. 5) dell'art. 360, del solo profilo relativo alla insufficienza di motivazione (escludendo dunque dalla portata restrittiva del «filtro» quello relativo alla «omissione»).

⁹⁹ Cfr. Cass. 15 maggio 2012, n. 7558. L'oggettiva difficoltà di interpretazione dell'art. 360 *bis* è stata infine riconosciuta anche dal legislatore che – in sede di redazione di una ulteriore riforma orientata «all'efficienza del processo civile» (d.d.l. 11 marzo 2015, n. 2953), attualmente all'esame

5.9. Segue: caratteri delle censure suscettibili all'interno della categoria «principi regolatori del giusto processo»

Si è detto, poco sopra, che il concetto di «principi regolatori del giusto processo» sia attualmente in fase di definizione ad opera della giurisprudenza, mentre la prevalente dottrina ritiene che esso non possa venire inteso come una categoria «di rango superiore» – ai sensi e per gli effetti del nuovo «filtro» – a quella contemplata dall'art. 360 n. 4, pena la conseguente e surrettizia limitazione delle doglianze procedurali in cassazione.

Per tale motivo, e nell'attesa di un chiarimento da parte della medesima Corte, ne è stata prospettata una ricostruzione il più possibile ampia (in certo qual modo costituzionalmente orientata) la quale insista non solo sui precetti relativi al processo affermati nella nostra Costituzione¹⁰⁰ – a cominciare dall'art. 111, commi 1 e 2, a norma dei quali, rispettivamente, «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge» e «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale»¹⁰¹ – e nelle fonti normative di natura sovranazionale e comunitaria¹⁰², ma anche su tutte quelle disposizioni, rinvenibili nel codice di rito così come nelle leggi ordinarie di volta in volta intervenute a integrare-correggere le disposizioni procedurali, che insieme formano la categoria del c.d. «ordine pubblico processuale»¹⁰³.

delle camere – intende procedere ad una «riformulazione dell'art. 360 *bis* (...) in reazione della oggettiva difficoltà di comprendere il significato del n. 2 (...), in modo da far emergere un precetto univoco, che esprima con maggior chiarezza l'interpretazione prevalente».

¹⁰⁰ Al riguardo G. COSTANTINO, *Il nuovo processo*, cit., p. 309, individua i «principi regolatori» in quelli deducibili non solo dalla Costituzione ma, soprattutto, dalla giurisprudenza della Corte costituzionale anteriore alla novella costituzionale del 2000 e successiva al novellato art. 111 Cost.

¹⁰¹ Oltre all'art. 111 Cost. vengono in evidenza l'art. 24, in riferimento al diritto di azione e difesa, l'art. 3, in relazione all'uguaglianza formale e sostanziale delle parti, l'art. 25, relativo alla precostituzione per legge del giudice naturale, l'art. 101, relativo all'autonomia e indipendenza della magistratura; non viene invece solitamente ricompreso il principio di ragionevole durata del processo, sebbene contemplato dall'art. 111, comma 2, Cost., poiché la relativa violazione non darebbe luogo a vizio nella decisione, ma solo ad una tutela essenzialmente risarcitoria: al riguardo cfr. G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., p. 222.

¹⁰² Ad es., si possono in questa sede ricordare i principi contenuti nell'art. 6 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo, nonché le diverse direttive dell'Unione Europea idonee ad incidere, anche solo indirettamente, sui diritti delle parti.

¹⁰³ In tal senso v. G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., p. 224 e S. MENCHINI, *Sub art. 360 bis*, cit., p. 118 s. In argomento cfr. altresì S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 1010 ss.; A. CHIZZINI, *Prolegomena a ogni futura metafisica del «giusto processo» che voglia presentarsi come rispettosa della tutela costituzionale dei diritti*, in F. CIPRIANI (a cura di), *Stato di diritto e garanzie processuali*, Napoli, 2008, p. 121 ss.; L. MONTESANO,

Tuttavia, in ossequio all'orientamento formatosi ormai da tempo nella giurisprudenza di legittimità – secondo il quale in tanto le impugnative in Cassazione per nullità della sentenza o del procedimento potranno trovare accoglimento in quanto si siano risolte in un effettivo pregiudizio per la parte ricorrente tale per cui la sentenza avrebbe avuto, in assenza della violazione, un differente contenuto¹⁰⁴ – anche con riferimento ai precetti ricompresi nel novero della generica categoria dei «principi regolatori del giusto processo» non sarebbe sufficiente una mera denuncia – in astratto – di mancato rispetto di uno di tali canoni: al fine di aggirare la declaratoria di «inammissibilità-manifesta infondatezza», occorrerebbe dunque ricondurre la violazione del precetto ad un pregiudizio in concreto subito¹⁰⁵.

Così, per citare solo alcuni esempi, qualora si censuri il mancato rispetto del principio del contraddittorio, sarà necessario indicare, in concreto, le singole disposizioni che si assumono violate dal giudice e le conseguenze nella specie verificatesi sulle facoltà e diritti della parte interessata; ancora, laddove oggetto del ricorso sia l'assenza di imparzialità del giudice, dovranno altresì essere indicati i motivi specifici (dunque, uno di quelli previsti all'art. 51 c.p.c.) a sostegno di tale contestazione e le ricadute sulla successiva pronuncia; infine, in materia di prove, nel caso sia la violazione del principio dispositivo a costituire oggetto di autonomo motivo di ricorso, esso potrà verosimilmente superare il vaglio della Sezione-filtro solo se venga contestualmente indicata l'attività istruttoria dal giudice compiuta *ex officio* laddove invece essa sarebbe dovuta rientrare tra quelle sollecitabili dalle sole parti (e la quale abbia provocato un deterioramento della posizione del ricorrente), oppure si censuri l'erronea valutazione di una prova in

La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di «terza via», in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 929 ss.; G. TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 1 ss.; N. TROCKER, *Il valore costituzionale del «giusto processo»*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 381 ss.

¹⁰⁴ Cfr. Cass. 22 aprile 2012, n. 22575, secondo cui «la denuncia di vizi di attività del giudice che comportino la nullità della sentenza o del procedimento, ai sensi dell'art. 360 n. 4 c.p.c., non tutela l'astratta regolarità dell'attività giudiziale, ma garantisce soltanto l'eliminazione del pregiudizio del diritto di difesa concretamente subito dalla parte che denuncia il vizio, con la conseguenza che l'annullamento della sentenza impugnata si rende necessario allorché nel successivo giudizio di rinvio il ricorrente possa ottenere una pronuncia diversa e più favorevole rispetto a quella cassata»; in senso analogo cfr. altresì Cass., n. 30652/2011, cit., Cass. 29 marzo 2012, n. 5090; Cass. 27 gennaio 2012, n. 1221; Cass. 11 gennaio 2012, n. 162; Cass. 22 dicembre 2011, n. 28319; Cass. 7 dicembre 2011, n. 26379.

¹⁰⁵ Così G. COSTANTINO, *Il nuovo processo*, cit., p. 309; S. MENCHINI, *Sub art. 360 bis*, cit., p. 118 s. Al riguardo cfr. altresì R. POLI, *Il c.d. filtro di ammissibilità*, cit., p. 383, secondo il quale la Corte, nel valutare l'«ammissibilità» del ricorso, dovrà altresì considerare, oltre allo specifico interesse ad impugnare, il fatto che, al netto di altri eventuali motivi di impugnazione tipizzati dal codice: 1) sia rinvenibile una specifica garanzia a monte del ricorso e che questa sia da considerarsi recepita tra quelle del giusto processo; nonché 2) la garanzia citata sia effettivamente rilevante rispetto al caso di specie.

contrasto con il valore ad essa assegnato dalla legge (il quale avrebbe a sua volta inciso in maniera diversa sulla valutazione giudiziale¹⁰⁶).

5.10. *Questioni di legittimità relative all'art. 360 bis*

Alla luce delle osservazioni sin qui compiute risulta ora possibile affrontare e tentare di rispondere ai quesiti sollevati da parte della dottrina in relazione alla «tenuta» (anche costituzionale) della nuova disciplina.

Due sono state, in buona sostanza, le doglianze sollevate sin dal momento dell'emanazione della novella: da un lato, la pretesa limitazione, da parte dell'art. 360 *bis*, dei motivi di ricorso in Cassazione così come tassativamente indicati dal precedente art. 360; da altro lato, l'esercizio di una eccessiva discrezionalità della Corte nel «riempire» di significato i due parametri di filtro.

Quanto al primo punto, in realtà, esso ha già trovato una risposta nelle pagine precedenti, ove si è più volte affermato come non soltanto non possa predicarsi una limitazione delle censure in Cassazione ad opera di una norma evidentemente «di supporto» a quella che garantisce l'accesso alla Corte, ma anche che tutti i diversi motivi indicati dall'art. 360 troverebbero un proprio riconoscimento, sebbene talvolta con qualche forzatura, nei due nuovi parametri di «inammissibilità».

Più delicata risulta invece la seconda doglianza prospettata, relativa all'indeterminatezza dei parametri di «filtro».

In effetti, non può negarsi che – nonostante il dato normativo abbia cura di indicare, quali elementi per la verifica, «giurisprudenza conforme» e «principi regolatori del giusto processo» – la Corte sia chiamata a declinare tutte le possibili applicazioni concrete di tali parametri¹⁰⁷; ma si tratta, a parere di chi scrive, di una situazione tutto sommato fisiologica, quantomeno nel momento iniziale di sperimentazione della nuova disciplina, destinata a risolversi una volta che il sistema risulti adeguatamente collaudato e la Corte abbia fornito ai litiganti una

¹⁰⁶ In tal senso si veda G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., p. 225 ss. In giurisprudenza cfr. Cass. 16 maggio 2012, n. 7648, secondo cui «il ricorso per cassazione, col quale la parte, pur risultando edotta del contenuto del fascicolo di controparte oggetto di ricostruzione e pur essendo in grado quindi d'indicare eventuali documenti abusivamente introdotti, si limiti a denunciare, con motivo di carattere puramente formale, la violazione del contraddittorio per avere il giudice di merito impiegato ai fini della decisione il fascicolo ricostruito senza aver esplicitamente autorizzato la ricostruzione e senza aver provocato il contraddittorio al riguardo, è inammissibile per manifesta infondatezza della censura» ai sensi dell'art. 360 *bis* n. 2.

¹⁰⁷ In dottrina sostengono la tesi dell'eccessiva discrezionalità, *inter alios*, M. BOVE, A. SANTI, *Il nuovo processo civile*, cit., p. 68; A. BRIGUGLIO, *Ecco il «filtro»*, cit.; A. CARRATTA, *Il «filtro» al ricorso in cassazione*, cit., p. 1566; C. MANDRIOLI, in C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, cit., p. 75; G. REALI, *Sub art. 360 bis*, cit., p. 135.

serie di parametri, verificabili *ex ante*, cui eventualmente uniformare la propria impugnazione.

Del resto, che l'attività del giudice non sia più solamente quella di «applicare» la norma, ma altresì quella di attribuirle uno tra i più possibili significati ad essa ascrivibili, è un dato ormai acquisito nel sentire comune: e a ben vedere la Corte, nel delineare i confini dell'art. 360 *bis*, non si comporterebbe diversamente rispetto alla definizione di altri rilevanti principi, quale è stata in passato, ad esempio, la caratterizzazione del vizio di motivazione oppure la specificazione dei requisiti degli *errores in procedendo* che legittimano l'impugnazione di ultima istanza.

In aggiunta, con specifico riferimento alla novella del 2009 non può dimenticarsi la finalità non soltanto deflattiva ma, soprattutto, di potenziamento del ruolo della Corte la quale, tramite il riconoscimento della funzione affidata alla propria pregressa giurisprudenza, deve poter essere in grado di valutare se le questioni che di volta in volta le vengono presentate possano contribuire all'evoluzione del «diritto vivente». Pertanto, non può che concordarsi con quanto affermato da parte della dottrina, secondo cui l'esercizio di una discrezionalità, si potrebbe dire, delimitata – purché condotto con la relativa prudenza – «dovrebbe costituire un modesto 'prezzo' da pagare sull'altare del ripristino delle condizioni per il pieno e consapevole esercizio del proprio ruolo»¹⁰⁸.

Infine, si tenga presente che la Corte stessa ha «certificato» la legittimità della nuova disciplina nella prima pronuncia sul «filtro», nella parte in cui ha affermato che la riforma, «in nome del principio di effettività della tutela giurisdizionale, [attua] un adeguato bilanciamento tra diritto delle parti al ricorso per cassazione per violazione di legge (...), e concreta possibilità di esercizio della funzione di giudice di legittimità, garanzia a sua volta del principio di uguaglianza del cittadino di fronte alla legge»¹⁰⁹.

5.11. *Il procedimento bifasico per la definizione dei ricorsi. Premessa*

Il novellato comma 1 dell'art. 376 c.p.c. stabilisce, testualmente, che «il primo presidente, tranne quando ricorrono le condizioni previste dall'art. 374, assegna i ricorsi ad apposita sezione, che verifica se sussistono i presupposti per la pronuncia in camera di consiglio ai sensi dell'art. 375, primo comma, numeri 1) e 5)», ovvero (tenuto conto che l'art. 375 è stato, anch'esso, modificato dalla riforma) qualora debba «dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale e di quello incidentale eventualmente proposto, anche per mancanza dei motivi previsti dall'art.

¹⁰⁸ Così M. DE CRISTOFARO, Sub art. 360 *bis*, cit., p. 252.

¹⁰⁹ Cass., n. 19051/2010, cit.

360», oppure debba «accogliere o rigettare il ricorso principale e l'eventuale ricorso incidentale per manifesta fondatezza o infondatezza».

Tali norme vanno lette in combinato disposto con il nuovo art. 67 *bis* Ord. giud., anch'esso introdotto dalla riforma del 2009 e rubricato «Criteri per la composizione della sezione prevista dall'art. 376 del codice di procedura civile», il quale stabilisce che ad essa siano «chiamati, di regola, magistrati appartenenti a tutte le sezioni».

Pertanto tutti i ricorsi – a meno che non sussistano le condizioni previste dall'art. 374 c.p.c.¹¹⁰ – vengono oggi assegnati alla apposita Sezione-filtro, incaricata di rintracciare eventuali inammissibilità dell'impugnazione (tra le quali, ovviamente, i casi «di nuovo conio» di cui all'art. 360 *bis*) ovvero valutare se questa possa essere immediatamente definita nel merito poiché manifestamente fondata o infondata.

Nel caso in cui tale verifica dia esito positivo (quantomeno agli occhi del relatore), il giudizio assume la veste semplificata camerale e, a meno che il collegio non si convinca successivamente del contrario, esso si conclude con ordinanza¹¹¹. Laddove, invece, il ricorso non venga ritenuto inammissibile/manifestamente infondato dal relatore della sezione (in sede di valutazione preliminare), ovvero dal collegio (in sede di decisione in camera di consiglio), come recita l'art. 376 medesimo, «gli atti sono rimessi al Primo Presidente, che procede all'assegnazione alle sezioni semplici».

A questo punto, tuttavia, il procedimento può subire l'ulteriore «deviazione» – rispetto alla trattazione «ordinaria» – verso le forme semplificate della camera di consiglio (deviazione peraltro già concepita nella previgente versione dell'art. 380 *bis*) ogniquale volta il relatore della sezione semplice, nominato dal Presidente della sezione stessa ai sensi dell'art. 377, comma 1, c.p.c., riscontri la sussistenza di una delle altre ipotesi che, sulla base dell'art. 375 nn. 2 e 3, legittimano l'adozione del

¹¹⁰ Per le quali v. subito, *infra*, par. 5.13.

¹¹¹ Va al riguardo rilevato che l'art. 376, nella formulazione precedente alla novella del 2006, indicava nella sentenza, e non nell'ordinanza, la forma del provvedimento conclusivo della fase camerale, mentre la riforma del 2009 ha completamente espunto l'indicazione della tipologia di provvedimento da utilizzarsi; nel silenzio della norma, pare tuttavia sufficiente a colmare la lacuna l'identificazione operata nell'art. 375 c.p.c., il quale parla, appunto, di ordinanza. Peraltro, la previsione per cui le decisioni assunte all'esito del procedimento camerale debbano rivestire la forma dell'ordinanza riattualizza le perplessità che parte della dottrina aveva già esposto con riferimento alla previgente versione dell'art. 375 c.p.c. quali, ad es., il fatto che la sentenza di merito potesse venire travolta da una semplice ordinanza, oppure ancora il fatto che, essendo «succintamente motivata», essa avrebbe finito per non dimostrare adeguatamente la «manifesta» fondatezza del ricorso: in argomento cfr. A. CARRATTA, Sub art. 380 bis, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 445 ss.; in argomento v. però F.S. DAMIANI, Sub art. 375 – art. 67 bis ord. giud., cit., p. 305, secondo cui «la forma dell'ordinanza appare adatta a realizzare le finalità deflattive che da sempre sono alla base del procedimento in camera di consiglio, atteso che essa, in forza dell'art. 134 c.p.c., dev'essere solo 'succintamente motivata'».

modello camerale (rispettivamente, «ordinare l'integrazione del contraddittorio o disporre che sia eseguita la notificazione dell'impugnazione a norma dell'art. 332, ovvero che sia rinnovata»; e «provvedere in ordine all'estinzione del processo in ogni caso diverso dalla rinuncia»). Solo nel caso in cui la suddetta verifica dia esito negativo, il ricorso può finalmente raggiungere la pubblica udienza.

Pur rinviando ai successivi paragrafi la disamina delle diverse fasi del procedimento così come sommariamente descritte, gli elementi di criticità della nuova disciplina sono *ictu oculi* evidenti: da una parte, il fatto che un'unica sezione della Corte, pur con la specifica conformazione nel tempo adottata, dovrà materialmente occuparsi del preliminare *screening* di tutti i ricorsi annualmente depositati produrrà oggettive difficoltà di gestione del progresso oltreché conseguenze negative, in termini di ritardo nella definizione, su tutte le altre sezioni; da altra parte, l'*iter* previsto nell'art. 380 *bis* risulta particolarmente complesso e appesantito: in effetti – e a tacere dei numerosi problemi applicativi che la «scissione» comporta – non è chiaro perché siano stati predisposti due differenti procedimenti camerali, l'uno di seguito all'altro, quando si sarebbe potuto affidare alla sola Sezione-filtro la disamina di tutte le ipotesi previste all'art. 375 c.p.c.¹¹².

5.12. Segue: la VI Sezione civile (c.d. «Sezione-filtro»)

Il nucleo centrale della novella, per quanto attiene al «filtro», va dunque individuato, oltre che sul piano «oggettivo» – i nuovi parametri di «inammissibilità» *ex* art. 360 *bis* – anche su quello «soggettivo» – ovvero l'organo deputato ad occuparsi di individuare e definire i ricorsi «difettosi» ovvero di «pronta soluzione» –.

Si tratta di una nuova sezione – la VI Sezione civile – per la quale peraltro l'art. 67 *bis* Ord. giud., istitutivo della medesima, non spende molte parole nel de-

¹¹² In argomento cfr. G.F. RICCI, *Il ricorso per cassazione*, cit., p. 138, il quale ha affermato che «un meccanismo come quello delineato (...) sarà sicuramente foriero di un sovraccarico di lavoro della Corte, pervenendo così ad uno scopo opposto a quello che il legislatore si era prefissato»; sul punto cfr. altresì G. MONTELEONE, *Il punto*, cit., p. 977; E. SILVESTRI, *Le novità*, cit., p. 429 s. Al riguardo si segnala tuttavia che il legislatore – il quale ormai interviene con periodicità annuale sul processo civile – nel predisporre l'ennesima riforma volta a perseguire non meglio precisati obiettivi di efficienza, intenderebbe rimetter mano, *inter alia*, anche sull'art. 380 *bis* c.p.c., operando una sorta di *reductio ad unum* del procedimento sulla scorta di ciò che avviene in sede penale (cfr. nt. 123) invero, secondo il citato «disegno di legge di delega al Governo recante disposizioni per l'efficacia del processo civile» in data 11 marzo 2015, l'idea sarebbe di procedere alla «revisione della disciplina del giudizio camerale, attraverso l'eliminazione del meccanismo di cui all'art. 380 *bis* del codice di procedura civile, e previsione, con decreto presidenziale, dell'udienza in camera di consiglio con intervento del Procuratore generale, nei casi previsti dalla legge, in forma scritta e possibilità di interlocuzione con il medesimo, sempre per iscritto, da parte dei difensori» (art. 1, comma 2, lett. c), n. 1).

finirne composizione e funzionamento, limitandosi a stabilire che essa sia «di regola» formata da giudici appartenenti alle altre sezioni della Corte¹¹³.

In realtà la predetta disposizione attribuisce riconoscimento normativo ad un organismo preesistente già in funzione presso la Corte (la c.d. «Struttura centralizzata per l'esame preliminare dei ricorsi»), istituito con decreto del Primo Presidente in data 9 maggio 2005 al fine di fronteggiare l'incessante aumento dei ricorsi in attesa di giudizio¹¹⁴ e con il compito di effettuarne un primo *screening*, al fine di individuare quelli che palesassero ragioni di inammissibilità o improcedibilità, ovvero caratteri tali da giustificare comunque la definizione con rito camerale¹¹⁵; struttura che aveva dimostrato, in pochi anni, di sapere funzionare in modo molto efficace, se si considera che già nel 2008 il rapporto tra ricorsi definiti e ancora da decidere si era per la prima volta invertito, riportando la Corte «in attivo»¹¹⁶.

Tuttavia i due organi – «Struttura» e Sezione – presentavano (almeno in origine) alcune differenze sostanziali: anzitutto sul piano organizzativo, posto che la composizione della prima risultava più articolata, essendo previsto che ciascuna Sezione potesse disporre, all'interno della prima, di un numero di giudici sufficiente per la formazione di un collegio giudicante¹¹⁷, e che a questi venissero

¹¹³ Al riguardo va ricordato che, nei lavori preparatori della riforma, la suddetta norma era conformata in modo differente, prevedendo invero non già un'apposita sezione, bensì un collegio ristretto di tre magistrati; tuttavia, essa è stata successivamente modificata anche per evitare di concentrare, nelle mani di soli tre giudici, un potere tanto incisivo come quello scaturente dalle norme modificate.

¹¹⁴ Cfr. il *Decreto del primo presidente della Corte di cassazione del 9 maggio 2005*, «Istituzione di una 'struttura unificata' per l'esame preliminare dei ricorsi in materia civile», in *Foro it.*, 2005, c. 2323 ss., ove si afferma che «nonostante il notevolissimo aumento dei ricorsi decisi (...) ottenuto con un aumento del lavoro dei consiglieri al limite della sopportabilità, si riesce a decidere solo il 70 per cento dei ricorsi sopravvenuti, il che determina il progressivo e considerevole aumento dell'arretrato».

¹¹⁵ Al riguardo, C. GUGLIELMUCCI, *Crisi del sistema nomofilattico e Struttura Centralizzata per l'esame preliminare dei ricorsi civili presso la Corte di Cassazione*, in G. Ianniruberto, U. Morcavallo (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*, Milano, 2007, p. 69 ss., la definisce una «vera e propria centrale valutativa della reale finalità del ricorso», concepita in maniera tale da indirizzare verso la pubblica udienza solo i ricorsi che non si risolvessero nella mera «inaccettazione della giusta sentenza di merito»; in argomento cfr. altresì, *inter alios*, F.S. DAMIANI, Sub art. 375 – art. 67 bis, cit., p. 259 ss.; A. SALETTI, B. SASSANI, Sub art. 376, cit., p. 375 ss.; E. SILVESTRI, *Le novità*, cit., p. 423 ss.

¹¹⁶ Cfr., al riguardo, i dati riportati nella Relazione sullo stato della giustizia nell'anno 2007 ripresi dalla Relazione relativa all'anno 2008, cit.; cfr., altresì, C. GUGLIELMUCCI, *op. ult. cit.*, p. 70, secondo cui grazie a tale organismo interno alla Corte sarebbero stati dirottati verso il rito camerale circa il 30% dei ricorsi depositati.

¹¹⁷ Si trattava della c.d. «doppia assegnazione», prevista, da una parte, al fine di «non mortificare la professionalità dei magistrati (...) destinandoli a svolgere in esclusiva un compito che è di grandissima delicatezza ed importanza e richiede il possesso di un forte bagaglio di cultura e espe-

affiancati venti magistrati provenienti dall'Ufficio del massimario, (anche) con il compito di classificare – sulla base delle questioni giuridiche prospettate dai ricorrenti – i ricorsi che avrebbero verosimilmente superato il vaglio della «Struttura» così da agevolare il successivo lavoro delle sezioni¹¹⁸; in secondo luogo, sul piano delle attività compiute, posto che la «Struttura», a differenza della Sezione-filtro¹¹⁹, avrebbe potuto vagliare tutti i casi (art. 375, nn. 1-5) che giustificano una declaratoria nelle forme semplificate camerali¹²⁰.

Come accennato, a fronte di una precisa regolamentazione della «Struttura», la legge istitutiva della nuova Sezione lascia alle determinazioni della stessa Corte una certa libertà nella definizione delle modalità operative in cui in concreto si sviluppa l'attività ivi richiesta.

Così, nel silenzio della norma, si era da subito ritenuto che anch'essa potesse essere formata – in ossequio alle regole che presiedono al funzionamento delle altre sezioni – da cinque magistrati¹²¹ e che l'inciso «di regola» avrebbe dovuto essere inteso nel senso di garantire un periodico ed efficiente *turn over* dei giudici ad essa appartenenti al fine, da un lato, di non riservare nelle mani di pochi le (rilevanti) decisioni in ordine alle inammissibilità dei ricorsi, specie per quan-

rienza professionale, ma che è anche oggettivamente povero di stimoli culturali» e, da altra parte, al fine «di mantenere un canale di costante osmosi tra sezioni ordinarie e sezione speciale affinché la 'cultura dell'inammissibilità' resti strettamente collegata alla cultura del giudizio e non sia invece condizionata in modo assorbente dall'influsso di fattori, esigenze, e criteri meramente organizzativi»: così Associazione Nazionale Magistrati - Sezione Corte di cassazione, *Sulla istituzione della sezione per l'esame delle inammissibilità*, in *Foro it.*, 2001, c. 169.

¹¹⁸ Al fine coordinare l'attività della «Struttura», veniva altresì preposto «un magistrato che, per la sua collaudata esperienza, possa adeguatamente assolvere tale delicata ed importante funzione, il quale potrà avvalersi anche di un magistrato (...) particolarmente esperto nell'uso degli strumenti informatici»: così il *Decreto* istitutivo, cit., p. 2324.

¹¹⁹ V., però, in relazione ai rapporti fra Sezione-filtro e sezioni semplici, il successivo par. 5.16.

¹²⁰ Non costituirebbero, invece, motivo di differenza il fatto che alla nuova Sezione giungerebbero tutti i ricorsi presentati (ad eccezione di quelli diretti alle Sezioni Unite), nonché la possibile definizione «nel merito» del ricorso. Si tratta, in effetti, di elementi che già potevano ritrovarsi nella disciplina della «Struttura»: invero, da una parte, a norma dello stesso decreto istitutivo, «una volta depositato il ricorso (...) gli atti devono essere trasmessi a tale struttura, e non più presso gli archivi»; da altra parte, il fatto che il decreto estenda l'attività della «Struttura» non soltanto ai ricorsi inammissibili, ma anche a quelli «per i quali è possibile l'adozione del rito camerale, nonché (...) quelli 'seriali' sì da poter provvedere alla loro tempestiva decisione anche mediante 'richiamo', ai fini di una definizione congiunta, di quelli già inoltrati alle singole sezioni ma ancor non fissati per la decisione» farebbe riferimento anche alla possibilità, già all'epoca prevista poiché introdotta dalla legge n. 89/2001 all'art. 375 c.p.c., di definire nel merito i ricorsi manifestamente infondati o fondati.

¹²¹ In argomento cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, III, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2012, p. 421; R. TISCINI, *Giudizio di cassazione*, cit., p. 438.

to concerne la valutazione della sussistenza e della «solidità» degli orientamenti della Corte che assurgono a parametro di riferimento nella decisione della Sezione-filtro e, da altro lato, di garantire, in relazione alla possibilità di definire nel merito il ricorso nei casi di manifesta fondatezza o infondatezza, una certa specializzazione degli stessi¹²²; inoltre, si ipotizzava che i magistrati appartenenti alla nuova sezione rimanessero comunque componenti effettivi delle originarie sezioni di provenienza, tramite la tecnica della c.d. «doppia assegnazione» già sperimentata con successo nella previgente «Struttura»¹²³.

Tuttavia, sempre in dottrina, si segnalava come il carico di lavoro della nuova Sezione – alla quale compete la disamina di tutti i ricorsi depositati così come l'identificazione delle diverse cause di inammissibilità – avrebbe portato ad un inevitabile «intasamento» in entrata e venivano proposte – diversamente dall'«approccio minimalista» adottato¹²⁴ – opzioni maggiormente meditate, quali ad es. la possibilità di dotare ogni Sezione semplice di una apposita sotto-sezione con le medesime incombenze di quella «speciale», oppure di designare, all'interno della stessa Sezione speciale, specifici collegi competenti *ratione materiae* in relazione ai diversi ricorsi che possono essere immediatamente definiti nel merito¹²⁵.

¹²² Al riguardo, una critica alla nuova Sezione e al suo funzionamento è stata mossa da chi ha ritenuto che si violerebbe così il precetto costituzionale fissato dall'art. 25, relativo al giudice naturale precostituito per legge. In particolare, considerato che la nuova Sezione avrebbe la possibilità di definire nel merito i ricorsi (manifestamente fondati o infondati), ciò impedirebbe che essi possano essere decisi dal proprio «giudice naturale», ovvero le Sezioni semplici competenti sulla base di apposite tabelle predisposte dal Consiglio Superiore della Magistratura: in argomento cfr. A. CARRATTA, *Il «filtro» al ricorso in cassazione*, cit., p. 1567; *contra*, v. A. GRAZIOSI, *Riflessioni*, cit., p. 63, nt. 46.

¹²³ Una siffatta opzione si ritrova altresì nel sistema penale, ove una apposita sezione – la VII Sezione della Corte – è incaricata di dichiarare l'inammissibilità dei ricorsi manifestamente infondati che vengano a lei trasmessi dal Presidente. In particolare, la legge 26 marzo 2001, n. 128, nell'intento di consentire un'accelerata definizione dei ricorsi inidonei ad instaurare un valido rapporto d'impugnazione e la pronta esecutività delle decisioni impugnate, nonché una più efficace realizzazione del compito di nomofilachia affidato alla Cassazione, ha previsto che il Presidente della Corte, prima di assegnare i ricorsi alle singole sezioni *ratione materiae* secondo i criteri stabiliti dalle leggi di ordinamento giudiziario, debba accertare (aiutato da magistrati all'uopo delegati) eventuali cause di inammissibilità e assegnarli, in tal caso, ad un'apposita sezione della Corte. Tale sezione – la settima penale, appunto – «predeterminata con rotazione biennale dal provvedimento tabellare riguardante la Corte di Cassazione» (art. 169 *bis* disp. att. c.p.p.) è composta da un congruo organico di consiglieri in «doppia assegnazione» i quali, mentre trattano in tale sezione i ricorsi inammissibili, continuano ad occuparsi nella sezione originaria dei ricorsi che hanno superato il preliminare vaglio. Al riguardo v. per tutti G. CANZIO, *L'istituzione della settima sezione penale per l'esame dell'inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 162 ss. e L. MARAFIOTTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d'inammissibilità*, Torino, 2004.

¹²⁴ Cfr. E. SILVESTRI, *Le novità*, cit., p. 426.

¹²⁵ Al riguardo P. VITTORIA, *Sub art. 375 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario*, cit., p. 267, aveva già ritenuto che la Sezione-filtro avrebbe potuto costituire collegi

E in effetti la Corte, che nutriva forse gli stessi timori ed era al contempo intenzionata a ripetere la positiva esperienza fornita dalla «Struttura», ha nel tempo provveduto ad una progressiva specificazione nella ripartizione delle diverse attività richieste alla Sezione: così, in analogia con il numero delle sezioni semplici, sono state create cinque diverse sotto-sezioni – ciascuna coordinata da un consigliere con funzione di presidente – cui vengono dal Presidente dirottati, ai fini del relativo *screening*, i (soli) ricorsi che afferirebbero, *ratione materiae*, ad una delle sezioni della Corte.

La rimodulata composizione della Sesta Sezione va senza dubbio apprezzata, risultando essa espressione di una coerente e ragionata allocazione delle (pur limitate) risorse assegnate alla Corte e muovendosi verso quella progressiva specializzazione delle funzioni, anche in sede di vaglio preliminare, che possono semplificare il lavoro successivamente richiesto: tuttavia, il rischio che possa così scongiurarsi il ritardo nella definizione delle diverse attività che competono alla Sezione-filtro non sembra possa essere escluso, essendo evidente che non solo il novero ma anche i caratteri dei compiti a questa assegnate dalla riforma del 2009 richiedano il dispiegamento di forze ben maggiori per far fronte ai numeri che attualmente interessano la nostra Corte di vertice¹²⁶.

5.13. Segue: la decisione in via preliminare sull'assegnazione dei ricorsi alla «Sezione-filtro» o alle Sezioni Unite

Il meccanismo ideato dalla novella si applica a tutti i ricorsi depositati a partire dal 1° luglio 2009, «tranne quando – così recita l'art. 376 c.p.c. – ricorrono le condizioni previste dall'art. 374 c.p.c.»¹²⁷.

composti da magistrati afferenti a diverse sezioni, così da agevolare il formarsi di una uniforme giurisprudenza applicativa del filtro; in argomento cfr. altresì E. SILVESTRI, Sub *art.* 376, cit., p. 1392.

¹²⁶ Condivide la preoccupazione F.S. DAMIANI, *Sui (super)poteri della "apposita sezione" della Corte di Cassazione*, in *Giusto processo civ.*, 2013, p. 519, il quale parla di «disomogenea distribuzione del lavoro della Corte, [la quale] finisce col gravare, in massima parte, sui magistrati che compongono la sezione filtro».

¹²⁷ Un problema particolare solleva il trattamento dei ricorsi per revocazione contro sentenze o ordinanze della Corte: invero, poiché l'art. 391 *bis* c.p.c. richiama espressamente l'art. 380 *bis*, relativo al procedimento camerale seguito dalla Sezione-filtro, anch'essi dovranno essere sottoposti alla valutazione preliminare di quest'ultima. Tuttavia, come affermato in dottrina, equiparare i ricorsi per revocazione delle sentenze della Cassazione con i ricorsi proposti *ex art.* 360 c.p.c. non pare certamente semplice posto che i primi, oltretutto proponibili sulla base del solo motivo relativo all'errore di fatto, costituiscono un *quid* di «funzionalmente e strutturalmente» differente rispetto agli ordinari ricorsi. Pertanto, tali impugnazioni dovranno sì venire esaminate dalla Sezione-filtro, la quale verosimilmente si occuperà di verificare la sussistenza delle sole inammissibilità di «vecchio conio», salvo tuttavia chiedersi in un secondo momento cosa possa accadere nel caso in cui la Sezione speciale abbia concluso per l'ammissibilità del ricorso, dal momento che da una parte l'art.

Pertanto, nel caso in cui l'impugnazione riguardi un motivo attinente alla giurisdizione (art. 360 n. 1), ovvero una pronuncia del Consiglio di Stato, della Corte dei Conti, o di altro giudice speciale (art. 362), ovvero ancora quando il ricorso presenti una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici, oppure una questione di massima di particolare importanza, il Primo Presidente provvede a rimetterlo non già all'apposita Sezione, bensì alle Sezioni Unite della Corte.

La predetta «deviazione» procedimentale ha tuttavia sollevato alcune perplessità tra i primi commentatori alla riforma, specie per quanto concerne i casi di rimessione dell'impugnazione, che si basano esclusivamente su di una valutazione assunta dal Primo Presidente.

Il rischio paventato, in particolare, è stato individuato in una possibile lesione del diritto di azione e difesa così come tutelato dalla Costituzione: invero, il potere attribuito al Presidente finirebbe non solo per creare incertezza nei ricorrenti sul procedimento (e sulle correlate facoltà e oneri) che saranno in concreto chiamati a seguire, ma soprattutto per esonerare alcuni casi dal doppio passaggio – prima innanzi alla Sezione speciale e poi a quella semplice – e dai conseguenti rischi di definizione anticipata¹²⁸.

In realtà, non vi sarebbero sostanziali motivi per escludere l'applicazione dell'art. 360 *bis*, e più in generale della normativa sul «filtro», anche al procedimento seguito dalla Corte a Sezioni Unite¹²⁹, le quali dunque provvederebbero – dapprima in camera di consiglio¹³⁰ – a verificare che il ricorso soddisfi i requisiti, siano essi di «vecchio» così come di «nuovo conio», che ne legittimano il passaggio alla fase di discussione *lato sensu* «nel merito».

391 *bis*, comma 4, prevede il rinvio a pubblica udienza, mentre l'art. 380 *bis*, come noto, contempla il passaggio ad una seconda camera di consiglio innanzi la Sezione semplice. In argomento cfr. E. SILVESTRI, *Le novità*, cit., p. 435 s.; P. VITTORIA, *Sub art. 375 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario*, cit., p. 269 ss.

¹²⁸ Cfr., al riguardo, G. COSTANTINO, *Il nuovo processo*, cit., p. 307, secondo il quale sarebbe necessario che le tabelle sul funzionamento della Corte rendessero evidenti i criteri in base ai quali il Primo Presidente decide di sottoporre il ricorso alle Sezioni Unite o alla Sezione speciale: così, ad es., per quanto concerne le impugnazioni aventi ad oggetto una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici, «la scelta dovrebbe cadere su [quei ricorsi] che riguardano contrasti segnalati dall'ufficio del Massimario»; con riferimento a quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza, «dovrebbe trattarsi di quelli che pongono questioni nuove, sulle quali la corte non ha avuto occasione di pronunciarsi, anche in considerazione della novità della disciplina»; cfr. altresì G. SALMÈ, *Il nuovo giudizio*, cit., p. 442, secondo cui i criteri per l'esercizio del potere dovrebbero essere «di natura quanto possibile oggettiva e predeterminata nelle tabelle».

¹²⁹ Cfr., al riguardo, A. GRAZIOSI, *Riflessioni*, cit., p. 61; G.F. RICCI, *La riforma*, cit., p. 73; P. VITTORIA, *Sub art. 375*, cit., p. 266; in senso critico cfr. A. CARRATTA, *Il «filtro» al ricorso in cassazione*, cit., p. 1564.

¹³⁰ Ciò si desumerebbe dal fatto che l'art. 375 c.p.c., nel disciplinare i casi di pronuncia della Corte in camera di consiglio, si riferisce, testualmente, tanto alla composizione «ordinaria», quanto a quella a Sezioni Unite: in tal senso v. A. GRAZIOSI, *Riflessioni*, cit., p. 61.

La tesi prospettata eviterebbe altresì il sorgere di ulteriori questioni, prospettate dalla dottrina, connesse con l'art. 142 disp. att. c.p.c., il quale consente alle Sezioni Unite, qualora lo ritengano opportuno, di definire l'intero ricorso ogniqualvolta esso contenga – oltre a quelli che ne hanno giustificato la rimessione alle medesime – anche motivi di competenza delle sezioni semplici¹³¹. In tal modo, in effetti, non vi sarebbero sostanziali «disparità di trattamento» tra ricorsi assegnati alle prime ovvero alla Sezione-filtro, dovendo tutti quanti pur sempre superare il preliminare vaglio di ammissibilità sulla base dei medesimi parametri previsti in primo luogo dall'art. 360 *bis*.

Ciò peraltro non esaurisce il novero delle questioni che rimangono oggi aperte nel coordinamento tra la normativa che regola il procedimento innanzi alle Sezioni Unite e il nuovo «filtro» innanzi la Sezione speciale: si pensi, ad es., all'art. 376, comma 2, c.p.c., non modificato dalla novella, secondo il quale la parte, la quale ritenga di competenza delle Sezioni Unite un ricorso assegnato a una Sezione semplice, può proporre al Primo Presidente istanza di rimessione alle Sezioni Unite fino a dieci giorni prima dell'udienza di discussione del ricorso. Ci si chiede, al riguardo, come questa possibilità potrà ancora venire esercitata, considerato che il ricorso solo eventualmente raggiungerà la Sezione semplice e, con essa, la possibilità di disamina completa. A meno di non ritenere che il ricorrente possa, in una fase così avanzata, chiedere comunque la rimessione – ciò che sarebbe certamente antieconomico, oltre che passibile di eventuali abusi – si dovrebbe concludere che siffatta eventualità non potrebbe più verificarsi nella prassi¹³².

5.14. Segue: la prima fase del procedimento: la decisione in camera di consiglio relativa ai casi sub nn. 1-5 dell'art. 375 c.p.c.

Una volta assegnato il ricorso alla Sezione-filtro, il Presidente di quest'ultima provvede a nominare, tra i magistrati ad essa afferenti, il giudice relatore, il quale dovrà occuparsi di una prima verifica – peraltro non vincolante per la Sezione – relativa alla sussistenza, nell'impugnazione, di alcuni soltanto tra gli elementi

¹³¹ Cfr., al riguardo, F. CIPRIANI, *Il procedimento camerale in Cassazione*, in *Giusto processo civ.*, 2009, p. 841, secondo il quale ove le Sezioni unite provvedano invece a definire le sole questioni di loro competenza e a rimettere, per il resto, il ricorso alle Sezioni competenti della Corte, il richiamo operato dall'art. 142 disp. att. c.p.c. alla «Sezione semplice» andrebbe in realtà inteso nei confronti della Sezione speciale. In senso analogo cfr. F.S. DAMIANI, *Sui (super)poteri*, cit., p. 511 s.

¹³² Cfr. tuttavia, F.S. DAMIANI, *Sui (super)poteri*, cit., p. 510, il quale ritiene che l'espresso riferimento all'udienza di discussione contenuto nell'art. 376, comma 3, possa estendersi anche all'adunanza camerale. In argomento cfr. altresì, E. SILVESTRI, *Le novità*, cit., p. 428.

che ne giustificerebbero una definizione anticipata in camera di consiglio: così infatti recita l'art. 380 *bis*, comma 1, c.p.c., a norma del quale la Sezione-filtro è chiamata a pronunciarsi nelle sole fattispecie previste *sub* nn. 1 e 5 dell'art. 375 c.p.c., ovvero sui diversi casi di inammissibilità e quando il ricorso risulti *prima facie* manifestamente infondato (o fondato).

Qualora tale valutazione abbia dato esito positivo, la riforma ha inteso garantire – sebbene ci si trovi all'interno di un procedimento semplificato come quello camerale – il contraddittorio tra i diversi soggetti interessati alle sorti del ricorso: così è previsto, da una parte, che il relatore debba depositare in cancelleria una relazione con la concisa esposizione delle ragioni che possono giustificare la relativa pronuncia; da altra parte, che il Presidente della Sezione speciale fissi con decreto l'adunanza della Corte e che almeno venti giorni prima della data stabilita per l'adunanza, il decreto e la relazione siano notificati agli avvocati delle parti, i quali hanno facoltà di presentare eventuali memorie non oltre cinque giorni prima e di chiedere di essere sentiti, se compaiono ¹³³.

Dunque, il sistema ruota attorno alla valutazione preliminare del relatore, la quale diviene oggetto di discussione nella seconda fase del procedimento e costituisce la base per la successiva, e definitiva, pronuncia della Corte ¹³⁴.

La formula utilizzata dal legislatore, il quale ha previsto che la relazione debba contenere «la concisa esposizione delle ragioni che possono giustificare la relativa pronuncia» richiama la diversa disposizione, dettata con riferimento alla motivazione delle sentenze e anch'essa modificata dalla novella del 2009, di cui all'art. 132 c.p.c., a norma della quale è oggi sufficiente, *inter alia*, l'indicazione della «concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione».

¹³³ La dottrina ha auspicato che la possibilità per le parti di essere sentite venga concessa senza troppe restrizioni, considerate le conseguenze della valutazione di inammissibilità eventualmente assunta dalla Sezione e, soprattutto, la genericità dei parametri connessi all'art. 360 *bis*: cfr. F.S. DAMIANI, *Sub art. 375 – art. 67 bis ord. giud.*, cit., p. 304. In argomento va rilevato come l'originaria formulazione della disposizione prevedeva che la relazione (e il decreto di fissazione udienza) avrebbe dovuto essere comunicata altresì al p.m., il quale aveva la possibilità di presentare eventuali conclusioni scritte nel medesimo termine di 5 giorni prima dell'adunanza fissata. Sul punto è tuttavia intervenuto il c.d. decreto del fare (d.l. n. 69/2013, conv. in legge n. 98/2013) il quale, nell'intento di semplificare il procedimento, ha eliminato la necessità di stimolare il contraddittorio con il p.m.

¹³⁴ La legge non si occupa di disciplinare il caso contrario, ovvero la fattispecie nella quale il relatore non ravvisi elementi tali da giustificare una definizione camerale del ricorso: in tali situazioni ci si domanda se, alla luce del carattere non vincolante della valutazione operata dal relatore, debba comunque venire attivato il *sub* procedimento previsto dal comma 2 dell'art. 380 *bis*, con la possibilità che il collegio possa quindi pervenire a conclusioni differenti, oppure, come sostenuto da G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, cit., p. 127 e F.S. DAMIANI, *Sub art. 375 – art. 67 bis ord. giud.*, cit., p. 294, il relatore debba semplicemente restituire gli atti al Presidente della Sezione, il quale a sua volta rimetterà il ricorso al Primo Presidente per l'assegnazione alle sezioni semplici.

Da tale simmetria emergerebbe una portata più ampia e una valenza più incisiva della relazione in commento rispetto a quella che il relatore effettua in pubblica udienza *ex art. 379 c.p.c.*: invero, essa sarebbe idonea, unitamente alle eventuali risultanze emerse in sede di discussione, a tracciare le linee fondanti della successiva statuizione da parte del collegio, costituendone la base e, secondo alcuni, un vero e proprio «progetto di decisione»¹³⁵.

Considerata l'incisività del potere attribuito al relatore, e tenendo a mente che questi entra a far parte del collegio nella successiva decisione della questione, ci si è domandati se ciò non contrasti con i principi di terzietà e imparzialità del giudicante così come tutelati dall'art. 111, comma 2, Cost.

In realtà la questione è già stata in passato affrontata dalla Corte, sebbene in termini più generali di rapporto tra relatore e collegio, ma le cui conclusioni paiono ben adeguarsi anche alla nuova situazione normativa: ciò su cui la Cassazione si sofferma, al fine di escludere la fondatezza della censura, attiene in particolare alla natura di «pregiudizio» all'interno di rapporti «impugnatori», nel senso che sarebbe effettivamente ravvisabile un *vulnus* alla garanzia di imparzialità soltanto laddove il medesimo giudice abbia già esercitato la propria giurisdizione, in relazione al medesimo rapporto, nei gradi precedenti del giudizio: nel caso in esame, invece, il relatore non potrebbe essere considerato affetto da «pregiudizio», posto che egli deciderà la questione – insieme agli altri colleghi, i quali ben potrebbero avere idee differenti – solo successivamente nel medesimo giudizio e in esito alla fase di discussione¹³⁶.

Come già precisato, qualora il collegio si convinca dell'erroneità della posizione del relatore – *id est* il fatto che l'impugnazione non possa venire definita, quantomeno ai sensi dei punti nn. 1 e 5, in forma camerale – rimette il ricorso al

¹³⁵ Così F.S. DAMIANI, Sub art. 375 – art. 67 bis ord. giud., cit., p. 299; in argomento cfr. altresì P. VITTORIA, *Il procedimento in camera di consiglio in Cassazione*, in *Giusto processo civ.*, 2008, p. 1003, il quale, sebbene riferendosi alla relazione contemplata dalla normativa previgente ma utilizzata all'interno di quella «Struttura unificata» che tante somiglianze presenta con la nuova Sezione-filtro, afferma che «questa relazione esprime una presa di posizione più impegnativa di quella che il relatore svolge nella pubblica udienza»; *contra* v. M. DE CRISTOFARO, Sub art. 380 bis, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2013, p. 1104, secondo cui ritenere che la relazione costituisca un «segmento di decisione» comporterebbe, da un lato, un maggior aggravio di lavoro e un appiattimento della decisione del collegio sulla proposta del relatore; e, da altro lato, renderebbe il rito camerale maggiormente «garantista e preferibile» rispetto a quello ordinario, poiché darebbe ai legali delle parti la possibilità di esaminare e contestare la futura, ma «pre-annunciata dal relatore», decisione, così sovvertendo «la logica del rapporto tra udienza pubblica ed adunanza camerale».

¹³⁶ Cfr., al riguardo, Cass. 2 luglio 2008, n. 18047 con nota di R. TISCINI, *La relazione nel procedimento camerale in Cassazione e i manifestamente infondati sospetti di incostituzionalità per violazione delle garanzie di terzietà e imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1130 ss.; Cass. 16 aprile 2007, n. 9094. In dottrina cfr. altresì P. VITTORIA, Sub art. 375 c.p.c., in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario*, cit., p. 262.

Primo Presidente per la prosecuzione dell'*iter* ordinario; nel caso in cui, invece, a seguito della discussione il collegio ritenga di confermare le tesi del relatore, pronuncia ordinanza con la quale dichiara o l'inammissibilità del ricorso, ovvero la sua manifesta infondatezza o fondatezza. In quest'ultimo caso, la stessa Sezione-filtro ha altresì la possibilità di pronunciare il principio di diritto: ciò troverebbe fondamento normativo sia nell'art. 363 c.p.c., laddove stabilisce che questo possa essere pronunciato dalla Corte anche *ex officio*, ogniquale volta «il ricorso delle parti è dichiarato (genericamente, senza alcuna specificazione) inammissibile», che nell'art. 384, comma 1, c.p.c., a norma del quale «la Corte enuncia il principio di diritto quando decide il ricorso proposto a norma dell'art. 360, primo comma, numero 3, e in ogni altro caso in cui, decidendo su altri motivi di ricorso, risolve una questione di diritto di particolare importanza» (dunque, senza specificare che tale decisione debba per forza essere resa in pubblica udienza)¹³⁷.

Quanto, infine, agli strumenti impugnatori avverso l'ordinanza pronunciata dalla Sezione-filtro, va anzitutto rilevata una difficoltà di coordinamento tra l'art. 391 *bis*, comma 1, c.p.c., il quale estende la correzione della motivazione e la revocazione per errore di fatto anche all'ordinanza pronunciata in camera di consiglio *ex art.* 375 nn. 4-5, e la novella del 2009, che ha spostato le cause di inammissibilità nel novero del n. 1 della norma, creando così una situazione nella quale sarebbero passibili di revocazione ordinaria le sole ordinanze della Corte che abbiano rigettato (o accolto) il ricorso poiché manifestamente infondato (o fondato), con esclusione quindi di tutte le pronunce di «inammissibilità» *ex art.* 360 *bis*.

In secondo luogo, si ritiene che l'ordinanza *de qua* – peraltro sempre limitatamente al caso di manifesta fondatezza o infondatezza – sia sottoponibile a ricorso per revocazione straordinaria e ad opposizione di terzo, riferendosi genericamente l'art. 391 *ter* c.p.c. ai «provvedimenti» con cui la Corte ha deciso nel merito le diverse questioni a lei sottoposte¹³⁸.

¹³⁷ In tal senso si veda F.S. DAMIANI, Sub art. 375 – art. 67 bis *ord. giud.*, cit., p. 306, secondo il quale, nel caso in cui ritenga il ricorso manifestamente fondato, la Corte potrebbe altresì decidere la causa nel merito ove non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto. In senso analogo cfr. altresì C. BESSO, *Giudizio di cassazione e rito camerale*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi: commento alla Legge 24 marzo 2001, n. 89*, Torino, 2002, p. 29 s.; A. PANZAROLA, *La cassazione civile giudice del merito*, cit., p. 861. Al riguardo tuttavia in senso critico v. A. CARRATTA, Sub art. 375, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme*, cit., p. 445, il quale ritiene «singolare» che la Corte possa procedere, con ordinanza, alla cassazione della sentenza e alla fissazione del principio di diritto.

¹³⁸ F.S. DAMIANI, Sub art. 375 – art. 67 bis *ord. giud.*, cit., p. 307.

5.15. Segue: *la seconda fase del procedimento: la decisione in camera di consiglio relativa ai casi sub nn. 3-4 dell'art. 375 c.p.c. e il rinvio a pubblica udienza*

Superato «indenne» il primo passaggio innanzi alla Sezione-filtro, il ricorso entra nella «seconda fase» del procedimento previsto dall'art. 380 *bis*: in particolare, una volta ritornato nuovamente al Primo Presidente della Corte, questi provvede, a norma dell'art. 376 c.p.c., a trasmetterlo alla Sezione semplice tabel-larmente competente; il Presidente di quest'ultima, a sua volta, nomina il magi-strato relatore¹³⁹ il cui compito preliminare consiste nel verificare che l'impu-gnazione non presenti altri «difetti», ulteriori rispetto a quelli vagliati dalla Se-zione filtro, i quali ne giustifichino comunque la definizione in camera di consi-glio; solo laddove di tali elementi non vi sia traccia il ricorso è rinviato a pubbli-ca udienza.

A prescindere, per il momento, dalla disamina dei non irrilevanti problemi di coordinamento con la prima fase innanzi alla Sezione-filtro¹⁴⁰, vi sono almeno due imprecisioni nella conformazione della norma in commento le quali merita-no di essere segnalate.

La prima – in realtà una vera e propria antinomia – attiene allo stesso *incipit* del comma 3, a norma del quale il passaggio alla Sezione semplice si verifica sol-tanto «se il ricorso non è dichiarato inammissibile»: una lettura testuale della ci-tata disposizione porterebbe a concludere, *a contrario*, che la Sezione-filtro sia chiamata ad occuparsi dei soli casi di inammissibilità quando, invece, da una parte il comma 1 indica quale elemento di verifica anche il caso *sub* art. 375, n. 5 c.p.c., che si riferisce, come noto, alle ipotesi di manifesta infondatezza (o fon-datezza) del ricorso e, da altra parte, l'art. 376 c.p.c. stabilisce che gli atti sono rimessi al Primo Presidente «se la sezione [filtro] non definisce il giudizio». Per-tanto, sembra preferibile una rilettura correttiva della norma nel senso di preve-dere il passaggio, tanto nel caso in cui il ricorso non risulti inammissibile, quan-to nelle ipotesi di non manifesta infondatezza (o fondatezza)¹⁴¹.

¹³⁹ Al riguardo è stato ipotizzato – anche al fine di evitare una duplicazione del lavoro e di va-lorizzare le conoscenze acquisite nel corso della prima fase del procedimento – che la funzione di relatore possa essere affidata allo stesso magistrato che aveva ricoperto quel medesimo ruolo nella Sezione-filtro: così G. COSTANTINO, *Il nuovo processo*, cit., p. 305.

¹⁴⁰ Cfr., al riguardo, *infra*, par. 5.16.

¹⁴¹ In tal senso cfr. S. MENCHINI, *Sub art. 380 bis*, cit., p. 125; in argomento cfr., altresì, E. SILVE-STRI, *Le novità*, cit., p. 434, la quale correttamente ritiene che, in caso contrario, si ridurrebbe la fun-zione della Sezione-filtro a quella di un mero «organo di smaltimento» dei ricorsi inammissibili, così riducendo in modo significativo la stessa idea di «filtro» che regge la novella del 2009. Peculiare risul-ta invece la ricostruzione di A. CARRATTA, *Il «filtro» al ricorso in cassazione*, cit., p. 1567, secondo cui il fatto che la norma legittimi il passaggio al solo ricorso non inammissibile comporterebbe che, per quanto concerne quelli non manifestamente infondati (o fondati), la Sezione semplice non potrebbe

La seconda imprecisione, più che altro una improprietà di linguaggio, attiene al fatto che il ricorso possa essere «deciso in camera di consiglio» nelle fattispecie previste, rispettivamente, al n. 2 dell'art. 375 – qualora si tratti di «ordinare l'integrazione del contraddittorio o disporre che sia eseguita la notificazione dell'impugnazione a norma dell'art. 332 ovvero che sia rinnovata – e al n. 3 – quando occorra «provvedere in ordine all'estinzione del processo in ogni caso diverso dalla rinuncia».

In realtà, si tratta di fattispecie le quali, ben lungi dal portare ad una definizione del ricorso, evidenziano, la prima, alcune rilevanti carenze che, una volta accertate, andranno necessariamente sanate qualora si intenda procedere alla fase di decisione (nel merito) dell'impugnazione e, la seconda, un particolare tipo di conclusione del procedimento che peraltro non si connette ad una «decisione» della medesima¹⁴².

Ciò chiarito, il procedimento disciplinato dal codice è per il resto analogo a quello che caratterizza la prima fase innanzi alla Sezione speciale, giusto il richiamo operato dal 4 comma al 2: dunque, anche in questo caso il relatore provvede a depositare apposita relazione, la quale andrà notificata alle parti unitamente al decreto del Presidente che dispone la fissazione dell'adunanza della Corte; in tale sede, così come già nella prima fase, il collegio potrà concordare con la prospettazione del relatore, e allora verrà pronunciata apposita ordinanza, oppure assumere una differente valutazione, consentendo così al ricorso di proseguire la sua «corsa» verso la pubblica udienza e la successiva definizione.

5.16. Segue: *possibili interconnessioni tra le due fasi*

La «scissione» delle diverse ipotesi di definizione in camera di consiglio tra Sezione-filtro e Sezione semplice non ha mancato di sollevare alcuni rilevanti interrogativi per i quali è auspicabile un definitivo chiarimento della Corte.

In particolare, la situazione prospettata dall'art. 380 *bis*, comma 1, c.p.c. – nel riservare alla Sezione-filtro la «competenza» relativa ai soli casi *sub* nn. 1 e 5 dell'art. 375 – comporterebbe, a rigore, che questa possa statuire sul ricorso anche a contraddittorio non integro, in pendenza dei termini per la proposizione delle impugnazioni incidentali da parte degli altri litisconsorti, ovvero sulla base di un ricorso irritualmente notificato¹⁴³.

adottare il procedimento camerale ma sarebbe chiamata a deciderli sempre e comunque in pubblica udienza: ciò che peraltro sarebbe «paradossale», poiché sacrificherebbe quel principio di ragionevole durata del processo richiamato dalla stessa riforma che ha introdotto il «filtro» in cassazione.

¹⁴² In questi termini cfr. G. COSTANTINO, *Il nuovo processo*, cit., p. 305.

¹⁴³ Cfr., al riguardo, G. COSTANTINO, *Il nuovo processo*, cit., p. 305, il quale definisce tale eventualità «aberrante».

Pertanto, è stato da più parti prospettato che, a prescindere dal dato testuale, l'apposita Sezione possa occuparsi di tutti i diversi «vizi» indicati nell'art. 375 c.p.c., quantomeno per il caso in cui ritenga di poter definire il ricorso poiché manifestamente fondato o infondato¹⁴⁴; in caso contrario si dovrebbe concludere che, in siffatte ipotesi, la Sezione sarebbe tenuta a ritrasmettere il ricorso al Primo Presidente, il quale provvederà alla successiva assegnazione alla Sezione semplice, «tabellarmente competente» per i casi *sub* art. 375 nn. 2-3¹⁴⁵, ciò che peraltro risulterebbe decisamente antieconomico e contrario allo spirito della riforma.

Corrispondentemente, ci si è domandati se la Sezione semplice possa, a sua volta, ritornare sui casi di inammissibilità già vagliati dalla Sezione-filtro, oppure debba considerare la relativa questione ormai preclusa. In altre parole, qualora in sede di esame del ricorso emergano eventuali profili che ne avrebbero giustificato una declaratoria di inammissibilità (non soltanto sulla base dell'art. 360 *bis* c.p.c.) già nella fase preliminare del procedimento, posto che la Sezione semplice avrebbe legittimazione normativa – per quanto concerne la pronuncia camerale – solo con riferimento ai casi *sub* art. 375 nn. 2-3, il dubbio attiene all'eventuale definitività del controllo (nella specie, non ostativo) operato dalla Sezione-filtro.

La soluzione preferita – la quale intende integrarsi con la predetta possibilità, sostenuta dalla prevalente dottrina, per la Sezione-filtro di vagliare tutti i casi che giustificano una pronuncia camerale – milita nel senso che anche la Sezione semplice possa ritornare sulle questioni già esaminate dalla prima¹⁴⁶, così eventual-

¹⁴⁴ In tal senso cfr. G.F. RICCI, *La riforma*, cit., p. 76; G. SALMÈ, *Il nuovo giudizio*, cit., p. 443; B. SASSANI, R. TISCINI, *Sub art. 376*, cit., p. 175; P. VITTORIA, *Sub art. 375*, cit., p. 267; L. ZANUTTIGH, *Percorso a ostacoli con norme senza raccordo*, in *Guida dir.*, 2009, p. 27; *contra* v. però E. SILVESTRI, *Le novità*, cit., p. 430, secondo cui, sebbene tale soluzione «avrebbe il pregio di evitare gli inconvenienti di un inutile doppio esame di ricorsi che agevolmente potrebbero essere definiti in limine dalla Sezione-filtro, «il dato testuale sembra non consentire una simile interpretazione».

¹⁴⁵ Tale posizione, volta a salvaguardare la norma, è invece sostenuta da S. MENCHINI, *Sub art. 380 bis*, cit., p. 124; F.S. DAMIANI, *Sui (super)poteri*, cit., p. 505 s.

¹⁴⁶ Va ricordato, in relazione alla vincolatività della statuizione (non ostativa) della Sezione filtro, che, con riferimento ai lavori preparatori della riforma, parte della dottrina si era espressa in senso negativo, ovvero che la questione di ammissibilità del ricorso avrebbe dovuto intendersi come risolta definitivamente dalla sezione-filtro. Così, ad es., cfr. M. BOVE, *Brevi riflessioni*, cit.; M. FARINA, *Note minime*, cit. Tuttavia, a seguito della definitiva approvazione della legge, le posizioni prevalenti risultano di segno opposto: cfr. al riguardo, A. BRIGUGLIO, *Ecco il "filtro"!*, cit., secondo cui «il superamento del 'filtro' non comporta alcun vincolo per la sezione 'ordinaria' ai fini della valutazione del ricorso o del singolo motivo, né con riferimento ai profili di inammissibilità di 'vecchio conio', né con riferimento a quelli di 'nuovo conio' (...). Quanto ai profili riconducibili al nuovo art. 360 *bis*, un problema di vincolo alla implicita valutazione di ammissibilità da parte della sezione-filtro neppure può porsi. Quei profili, riscontrabili da quest'ultima (...) *sub* specie di inammissibilità, ritornano, quando il giudizio passa alla sezione 'ordinaria', ad essere ciò che nella sostanza sono, e cioè profili di infondatezza del ricorso o di singoli motivi»; in senso analogo cfr. altresì A.

mente giungendo alla declaratoria di inammissibilità sulla base di una diversa valutazione delle medesime, purché tuttavia venga garantito nuovamente il contraddittorio – nelle forme dell'art. 380 *bis*, comma 2 – sugli aspetti già esaminati dalla Sezione-filtro e oggetto di riesame da parte della Sezione semplice¹⁴⁷.

È vero che in tal modo il procedimento verrebbe forse appesantito e si creerebbe una situazione di incertezza nei ricorrenti che – con la chiusura della prima fase del procedimento, ove hanno avuto la possibilità di dedurre, non solo per iscritto ma anche oralmente, le proprie argomentazioni – avrebbero inteso la questione della inammissibilità definitivamente superata¹⁴⁸; del resto, non essendoci un provvedimento che «certifica» la «non inammissibilità» dell'impugnazione, risulterebbe arduo immaginare che la Sezione semplice – la quale è chiamata a definire compiutamente il ricorso – possa vedersi preclusa la possibilità di intervenire su un profilo così determinante nella valutazione dello stesso¹⁴⁹.

In aggiunta, la prima giurisprudenza della Corte sembra avallare siffatta ricostruzione, laddove ha affermato che «la circostanza che la trattazione del ricorso per cassazione sia stata rinviata alla pubblica udienza, ai sensi dell'art. 380 *bis*

CARRATTA, *Il «filtro» al ricorso in Cassazione*, cit., p. 1567, secondo cui la Sezione semplice potrà valutare le diverse ipotesi di inammissibilità del ricorso «sia perché al giudizio davanti alla Sezione è da ritenere siano applicabili tutte le disposizioni sul giudizio di cassazione, sia perché comunque è la Sezione semplice il giudice cui è demandata la decisione, una volta superato il vaglio preventivo di ammissibilità»; in senso analogo cfr., altresì, F.S. DAMIANI, *Sub art. 375 – art. 67 bis ord. giud.*, cit., p. 296; S. MENCHINI, *Sub art. 380 bis*, cit., p. 123; G. RATTI, *Note esegetiche*, cit., p. 440; *contra*, cfr. B. SASSANI, R. TISCINI, *Sub art. 380 bis*, cit., p. 180, secondo cui «se il legislatore ha voluto conferire il potere di pronunciare l'inammissibilità ad una 'apposita sezione', ha un senso ritenere che la valutazione da essa compiuta possa vincolare le sezioni semplici che fossero chiamate ad esaminare il ricorso su altro fronte»; inoltre, sempre secondo gli autori, non si potrebbe escludere che nella prassi la Corte provveda ad emettere un provvedimento di «non inammissibilità», così da fornire stabilità all'indagine svolta dall'apposita Sezione. Si segnala infine la rilettura di G. SALMÈ, *Il nuovo giudizio*, cit., p. 444, secondo cui, sebbene la Sezione semplice possa vagliare tutte le ipotesi previste nell'art. 375 c.p.c., qualora ritenga di doversi nuovamente e diversamente pronunciare su un profilo di ammissibilità o sulla manifesta infondatezza del ricorso, non potrà utilizzare le forme camerali, riservate ai punti nn. 2 e 3) previsti dall'art. 375, bensì sarà costretta a procedere in pubblica udienza.

¹⁴⁷ In questi termini cfr. F. CIPRIANI, *Il procedimento camerale*, cit., p. 842.

¹⁴⁸ Cfr., al riguardo, R. TISCINI, *Giudizio di cassazione*, cit., p. 446.

¹⁴⁹ In argomento cfr. G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, cit., p. 128, il quale ricava l'assenza di vincolo dal confronto tra la precedente versione dell'art. 380 *bis* e quella attuale: in particolare, secondo l'A., «nella nuova formulazione dell'art. 380 *bis* non è stato riprodotto il previgente 4° comma, il quale stabiliva che 'nella seduta [in camera di consiglio] la Corte delibera sul ricorso con ordinanza; il che avrebbe potuto intendersi nel senso che la Corte medesima dovesse in ogni caso decidere sulle questioni sollevate dal relatore a norma del 1° comma, anche quando escludesse la possibilità di definire il giudizio in tale sede. La mancata riproduzione di tale disposizione, invece, può per l'appunto indirettamente confermare che l'unica decisione rilevante della sezione-filtro è quella che eventualmente definisca il giudizio, per inammissibilità o manifesta infondatezza o infondatezza di tutte le impugnazioni proposte».

c.p.c., non costituisce una decisione implicita sull'inesistenza di cause d'inammissibilità e non impedisce, quindi, al collegio di rilevarle e dichiararle»¹⁵⁰.

Pur con i dovuti aggiustamenti, comunque, la sensazione è che ci si trovi di fronte ad un procedimento particolarmente «tortuoso» e complicato, ove le singole impugnazioni rischiano di venire ordinariamente sottoposte a due – se non addirittura a tre – diverse valutazioni operate da differenti collegi della Corte, transitando da una camera di consiglio ad un'altra e tra molteplici assegnazioni e ri-assegnazioni; e se a ciò si aggiunge il problema segnalato in precedenza, ovvero l'inevitabile *overload* destinato a colpire la Sezione-filtro, ci si rende facilmente conto di come l'impatto che la riforma avrebbe inteso produrre in termini di efficacia, semplificazione ed accelerazione sarà verosimilmente destinato a rimanere sulla carta.

5.17. *Cenni sulla riforma attuata con legge 7 agosto 2012, n. 134: la riduzione della portata dell'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c., la c.d. «doppia conforme» e possibili ripercussioni sul numero dei ricorsi presentati*

Tra le ultime riforme, in ordine di tempo, del giudizio di cassazione si segnala quella inserita nel d.l. 22 giugno 2012, n. 83 conv. con legge 7 agosto 2012, n. 134, la quale modifica nuovamente il dettato dell'art. 360, n. 5, ovvero il motivo di ricorso che intende censurare un vizio della motivazione, segnando in certo qual modo un ritorno al passato¹⁵¹.

In effetti, riprendendo la formula utilizzata nel codice del 1942, il nuovo testo dell'articolo in esame afferma oggi che il ricorso in cassazione è ammesso «per

¹⁵⁰ Così Cass. 15 febbraio 2011, n. 3688; in senso analogo cfr., altresì, Cass., 8 gennaio 2013, n. 219. Peraltro, la Corte ha altresì statuito che, qualora la Sezione semplice intenda pervenire ad una diversa determinazione sull'ammissibilità del ricorso, ciò non potrà essere compiuto nelle forme camerali, atteso che l'art. 380 *bis*, comma 4, impone la trattazione (salvo le eccezioni di cui all'art. 375 nn. 2-3) in pubblica udienza.

¹⁵¹ È noto che la norma in esame è stata più volte oggetto di modifica nel corso degli anni: al riguardo si ricorda che, mentre nel codice del 1865 l'art. 517 non contemplava quale motivo di ricorso il vizio di motivazione, esso è stato successivamente inserito nel codice del 1942 con la formula «omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti»; successivamente, con la riforma del 1950, la formulazione testuale della norma venne modificata nel senso che la censura avrebbe potuto avere ad oggetto l'«omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile d'ufficio». Nel 2006, al fine di limitare il novero delle impugnazioni proposte sulla base della predetta censura, si intervenne nuovamente per specificare che la doglianza avrebbe potuto avere ad oggetto solo un «fatto controverso e decisivo per il giudizio», senza peraltro ottenere il risultato auspicato; in argomento cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, cit., p. 560 ss. e, *supra*, par. 4.3.

omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti»¹⁵².

È noto che la tradizionale conformazione del vizio in esame (così come recepita a seguito delle riforme degli anni '50) – il quale si estrinsecava nel triplice carattere di «omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile d'ufficio» – era stata oggetto di molteplici letture da parte della Corte: se, da un lato, al fine di salvaguardare la propria funzione «di legittimità» questa aveva in più occasioni ribadito che il citato controllo avrebbe dovuto limitarsi alla sola coerenza logico-formale delle argomentazioni del giudice di merito¹⁵³, da altro lato, tuttavia non sono mancate occasioni nelle quali la Corte ha assunto posizioni che si avvicinavano molto ad una valutazione sul fatto¹⁵⁴.

Per questo motivo, e soprattutto per il fatto che una rilevante parte dei ricorsi presentati attenevano (e attengono) proprio a censure del profilo motivazionale assunto dal giudice di merito¹⁵⁵, il legislatore ha deciso di intervenire nuova-

¹⁵² In argomento si veda M. BOVE, *Ancora sul controllo della motivazione in cassazione*, in *Giusto processo civ.*, 2013, p. 432 ss.; R. CAPONI, *La modifica dell'art. 360, 1° comma n. 5, c.p.c.*, in *www.judicium.it*; A. CARRATTA, *Giudizio di cassazione e nuove modifiche legislative: ancora limiti al controllo di legittimità*, in *www.treccani.it*; C. CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di «svaporamento»*, in *Corriere giur.*, 2012, p. 1139 ss.; L.P. COMOGGIO, *Requiem per il processo giusto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 47 ss.; G. COSTANTINO, *La riforma dell'appello*, in *Giusto processo civ.*, 2013, p. 29 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Appello e cassazione alla riprova della ennesima «riforma urgente»: quando i rimedi peggiorano il male (considerazioni di prima lettura del d.l. n. 83/2012)*, in *www.judicium.it*; A. DIDONE, *Ancora sul vizio di motivazione dopo la modifica dell'art. 360 n. 5 c.p.c. e sul tassello mancante del modello di Toulmin*, in *Giusto processo civ.*, 2013, p. 631 ss.; M. FORNACIARI, *Ancora una riforma dell'art. 360 n. 5 c.p.c.: basta, per favore, basta!*, in *www.judicium.it*; R. FRASCA, *Spigolature sulla riforma di cui al d.l. n. 83 del 2012, convertito, con modificazioni, nella l. n. 134 del 2012*, in *www.judicium.it*; T. GALLETTO, *«Doppio filtro» in appello, «doppia conforme» e danni collaterali*, in *www.judicium.it*; G. IMPAGNATIELLO, *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in cassazione*, in *Giusto processo civ.*, 2012, p. 755 ss.; I. PAGNI, *Gli spazi per le impugnazioni dopo la riforma estiva*, in *L'appello e il ricorso per cassazione nella riforma del 2012*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 304 ss.; A. PANZAROLA, *Tra «filtro» in appello e «doppia conforme»: alcune considerazioni a margine della l. n. 134 del 2012*, in *Giusto processo civ.*, 2013, p. 89 ss.; B. SASSANI, *La logica del giudice e la sua scomparsa in cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 639 ss.; ID., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in cassazione*, in *Corriere giur.*, 2013, p. 849 ss.

¹⁵³ Si veda, *inter alia*, Cass. 14 febbraio 2006, n. 3133; Cass., 5 novembre 2004, n. 21193. In dottrina cfr. M. BOVE, *Il sindacato della Corte di cassazione (contenuto e limiti)*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 236 ss.; L.P. COMOGGIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 659 ss.

¹⁵⁴ In argomento cfr., per tutti, A. PANZAROLA, *La cassazione civile*, cit., p. 877 ss.

¹⁵⁵ Cfr., al riguardo, B. SASSANI, *La logica del giudice*, cit., p. 641 s., il quale riconosce la predetta situazione nelle «migliaia di ricorsi in cui l'incultura della nostra strabordante avvocatura dà mostra di sé spingendosi a deplorare le conclusioni del ctu che non avrebbe capito la miglior qualità delle conclusioni del ctp, o l'aver il giudice di merito creduto ad un teste piuttosto che ad un altro».

mente sull'articolo in esame¹⁵⁶, affinché i ricorrenti non possano più surrettiziamente richiedere (e la Corte sia legittimata ad operare) una valutazione, quella «di fatto», preclusa al sindacato di quest'ultima; invero, la nuova disposizione oggi sembra limitare le doglianze ai soli profili di omissione di motivazione, con esclusione dunque tanto dei casi di motivazione insufficiente, che di quelli relativi ad una eventuale contraddittorietà della medesima¹⁵⁷.

In sede di prima lettura della riforma la prevalente dottrina pareva tuttavia concordare sul fatto che il vizio di motivazione – *lato sensu* inteso – potesse comunque fare nuovamente ingresso tra i motivi di impugnazione giusta la previsione dell'art. 132 c.p.c., a norma del quale la motivazione costituisce uno degli elementi essenziali della sentenza: pertanto, tanto il profilo della contraddittorietà, quanto quello della insufficienza, avrebbero potuto venire dalle parti sollevati *sub specie* di nullità della sentenza – dunque sulla base del diverso motivo di impugnazione previsto all'art. 360, n. 4 c.p.c. –.

Del resto, si sosteneva, sarebbe difficilmente giustificabile, oltre che sul piano della tecnica normativa, su quello più generale di ragionevolezza del sistema, da una parte, consentire l'impugnazione di tutti quei provvedimenti in cui, ferma la tenuta dell'impianto per i fatti principali, non sia individuabile la motivazione su di un fatto secondario del giudizio e, da altra parte, vietarla – così mantenendo in vita una sentenza chiaramente viziata – nei casi in cui le motivazioni offerte dal giudicante si contraddicano a vicenda ovvero non forniscano gli elementi essenziali per giustificare il dispositivo assunto¹⁵⁸.

Al riguardo, anzi, v'era anche chi sosteneva che, per come in concreto riformulata, la novellata disposizione di cui al punto n. 5) avrebbe paradossalmente permesso una impugnativa più ampia sotto il profilo motivazionale di quanto già non consentisse la versione precedente della medesima. Invero, premesso nuovamente

¹⁵⁶ Cfr., al riguardo, la relazione illustrativa al d.l. n. 83/2012, ove si afferma che tramite la modifica si sarebbe inteso «evitare l'abuso dei ricorsi per cassazione basati sul vizio di motivazione non strettamente necessitati di precetti costituzionali, supportando la generale funzione nomofilattica propria della Suprema corte di cassazione quale giudice dello *jus constitutionis* e non, se non nei limiti della violazione di legge, dello *jus litigatoris*».

¹⁵⁷ Al riguardo, e in senso critico, cfr. C. CONSOLO, *Lusso o necessità nell'impugnazione delle sentenze?*, in *www.judicium.it*, secondo il quale è «scelta (...) nociva per le attese di una giustizia civile accurata (...) quella di non consentire più che le motivazioni gravemente insufficienti o illogiche (ancorché non omesse del tutto) vadano esenti dal controllo di logicità (che è pur sempre un riflesso del controllo di legittimità) della Cassazione». A parere dell'A., «lungi dal far ritrovare alla S.C. un ruolo più consona, [ciò] significherebbe avere giudizi di cassazione pressoché in egual numero (ed egualmente costosi per i cittadini) ma troppo spesso, e ancor più spesso di oggi, sostanzialmente sterili».

¹⁵⁸ In argomento cfr. R. CAPONI, *Contro il nuovo filtro in appello e per un filtro in cassazione nel processo civile*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 1539 ss.; ID., *La modifica dell'art. 360, 1° comma n. 5 c.p.c.*, in *www.judicium.it*; G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., p. 187 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *Il ricorso in cassazione. Le novità introdotte dal d.l. 83/2012*, in *www.judicium.it*.

che la presenza di motivazione non sia in grado, di per sé sola, di soddisfare il requisito di cui all'art. 132 c.p.c., essendo necessario che questa risulti altresì «idonea» a sorreggere l'impianto (e il dispositivo) adottato dal giudice, la mancanza di indicazioni sui caratteri di siffatta idoneità, che prima venivano individuati nella «contraddittorietà» e nell'«insufficienza», avrebbe legittimato la sollevazione di qualsivoglia profilo di «non correttezza» della decisione¹⁵⁹.

Sul tema è di recente intervenuta la Suprema Corte la quale, chiamata a pronunciarsi sull'applicabilità delle nuove disposizioni relative al processo di cassazione anche ai ricorsi avverso le sentenze pronunciate dalle Commissioni tributarie regionali, ha altresì incominciato a specificare – sebbene tramite *obiter dictum* – i nuovi confini dell'impugnazione ex art. 360 n. 5 c.p.c.¹⁶⁰.

In particolare la Corte – riconoscendo «l'esplicita scelta di ridurre al minimo costituzionale il sindacato sulla motivazione in sede di giudizio di legittimità» – ha chiarito come la riforma debba essere letta in una duplice direzione: da una parte, il vizio di motivazione va ricondotto al motivo di cui al n. 4 dell'art. 360, risultando censurabile soltanto nei casi in cui sia così radicale da comportare, ai sensi dell'art. 132, comma 2, n. 4, la nullità della sentenza per mancanza di motivazione, ciò che si verifica quando «manchi del tutto – nel senso che alla premessa dell'oggetto del decidere risultante dallo svolgimento del processo segue l'enunciazione della decisione senza alcuna argomentazione – ovvero essa formalmente esista come parte del documento, ma le sue argomentazioni siano state svolte in modo talmente contraddittorio da non permettere di individuarla, cioè di riconoscerla come giustificazione del *decisum*»; da altra parte, quanto ai caratteri della residua ipotesi di cui al n. 5, esso si sostanzia nella possibilità, per le parti, di censurare l'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione e abbia carattere decisivo, nel senso che se esaminato avrebbe determinato un esito differente della vertenza¹⁶¹.

Sebbene sia forse prematuro prevedere, nel prossimo futuro, una drastica diminuzione nel numero dei ricorsi che lamentano un vizio di motivazione, tut-

¹⁵⁹ In tal senso cfr. M. FORNACIARI, *Ancora una riforma dell'art. 360 n. 5 c.p.c.*, cit.

¹⁶⁰ Cfr. Cass., Sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053; in senso conforme cfr. Cass., Sez. un., 22 settembre 2014, n. 19881. In argomento cfr. PASSANANTE, *Le Sezioni Unite riducono al «minimo costituzionale» il sindacato di legittimità sulla motivazione della sentenza civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 179 ss.

¹⁶¹ Siffatta ricostruzione risulta necessaria, sempre secondo la Corte, per assicurare «la plausibilità del percorso che lega la verosimiglianza delle premesse alla probabilità delle conseguenze. L'implausibilità delle conclusioni può risolversi tanto nell'apparenza della motivazione, quanto nell'omesso esame di un fatto che interrompa l'argomentazione e spezzi il nesso tra verosimiglianza delle premesse e probabilità delle conseguenze e assuma, quindi, nel sillogismo, carattere di decisività: l'omesso esame è il «tassello mancante» alla plausibilità delle conclusioni rispetto alle premesse date nel quadro del sillogismo giudiziale».

tavia la lettura fornita dalla Cassazione – la quale peraltro necessita di ulteriori precisazioni, a partire dalla stessa concezione del «fatto storico» – dimostra piuttosto chiaramente la volontà di servirsi della novella per circoscrivere i propri compiti, tentando così di riaffermare la supremazia del controllo di (mera) legittimità sulla tentazione, più volte sperimentata in passato, di sindacare valutazioni che spettano invece al solo giudicante di merito¹⁶².

Sempre nella prospettiva «di deflazione» che qui interessa, va poi ricordato che la medesima riforma del 2012, oltre che incidere sui caratteri della censura *ex art.* 360, n. 5, ha altresì inteso limitarne l'utilizzo in determinate circostanze nelle quali l'accertamento del fatto (e la correlata motivazione) hanno acquisito una «stabilità» tale da non poter richiedere ulteriori verifiche: il riferimento è al principio della c.d. «doppia conforme», sulla cui base, qualora la sentenza d'appello ovvero l'ordinanza di inammissibilità eventualmente pronunciata si fondi sulle medesime ragioni adottate dal primo giudice, l'impugnazione di ultima istanza sarà sì possibile, ma unicamente per i motivi di cui ai nn. 1-4 dell'art. 360, con esclusione dunque del vizio di motivazione.

Anche in questo caso è evidente l'intenzione legislativa di intervenire al fine di limitare l'abuso delle impugnative *ex art.* 360, n. 5, c.p.c.; tuttavia, la predetta riforma, per come strutturata, rischia di comportare più costi che benefici poiché, se da una parte tenta di circoscrivere il lavoro della Corte, dall'altra crea un nuovo canale di accesso che si preannuncia particolarmente oneroso e difficile da gestire, legittimando una impugnativa avverso le sentenze di primo grado «revitalizzate» dalla declaratoria di inammissibilità dell'appello *ex art.* 348 *ter*¹⁶³.

¹⁶² Che il *trend* sia di questo tenore, del resto, era già abbastanza chiaro da quanto espresso dall'(ormai emerito) Presidente della Corte nella Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012, ove aveva affermato che «l'entità della domanda, e la dimensione della pendenza, in particolare dell'arretrato, uniche nel panorama europeo delle corti di ultima istanza, sono corpose ragioni che debbono spingere ad adottare una interpretazione della nuova disposizione coerente con le esigenze sistematiche e funzionali che dovrebbero riportare la Corte a sviluppare le sue funzioni di nomofilachia, depresse o quanto meno fortemente ridotte dall'enorme numero dei ricorsi»: cfr. la Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012, cit., p. 121.

¹⁶³ Si tratta del c.d. «filtro in appello» (introdotto dalla stessa legge n. 134/2012) di cui agli artt. 348 *bis* e *ter* c.p.c., che tante critiche ha da subito suscitato in dottrina. Per una disamina del nuovo procedimento cfr., *inter alios*, AA.VV., *L'appello e il ricorso per cassazione nella riforma del 2012 (d.l. 83/12, conv., con modif., in l. 134/12)*, in *Foro it.*, 2012, c. 281; R. CAPONI, *Contro il nuovo filtro in appello*, cit.; G. COSTANTINO, *Le riforme dell'appello civile e l'introduzione del «filtro»*, in *www.treccani.it*; G. IMPAGNATIELLO, *Il «filtro» di inammissibilità dell'appello*, in *Foro it.*, 2012, c. 295 ss.; F. SANTAGADA, *Il giudizio d'appello riformato e l'introduzione del filtro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 611; G. TARZIA, F. DANOVI, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 369 ss. In argomento si segnala tuttavia che il legislatore intenderebbe (il condizionale è d'obbligo) tornare sui propri passi ed espungere dal sistema il citato (e appena varato) «filtro»: ciò risulta dal già menzionato «disegno di legge di delega al Governo recante disposizioni per l'efficacia del processo civile» in data 11 marzo 2015, il cui art. 1, comma 1 lett. b) n. 4, testualmente prevede la «riaffermazione, in sede di appello, dei principi del giusto processo e di

5.18. *Un «filtro» indiretto: la auspicabile (e auspicata) riduzione del numero degli avvocati c.d. cassazionisti ad opera della nuova legge professionale forense*

Uno dei fattori di crisi del sistema della giustizia in Italia viene sovente individuato nell'eccessivo sovraffollamento degli albi professionali forensi, specie se confrontati con quelli – assai più «snelli» – dei principali e a noi storicamente più legati Paesi dell'Unione.

Invero, il numero degli iscritti agli Albi, che alla fine del 2014 si attesta intorno alle 250.000 unità¹⁶⁴, a fronte di circa 155.000 *abogados* spagnoli, 165.000 *solicitors* inglesi, e 48.000 *avocats* francesi¹⁶⁵, di fatto produce determinate conseguenze sulla stessa domanda di giustizia: detto in altri termini, il rischio è che, in molti casi, vengano date voci non già alle giuste pretese dei cittadini, bensì a istanze dalla dubbia fondatezza e idonee a garantire, *in primis*, la sussistenza degli stessi operatori del diritto.

Al contrario, un numero (chiuso e) adeguatamente selezionato di avvocati, professionalmente in grado di verificare, comprendere e sussumere la pretesa all'interno della più adeguata «veste giuridica» (e, specularmente, di far capire al cliente quando, invece, tale sussunzione non è praticabile) sarebbe in grado, unitamente a imprescindibili riforme «strutturali», da un lato, di limitare l'accesso alle corti solamente a quelle esigenze di giustizia reali ed effettive (con esclusione, quindi, di tutte le controversie di natura «bagatellare», o addirittura pretestuosa, le quali potrebbero venire dirottate verso differenti forme di tutela); da altro lato, di assicurare al cliente una maggior competenza tecnica e una miglior tutela degli interessi di quest'ultimo; da altro lato, ancora, di facilitare il compito del giudice, che non dovrà spingersi in tanto incerte quanto perigliose ricostruzioni della pretesa dedotta dalle parti.

Il problema relativo al numero degli avvocati si ritrova anche sfogliando l'apposito Albo degli avvocati abilitati all'esercizio della professione innanzi alle giurisdizioni superiori (Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e Corte dei Conti) che, al 31 dicembre 2012, risultano più di 52.000¹⁶⁶. Anche in questo caso non

leale collaborazione tra i soggetti processuali, anche attraverso la soppressione della previsione di inammissibilità dell'impugnazione fondata sulla mancanza della ragionevole probabilità del suo accoglimento».

¹⁶⁴ Cfr., al riguardo, i dati forniti dal Consiglio Nazionale Forense al sito www.consiglionazionaleforense.it.

¹⁶⁵ Cfr., per la Spagna, le statistiche reperibili al sito www.abogacia.es; per l'Inghilterra, al sito www.lawsociety.org.uk/representation/research-trends/annual-statistical-reports; per la Francia, al sito www.cnb.avocat.fr.

¹⁶⁶ Cfr. di nuovo i dati forniti dal Consiglio Nazionale Forense al sito www.consiglionazionaleforense.it.

si può non notare l'abissale differenza con quanto accade negli altri Paesi europei: in Francia, ad es., i «cassazionisti» sono solo 108¹⁶⁷, in Germania appena 30¹⁶⁸.

Tale diversità si fondava – almeno sino ad oggi – sul fatto che in Italia, diversamente da quanto avviene all'estero¹⁶⁹, l'accesso all'apposito Albo dei «cassazionisti» veniva regolato sulla base della sola anzianità della professione. Se pure esisteva un apposito esame per chi intendesse abilitarsi in via preventiva¹⁷⁰, tuttavia, vuoi per la difficoltà del medesimo, vuoi per il fatto che il titolo si sarebbe comunque acquisito in via automatica con il decorso del tempo, il candidato solitamente attendeva la maturazione dei dodici anni di iscrizione all'Albo ordinario per poter accedere a quello speciale.

Quindi, mentre all'estero il possesso del titolo di «cassazionista» conferisce un grande prestigio all'attività professionale, «in Italia il titolo contraddistingue[va] solo gli avvocati non più giovanissimi»¹⁷¹.

La situazione sopra descritta è peraltro destinata a mutare, ancorché lentamente nel corso dei prossimi anni, per effetto della recente approvazione della legge di riforma dell'ordinamento professionale forense.

¹⁶⁷ Cfr. l'elenco ufficiale dell'«*Ordre des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation*» consultabile al sito www.ordre-avocats-cassation.fr/membres/avocats-.htm.

¹⁶⁸ Cfr. i dati ufficiali del «*Bundesgerichtshof*» consultabili al sito www.bundesgerichtshof.de/DE/BGH/Rechtsanwaelte/rechtsanwaelte_node.html

¹⁶⁹ Ad es., in Francia è prevista la previa frequenza, da parte del candidato, di un apposito corso di formazione organizzato dall'«*Institut de Formation et de Recherche des Avocats aux Conseils*» (IFRAC) afferente all'ordine degli avvocati patrocinanti presso la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato; tale corso, di natura teorico-pratica, ha durata di anni tre ed è sempre previsto, per il passaggio all'anno successivo, un apposito esame. Terminato con successo il suddetto corso, l'avvocato dovrà poi sostenere un ulteriore esame di fronte ad una commissione formata da un Consigliere di Stato, da uno della Corte di Cassazione, da un professore universitario e da tre avvocati iscritti all'albo speciale. Al riguardo, cfr. il sito <http://www.ordre-avocats-cassation.fr/formation/ifrac.htm>; in Germania è in vigore una particolare procedura per l'abilitazione al patrocinio innanzi al *Bundesgerichtshof*, attraverso una selezione affidata ad un comitato composto dal Presidente della Corte, dai presidenti delle dodici sezioni della corte, membri del consiglio federale dell'ordine degli avvocati e membri del consiglio dell'ordine degli avvocati abilitati al patrocinio innanzi al *Bundesgerichtshof*. Sulla proposta di designazione formulata dal suddetto comitato decide il Ministro della giustizia. Al riguardo cfr. V. SANGIOVANNI, *La professione forense in germania*, in *Rass. forense*, 2005, p. 1125 ss.

¹⁷⁰ L'esame, disciplinato dalla legge 28 maggio 1936, n. 1003 e dal r.d. 9 luglio 1936, n. 1482, contempla tre prove scritte, consistenti nella redazione di altrettanti ricorsi per cassazione in materia regolata dal codice civile, penale e dal diritto amministrativo (in quest'ultimo caso, è possibile redigere, in alternativa, un ricorso al Consiglio di Stato o alla Corte dei Conti), nonché un esame orale vertente su di un tema avente ad oggetto una contestazione giudiziale, nella quale il candidato dimostri la propria cultura e l'attitudine al patrocinio dinanzi alle giurisdizioni superiori; per superare l'esame è necessario ottenere una media di otto decimi tra tutte le tre prove scritte e la prova orale e un punteggio non inferiore a sette in ciascuna prova.

¹⁷¹ Così D. DONNELLA, *L'accesso all'avvocatura tra storia e attualità*, in *Prev. forense*, 2009, p. 120.

In particolare, l'art. 22 legge 31 dicembre 2012, n. 247, dopo aver ribadito, al primo comma, che «l'iscrizione nell'albo speciale per il patrocinio dinanzi alle giurisdizioni superiori può essere richiesta al CNF da chi sia iscritto in un albo ordinario circondariale da almeno cinque anni e abbia superato l'esame disciplinato dalla legge 28 maggio 1936, n. 1003 e dal regio decreto 9 luglio 1936, n. 1482, al quale sono ammessi gli avvocati iscritti all'albo» (così sostanzialmente rifacendosi alla previgente disciplina), nel secondo comma statuisce che «l'iscrizione può essere richiesta anche da chi, avendo maturato una anzianità di iscrizione all'albo di otto anni, successivamente abbia lodevolmente e proficuamente frequentato la Scuola superiore dell'avvocatura, istituita e disciplinata con regolamento dal CNF. Il regolamento può prevedere specifici criteri e modalità di selezione per l'accesso e per la verifica finale di idoneità. La verifica finale di idoneità è eseguita da una commissione d'esame designata dal CNF e composta da suoi membri, avvocati, professori universitari e magistrati addetti alla Corte di cassazione».

Dunque con la riforma scompare il meccanismo automatico di reclutamento degli avvocati abilitati al patrocinio innanzi alle giurisdizioni superiori essendo richiesto, in ogni caso, un esame per l'accesso al relativo albo.

La predetta innovazione – purché peraltro le relative verifiche vengano gestite in maniera differente rispetto a quanto accade oggi con riferimento all'esame di abilitazione all'esercizio della professione – va accolta con un certo favore poiché, oltre ad assicurare una maggior competenza e professionalità, nella prospettiva che qui interessa potrebbe contribuire, essa stessa, a ridurre il numero dei ricorsi di ultima istanza e a ristabilire una corretta relazione tra giudici e avvocati in un organo di rilevanza cruciale per posizione e funzioni. Invero, non soltanto varrebbe l'elementare regola per la quale minore è il numero dei soggetti legittimati ad adire la Suprema Corte, minore sarà l'entità delle impugnative annualmente presentate; ma una più contenuta platea di professionisti, altamente qualificati, sarebbe altresì in grado di restituire reciproca legittimazione ai protagonisti del giudizio – giudici e avvocati – così da pervenire a soluzioni di più elevato spessore qualitativo¹⁷².

Tuttavia, affinché i citati benefici possano realizzarsi non pare certamente sufficiente una riduzione numerica di poche migliaia di unità – e la legge sembra andare, purtroppo, in questa direzione, laddove prevede, espressamente, che «coloro che alla data di entrata in vigore della presente legge sono iscritti nell'albo dei patrocinanti dinanzi alle giurisdizioni superiori conservano l'iscrizione; allo stesso modo possono chiedere l'iscrizione coloro che alla data di entrata in vigore della presente legge abbiano maturato i requisiti per detta iscrizione secondo la previgente normativa», nonché che «possono altresì chiedere l'iscrizione

¹⁷² In argomento cfr. G. SCARSELLI, *Il processo in cassazione*, cit., p. 313 s.

coloro che maturino i requisiti secondo la previgente normativa entro tre anni dalla data di entrata in vigore della presente legge»; il che comporterebbe che, per vedere i primi risultati, bisognerebbe attendere il pensionamento di gran parte degli attuali «cassazionisti» – bensì una riduzione sostanziosa, tale da portare il numero degli iscritti all'apposito Albo a poche centinaia (al massimo, qualche migliaia) di componenti.

5.19. Considerazioni conclusive

Acquisito dunque che di «filtro» in Cassazione possa parlarsi solo in senso atecnico, e che il legislatore ha elaborato un procedimento il quale intende, molto più semplicemente, razionalizzare la gestione dei ricorsi, separando quelli inficiati da «vizi» (o da caratteri) tali da legittimarne una pronuncia nelle forme semplificate della camera di consiglio da quelli meritevoli invece di un più approfondito esame, l'impressione che la novella del 2009 suscita nell'interprete è, per così dire, contraddittoria.

Invero, se da una parte non può che essere apprezzato l'intento di riportare all'attenzione dei diversi operatori del diritto la necessità di intervenire in senso maggiormente incisivo sull'organo di vertice del sistema giudiziario, al fine di consentire un più omogeneo e coerente sviluppo del diritto interno evitando così il perpetuarsi di contrasti e *revirements* che tante ricadute producono sulla stessa qualità (e quantità) del contenzioso¹⁷³, tuttavia le concrete modalità in cui l'intervento si è estrinsecato – come dimostrano le numerose «acrobazie interpretative»¹⁷⁴ cui si è dovuta cimentare la dottrina al fine di coordinare (se non addirittura di dare un significato al)le nuove norme – certamente non convincono.

L'impressione è che, come peraltro spesso accade nel nostro Paese, ad una corretta identificazione dei problemi e dei malfunzionamenti degli apparati isti-

¹⁷³ Al riguardo, autorevole dottrina ha riconosciuto la necessità che anche la nostra Corte suprema venga dotata di un sistema di filtri, il quale troverebbe una propria legittimazione nel principio di eguaglianza sancito all'art. 3 Cost. Invero, tale ultimo principio verrebbe leso qualora una determinata norma fosse interpretata diversamente, nello stesso periodo storico, da giudici afferenti a uffici giudiziari diversi. Da ciò discende l'essenzialità di una Corte di vertice la quale provveda ad assicurare un'interpretazione uniforme delle diverse disposizioni sottoposte alla sua attenzione; tuttavia per assolvere appieno a questo compito, essa dovrebbe essere messa nelle condizioni di decidere pochi ricorsi l'anno e, in tale attività, «non potrà non fare uso di un suo qualche potere discrezionale» per discernere le questioni «di rilievo generale» (o sulle quali vi sia stato un precedente contratto) su cui è opportuno fornire un chiarimento da quelle per le quali invece un'ulteriore pronunciamento sarebbe superfluo o di scarso impatto sociale. In argomento cfr. A. PROTO PISANI, *Sulla garanzia costituzionale del ricorso per cassazione sistematicamente intesa*, in *Foro it.*, 2009, c. 380 ss.

¹⁷⁴ Così E. SILVESTRI, *Le novità*, cit., p. 422.

tuzionali seguano poi – a tacere dei numerosi casi di inattività – scelte inidonee a risolvere alcunché, se non a peggiorare ulteriormente il panorama esistente, quasi mancasse il coraggio di incidere in modo permanente su uno *status quo* ormai cristallizzato, causa anche i numerosi e diversificati interessi ad esso correlati.

Chi scrive ritiene sia necessario invece affrontare la realtà per ciò che è, senza cimentarsi in tanto difficoltà – quanto in concreto ineffettive – «quadrature del cerchio»: la situazione attuale della nostra giustizia impone di superare la concezione del ricorso di ultima istanza come garanzia soggettiva, così da liberare la Corte da un fardello oggi troppo pesante per poter essere gestito, se del caso intervenendo sull'art. 111 Cost.

Sarà certamente un processo lungo, il quale dovrà coinvolgere non solo la disciplina del ricorso in cassazione ma anche le stesse modalità di reclutamento e di composizione della Corte, oggi formata da un numero eccessivo di magistrati; tuttavia si tratta di un percorso necessario, non solo per allineare finalmente la nostra Corte a quelle continentali, ma anche per assicurare una giustizia di qualità superiore.

Del resto, a nostro avviso, lo strumento migliore per far valere eventuali vizi della decisione è e resta l'appello e la connessa possibilità di contestare ogni profilo, di fatto o di diritto, della sentenza impugnata, e non si capisce perché un'ulteriore impugnazione, a critica vincolata e meramente di diritto – oggi altresì caratterizzata da numerose e defatigatorie tortuosità procedurali – possa meglio garantire il cittadino che denunci una lesione dei propri diritti¹⁷⁵.

A tale riguardo è necessario dunque un cambio di mentalità (prima di tutto) da parte degli avvocati, affinché smettano di considerare il giudizio di primo grado come una sorta di «prova generale del processo» e al contempo rivalutino la prima impugnazione e le connesse possibilità che questa offre; d'altra parte, senza dover pensare all'esperienza statunitense, è un dato di fatto che, come si vedrà a breve, in molti ordinamenti europei – certamente non meno evoluti del nostro – l'impugnazione di ultima istanza non venga considerata un diritto irrinunciabile, ma mai nessuno ha pensato di gridare allo scandalo, denunciando per ciò solo una pretesa assenza di garanzie.

¹⁷⁵ In tale prospettiva non può pertanto condividersi la recente riforma dell'appello, la quale come noto ha introdotto anche per la prima impugnazione una sorta di preventivo «filtro» – quello sì, di carattere essenzialmente discrezionale – al fine di espungere dal ruolo tutti quei ricorsi che non presentino *prima facie* «una ragionevole probabilità di essere accolt[i]» (art. 348 *bis* c.p.c.). L'esigenza della «deflazione» non può invero costituire l'unico motore delle riforme processuali ma è necessario, si ripete, intervenire dopo aver operato una preventiva scelta sul ruolo che si intende assegnare alla nostra Corte di vertice e, più in generale, al sistema della impugnazioni; solo in questo modo si potrà operare all'interno di un disegno organico che assicuri finalmente quella efficienza e quella ragionevolezza che il legislatore sembra ultimamente aver perso di vista.

CAPITOLO VI

PROSPETTIVE DI RIFORMA DELL'ACCESSO ALLA CORTE

SOMMARIO: 6.1. Gli (insormontabili) ostacoli all'adozione del modello americano: l'esercizio di un potere discrezionale «incontrollabile». – 6.2. *Segue*: ... e la diversa concezione del ruolo del giudice. – 6.3. Tecniche di selezione che presuppongono una previa modifica della Costituzione: l'esperienza spagnola e l'*interés casacional*. – 6.4. *Segue*: il sistema tedesco tra tutela dello *ius constitutionis* e salvaguardia «funzionale» dell'interesse privato. – 6.5. Modelli di selezione a Costituzione invariata: l'esperienza francese e il potenziamento del filtro «procedimentale».

6.1. *Gli (insormontabili) ostacoli all'adozione del modello americano: l'esercizio di un potere discrezionale «incontrollabile»*

Dalla trattazione sin'ora compiuta sono emerse differenze estremamente rilevanti fra i sistemi di accesso alla Corte di ultima istanza predisposti da Stati Uniti e Italia, e ciò tanto sotto il profilo qualitativo (*id est*, i caratteri della selezione), che sotto quello quantitativo del numero delle questioni definite: invero, da un lato la *U.S. Supreme Court* esercita gelosamente la propria discrezionalità, più volte reclamata dalla necessità di occuparsi solo ed esclusivamente delle *issues* maggiormente idonee allo sviluppo del diritto federale, nell'ambito di un procedimento governato da una *secrecy* difficile da scalfire; da altro lato la Corte di Cassazione italiana è tenuta al rispetto, *in primis*, del dato (*recitius*: vincolo) costituzionale di cui all'art. 111, comma 7, potendo solamente verificare preliminarmente alla disamina «nel merito» del ricorso se questo risulti «viziato» da eventuali profili di inammissibilità/manifesta infondatezza; il tutto, peraltro, nel rispetto del contraddittorio tra le parti e, soprattutto, attraverso un procedimento «trasparente» nelle diverse fasi in cui si articola così come sotto il profilo motivazionale.

Sebbene siffatta «diversità strutturale» debba rifarsi essenzialmente a ragioni storiche di appartenenza degli ordinamenti esaminati a «modelli giuridici» che,

almeno in origine, presentavano caratteri e peculiarità piuttosto distanti fra loro¹, tuttavia vi sono almeno due aspetti, nel panorama attuale, che tendono ad avvicinare i sistemi considerati e le relative Corti supreme.

In primo luogo, e ad un livello eminentemente concreto, entrambi gli organi di vertice si trovano a dover gestire un *docket* sempre più consistente. Al riguardo è appena il caso di rilevare che – così come in Italia – negli Stati Uniti, i quali fra l'altro vantano il maggior numero di avvocati al mondo, e le strutture degli studi legali assomigliano sempre più a quelle di vere e proprie aziende, il «mercato della giustizia» ha assunto dimensioni e connotazioni economiche di tutto rispetto.

In aggiunta, pare in effetti possibile affermare che, per certi aspetti, comune in ambedue gli ordinamenti risulti, altresì, la stessa funzione esercitata dalla Corte suprema: invero, riconoscere che la *U.S. Supreme Court* è chiamata ad assicurare l'uniformità del diritto federale e di questo con quello statale, equivale, in buona sostanza, a predicare, anche per gli Stati Uniti, quel concetto di «nomofilachia» che emerge dalla lettura del (nostro) art. 65 Ord. giud.

Entrambe le Corti, dunque, perseguono il medesimo obiettivo: non già (o non solo, nella nostra prospettiva) una giustizia limitata al singolo caso, bensì la promozione di principi e regole generali, duraturi nel tempo, idonei a mantenere, arricchire e fortificare le fondamenta del diritto nazionale.

Stando così le cose diventa allora lecito domandarsi – peraltro in linea generale ed astratta – perché anche la nostra Corte di Cassazione non possa essere fornita degli strumenti necessari a identificare, nell'ambito del proprio ruolo, quei soli ricorsi idonei a fondare una decisione di natura «pubblica», non senza peraltro precisare che una prospettiva di tal genere postulerebbe, a monte, un necessario processo di revisione costituzionale che intervenga sulla garanzia «generalizzata» del ricorso di ultima istanza.

Ipotizzando dunque una previa modifica della nostra Costituzione, la risposta non può che articolarsi in due differenti profili: su di un piano, per così dire, «emotivo», chi scrive non ha mai nascosto la propria predilezione per un sistema ove la Corte suprema possa occuparsi di poche e determinanti questioni, lasciando così alle giurisdizioni inferiori il compito di assicurare la «giustizia del caso concreto»: invero, pur private del diritto ad un ulteriore controllo, le parti risulterebbero comunque garantite dal doppio grado di giudizio (principio che, sebbene non costituzionalizzato, tuttavia di fatto costituisce regola generale in materia di impugnazioni) per far eventualmente rettificare quanto statuito in primo grado².

¹ Sulla progressiva uniformazione dei modelli, v. M. TARUFFO, *Il processo civile di «civil law» e di «common law»: aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2001, V, p. 345 ss.

² Sul punto v. V. DENTI, *L'art. 111 della Costituzione*, cit., p. 232, secondo cui «una garanzia soggettiva [quale l'art. 111, comma 7, Cost.] non può essere adeguatamente realizzata da un con-

Al riguardo va altresì rilevato che già Mauro Cappelletti, nel suo «miliare» «parere iconoclastico» del 1967, si esprimeva a favore dell'applicazione di un simile modello nel sistema italiano: sebbene anch'egli fosse consapevole che ciò avrebbe richiesto una previa revisione costituzionale, tuttavia affermò che «la verità è che esso è il solo sistema che possa rendere possibile ad una Corte non pletorica, non appesantita da centinaia di giudici e da un elevato numero di sezioni di svolgere la propria funzione senza ritardi insopportabili; a patto che, naturalmente, la scelta dei ricorsi da decidere sia fatta sulla base di criteri oggettivi, in particolare, della gravità della questione e della sua suscettibilità di avere una rilevanza generale»³.

Tuttavia, se si vuol tentare di fornire una risposta più «razionale» e connessa alla realtà e al diritto positivo, non pare possibile che esprimersi in senso negativo.

L'ostacolo principale risulta, evidentemente, proprio la stessa (incontrollabile) libertà della *Supreme Court* nel decidere «di non decidere», il cui «trapianto» nella tradizione giuridica italiana – ove «si avverte come tendenzialmente incompatibile la giurisdizione e la discrezionalità»⁴ – appare impossibile da praticare.

Nel nostro ordinamento, in particolare, sembra difficilmente concepibile non solo l'idea di un giudice *legibus solutus* ma anche, e soprattutto, l'impossibilità di poter quantomeno controllare *ex post*, tramite la sottoposizione della questione ad altro giudice, siffatto agire discrezionale.

L'attività del giudice è, infatti, per sua natura essenzialmente «doverosa», ciò che trova conferma in numerose disposizioni, anche di rango costituzionale. Così, ad es., l'art. 24 Cost., nel sancire il c.d. «diritto all'azione», comporta per il giudice un obbligo di pronunciarsi su tutte le specifiche richieste di tutela avanzate dal cittadino; l'art. 101 Cost., nel sottoporre il giudice alla sola legge, impone a quest'ultimo di operare in conformità della medesima; l'art. 111, comma 6,

trollo di mera legittimità, con le limitazioni intrinseche al giudizio di cassazione, ma può attuarsi soltanto con la generalizzazione del doppio grado di giurisdizione come presupposto del formarsi del giudicato».

³ Così M. CAPPELLETTI, *Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile*, in *Giur. it.*, 1967, IV, p. 85; cfr., altresì, ID., *Doppio grado di giurisdizione: Parere iconoclastico n. 2, o razionalizzazione dell'iconoclastia?*, in *Giur. it.*, 1978, IV, p. 4 ss., secondo cui «se non ci fosse stato l'ostacolo rappresentato dall'art. 111 della Costituzione, ai sensi del quale tutte le sentenze di primo grado o di impugnazione intermedia sono soggette a ricorso per cassazione per errori di diritto, io avrei proposto un sistema simile a quello anglosassone, ossia un intermediate appeal (sostanzialmente limitato agli errori giuridici) davanti ad organi giudiziari decentrati, ed un final appeal davanti alla Corte Suprema centrale, appello, peraltro, quest'ultimo, di regola 'not as of right'. Tale impugnazione finale sarebbe rimessa, cioè, come regola generale, alla discrezione dell'organo cassatorio che deciderebbe soltanto i casi più gravi sul piano delle garanzie fondamentali di giustizia (essenzialmente, i vizi di rilievo costituzionale) nonché i casi di rilevanza più generale e più suscettibili di attuare i compiti di nomofilachia».

⁴ In tal senso v. S. SONELLI, *L'accesso alla Corte Suprema e l'ambito del suo sindacato*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 242.

Cost., stabilisce l'obbligo di motivare i provvedimenti giurisdizionali (ciò che vale solo se si intende l'attività del giudice come doverosa, essendo, in caso contrario, difficilmente comprensibile l'interesse al controllo di un potere, per sua natura, discrezionale); ancora, il giudice è tenuto al rispetto del dovere d'imparzialità, nel senso che esso deve essere equidistante «dagli interessi cui le situazioni sostanziali in concreto dedotte in giudizio possono ricondursi», «nonché (...) dai 'valori politici' in cui quelle categorie d'interessi sono rappresentate»⁵; infine non vanno dimenticate le norme in tema di responsabilità civile e disciplinare del giudice: anche in questo caso esse mal si concilierebbero con una condotta del tutto discrezionale, postulando, al contrario, un agire «doveroso» del giudicante.

È pur vero che sono reperibili, nel codice di rito come in quello civile, non poche norme che attribuiscono un certo margine di discrezionalità al giudice⁶; ma tale discrezionalità deve non soltanto essere orientata a criteri oggettivi, «che appartengano al comune sentire»⁷ ma altresì risultare rivalutabile da parte dello stesso giudice che ha posto in essere l'atto (tramite la revoca), oltre che contestabile, e per l'effetto modificabile, da parte di un giudice diverso (tramite l'impugnazione o il reclamo).

Viceversa, la discrezionalità per come intesa ed applicata nel sistema americano – incontrollabile non solo *ex ante*, essendo i criteri previsti dalla S.C.R. 10 oltre che estremamente generici, per espressa previsione normativa non vincolanti per la Corte, ma anche *ex post*, non essendo prevista né la formulazione di una motivazione al diniego di accesso né, tantomeno, una possibilità di controllo della medesima decisione da parte del medesimo o di altro giudice – rischia seriamente di venire avvertita dai consociati come (esercizio di) mero arbitrio e, *a fortiori*, come strumento fondamentalmente ingiusto – *unfair* – nella prospettiva dei ricorrenti.

Non può che concordarsi dunque con chi ha dubitato che «il modo italiano di concepire il rapporto fra cittadino e giurisdizione, la diffusa tendenza a sentire come scarsamente compatibili giurisdizione e discrezionalità e (...) il minor grado di sacralità che si collega, in Italia, alla Suprema Corte, darebbero a quest'ultima la legittimazione sociale occorrente per l'ipotizzata opera di cestinazione, dal nostro punto di vista fortemente traumatica anche se sorretta da serie ragioni di efficienza complessiva del servizio e di attitudine a svolgere la funzione di nomofilachia»⁸.

⁵ Così R. MARENGO, *La discrezionalità del giudice civile*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 64.

⁶ Si pensi, ad es., alla valutazione equitativa del danno *ex art.* 1226 c.c.; alla riduzione equitativa della clausola penale *ex art.* 1384 c.c.; all'astensione «facoltativa» del giudice *ex art.* 51, ultimo comma, c.p.c.; all'intervento *iussu iudicis* di cui all'art. 107 c.p.c.; al giudizio di equità di cui agli artt. 113 comma 2, 114 e 822 c.p.c.

⁷ In tal senso v. R. MARENGO, *op. cit.*, p. 76.

⁸ Cfr. G. BORRÈ, *La Corte di Cassazione oggi*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 177.

6.2. Segue: ... e la diversa concezione del ruolo del giudice

Strettamente connesso a quanto appena esposto è poi l'argomento che fa leva sulla figura del giudice.

Come già si è avuto modo di osservare in precedenza, negli Stati Uniti il giudice federale è nominato dall'esecutivo: in particolare, dopo un'informale consultazione con l'*Attorney General* ed altre istituzioni (ad es., la stessa Corte suprema, la Commissione dell'*American Bar Association* per la selezione dei giudici), nonché con i *leaders* di partito a livello federale e statale, il Presidente (nel caso di nomina di giudici della Corte suprema ovvero l'*Attorney General*, nel caso di nomina di giudici federali delle corti inferiori) provvede a designare un candidato che viene quindi sottoposto ad un approfondito esame da parte del *Judiciary Committee* del Senato: se la votazione – che avviene a maggioranza – ha esito positivo questo viene confermato nella carica; in caso contrario, al Presidente tocca identificare un successivo candidato.

La scelta dell'esecutivo viene di solito compiuta tra soggetti che hanno già maturato specifiche competenze in ambito giuridico, i quali sono in grado di «combinare capacità professionale e una certa esperienza politica»⁹: così, ad es., i candidati ideali sono coloro che hanno brillantemente esercitato la professione legale, ovvero docenti delle prestigiose università c.d. *ivy league*, ovvero ancora amministratori pubblici che si sono distinti durante il proprio mandato.

Ora, benché anche i magistrati americani siano, per disposizione costituzionale, indipendenti¹⁰, tuttavia non si può non rilevare come la scelta presidenziale, il più delle volte, si indirizzi verso personalità appartenenti al proprio schieramento politico¹¹, ciò che di fatto produce conseguenze concrete (quantomeno) sugli orientamenti di massima che la Corte deciderà di supportare nell'immediato futuro; al riguardo, la dottrina americana ha rilevato, con riferimento alla Corte suprema, che «the policy views dominant on the Court are never for long out of line with the policy views dominant among the lawmaking majorities of the United States»¹² e, più in generale, che «courts [are] in-

⁹ Così C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Bari, 2002, p. 72.

¹⁰ Cfr. l'art. 3 U.S. Constitution, *supra*, par. 2.2.

¹¹ Al riguardo, si è parlato di un procedimento di nomina «apertamente partigiano»: così, W. MURPHY & C.H. PRITCHETT, *Courts, Judges and Politics: an introduction to the Judicial Process*, Random House, New York, 1986, p. 139; si stima che in almeno il 90% dei casi i Presidenti nominano giudici che appartengono al loro stesso partito o comunque si rifanno sostanzialmente alle idee e ai principi da questo perseguiti: cfr. in argomento S. GOLDMAN, *Federal Judicial Recruitment*, in J.B. GATES, C.A. JOHNSON (a cura di), *The american courts. A critical assessment*, Congressional Quarterly Press, Washington D.C., 1991.

¹² In tal senso cfr. R. DAHL, *Decision-making in a democracy*, cit., p. 285.

dependent at retail, not at wholesale»¹³.

Le conseguenze di un siffatto sistema si fanno sentire (anche) sul procedimento di *case selection*: se, come noto, non di rado a guidare i giudici sono considerazioni di carattere tattico-strategico e, in ogni caso, se sovente è una personale «agenda» di interessi a spingere gli stessi ad accordare o a negare il *certiorari*, ciò non viene comunque avvertito dai consociati come lesione dei propri diritti e prerogative, risultando espressione di quel «policy-making power» che, di fatto, spetta ad ogni giudice.

Ben diverso si presenta, invece, il panorama nell'ordinamento italiano. Il percorso che porta all'ingresso in magistratura prevede, dopo la laurea e (per coloro che si sono immatricolati dall'anno accademico 1998/1999) un diploma rilasciato da una Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali, che il candidato superi un pubblico concorso, composto da tre prove scritte ed una orale, a seguito del quale si assume la qualifica di «uditore giudiziario», primo *step* del *cursus honorum* nella magistratura.

L'inquadramento professionale del giudice – esponente, in un certo senso, dell'«alta burocrazia»¹⁴ – all'interno della pubblica amministrazione comporta che anche per questi valgano i principi di base che regolano i diversi apparati dello Stato, primo fra tutti la necessità di applicare la legge così come risultante dagli atti e dalla *ratio* sottostante¹⁵; è pur vero che ormai da tempo la dottrina ha in parte modificato simile visione, affermando che le decisioni dei giudici non sarebbero tanto «una mera traduzione in termini concreti della volontà legislativa, quanto il risultato di un'operazione intellettuale più complessa e sofisticata, nella quale si inseriscono scelte e valutazioni autonome degli stessi giudici»¹⁶, tuttavia sarebbe difficile ammettere che l'attività interpretativo-creativa, di fatto esercitata dai giudici, potrebbe sfociare in un arbitrario indirizzamento della decisione verso non meglio specificati obiettivi di politica del diritto perseguiti nel caso concreto.

Analogo discorso vale evidentemente per il procedimento di selezione dei ri-

¹³ Cfr. P.H. RUSSELL & D.M. O'BRIEN (a cura di), *Judicial Independence in the Age of Democracy*, University Press of Virginia, Charlottesville-London, 2001, p. 280.

¹⁴ In argomento v. M. TARUFFO, *I sistemi giudiziari nelle tradizioni giuridiche di civil law e di common law*, in *Administración de justicia en Iberoamérica y sistemas judiciales comparados*, 2006, 457 ss.

¹⁵ In tal senso cfr., per tutti, E. FAZZALARI, *Introduzione alla giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1984, 11 ss.

¹⁶ Così S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 15.; ma v. già M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984; L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, VI, Torino, 1990, p. 447 ss.; M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 11 ss.; ID., *Il vertice ambiguo*, cit., p. 73 ss.; G. ZACCARIA, *La libertà dell'interprete: creazione e vincolo nella prassi giuridica*, in ID., *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova 1996, p. 154 ss.

corsi in Cassazione: una Corte che decidesse, autonomamente, di selezionare i casi da decidere sulla base non già di parametri ragionevoli identificati *ex ante*, bensì di valutazioni di volta in volta connesse alla sensibilità di ciascun magistrato e per ciò imprevedibili risulterebbe assai lontana dall'immagine, e dai correlati *duties*, che l'ordinamento connette alla figura del giudice.

Pertanto, sia il dato normativo attuale, che prevede una garanzia generalizzata di ricorso per cassazione, che i caratteri dell'ordinamento giudiziario italiano impediscono di importare un modello di *case selection* così radicale – ma anche altrettanto efficace – come quello americano; eppure, in un Paese che vede costantemente aumentare la litigiosità e, nel contempo, progressivamente diminuire le risorse assegnate al «servizio giustizia», un sistema di (reale) selezione dei ricorsi si rende sempre più necessario per salvaguardare le funzioni proprie della Corte di vertice, e ciò tanto più se si tiene a mente che, seppur con caratteristiche differenti, tutti i principali ordinamenti continentali sono forniti di meccanismi per limitare l'«afflusso» di ricorsi alla propria Suprema Corte.

Per questi motivi diviene interessante – in una prospettiva *de jure condendo* – rivolgere, seppur brevemente, l'attenzione su alcuni modelli selettivi adottati da altrettante Corti supreme europee i quali, indipendentemente dal fatto che si debba o meno preventivamente intervenire sull'art. 111 Cost., potrebbero forse coordinarsi e integrarsi anche con i caratteri del nostro ordinamento e risultare, al contempo, più efficaci rispetto all'attuale sistema di gestione dei ricorsi i cui benefici, è bene ricordarlo, paiono di gran lunga inferiori ai correlati costi in termini di incertezza delle norme, contrasti interpretativi e complessità del procedimento.

6.3. *Tecniche di selezione che presuppongono una previa modifica della Costituzione: l'esperienza spagnola e l'interés casacional*

Incominciando dai sistemi *lato sensu* selettivi che vanno ad incidere sul (nostro) diritto costituzionale al ricorso di ultima istanza, viene in evidenza anzitutto il modello spagnolo, introdotto in tempi piuttosto recenti dalla *Ley de Enjuiciamiento Civil* (L.E.C.) la quale ha inteso più in generale riformare integralmente il sistema della giustizia civile sino a quel momento vigente¹⁷.

Va tuttavia premesso che il *Tribunal Supremo* spagnolo – organo giurisdizionale di vertice del giudiziario – possiede una competenza per certi aspetti limitata se confrontata con le omologhe attribuzioni della Cassazione italiana: invero, la definizione dei ricorsi c.d. straordinari – ovvero quelli che, a dispetto della terminologia utilizzata, da noi verrebbero classificati come attinenti a questioni di

¹⁷ Ley 1 del 7 de enero 2000, consultabile al sito www.boe.es.

rito¹⁸ – non viene di norma effettuata da tale organo, bensì dai *Tribunales Superiores de Justicia*, corti per certi aspetti peculiari, espressione della strutturazione dello Stato in molteplici autonomie locali, la cui posizione nell'ordinamento si colloca fra il giudice d'appello (le *Audiencias Provinciales*) e il *Tribunal Supremo*¹⁹.

In aggiunta, sempre ai *Tribunales Superiores* è dalla legge attribuita la competenza – la quale viene corrispondentemente sottratta alla Corte suprema «centrale» – a decidere sul *recurso de casación* ogniqualevolta questo lamenti una erronea applicazione del diritto (civile) riservato e previsto dalle locali *Comunidades autónomas*.

Al di là della concreta estensione dei compiti del *Tribunal* – la quale peraltro apparirebbe già idonea a compensare parzialmente quelle esigenze di razionalizzazione alla base dell'idea di selezione dei casi – va comunque sottolineato come questo sia chiamato a svolgere nell'ordinamento una funzione certamente paragonabile a quella della nostra Cassazione: invero, se da una parte esso giudica sui ricorsi presentati dalle parti avverso provvedimenti d'appello che si assumono viziati – si ripete, esclusivamente per profili di diritto sostanziale –, da altra parte non si discute l'idea che, ponendosi all'apice della gerarchia, la Corte debba altresì (e soprattutto) perseguire scopi di più ampio respiro della semplice giustizia del caso concreto²⁰.

A tale proposito, la L.E.C. prevede oggi un meccanismo di gestione dei ricorsi

¹⁸ In particolare, ai sensi dell'art. 469, comma 1, L.E.C., il c.d. *recurso extraordinario por infracción procesal* può avere ad oggetto: 1. questioni che riguardano la giurisdizione o la competenza; 2. violazione di norme processuale eventualmente commesse nella sentenza d'appello; 3. violazione delle norme che regolano le garanzie processuali; 4. violazione dei diritti processuali fondamentali previsti dall'art. 24 della Costituzione spagnola.

¹⁹ In argomento si veda A. DE LA OLIVA SANTOS, *L'esperienza spagnola della Cassazione civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. ss.

²⁰ Del resto è la stessa L.E.C. a tratteggiare la funzione «pubblica» del *Tribunal Supremo* laddove afferma, nella relazione di accompagnamento, che «non risponde a ragionevoli criteri di giustizia che ogni lite, con diritti e interessi legittimi di richiedenti giustizia ancora in gioco, possa passare per tre gradi di giurisdizione, neppure se l'ultimo di essi sia quello limitato e peculiare della Cassazione. Non appartiene alla nostra tradizione storica né costituisce esigenza costituzionale che la funzione nomofilattica della Cassazione si proietti su qualsiasi sentenza né su qualunque questione o materia». In dottrina cfr. A. DE LA OLIVA SANTOS, *Un nuovo modello di Cassazione civile per il Tribunale Supremo Spagnolo*, in C. BESSO, S. CHIARLONI (a cura di), *Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto*, Torino, 2012, p. 78, secondo cui «deve prevalere in modo decisivo l'interesse pubblico nella funzione del (...) Tribunale Supremo. E questo interesse pubblico non è altro che l'esistenza di una dottrina applicativa uniforme delle fonti del diritto affermata da un solo organo dotato di una speciale autorità. A questo *ius constitutionis* (...) deve subordinarsi chiaramente lo *ius litigatoris*, fino al limite per cui quest'ultimo risulti secondario». In argomento cfr. altresì M. DE LA PLAZA, *La Casación civil*, Madrid, 1944; J. MONTERO AROCA, J. FLORS MATIES, *El recurso de casación civil: casación e infracción procesal*, Valencia, 2009.

che, pur salvaguardando il diritto delle parti ad una ulteriore «revisione», tuttavia intende coordinarsi con la necessità che la Corte possa, tramite le proprie pronunce, al contempo fissare interpretazioni giuridiche autorevoli e stabili. In particolare, l'art. 447 individua tre diverse modalità di accesso, di cui due – per così dire – «automatiche» e una subordinata ad alcuni prerequisiti.

Quanto alle prime (art. 477, n. 1), l'impugnazione è sempre ammessa ogniqualvolta con essa si lamenti la violazione di un diritto fondamentale riconosciuto dalla Costituzione (ad eccezione di quelli previsti all'art. 24 i quali, attenendo a profili procedurali, dovranno essere sottoposti all'attenzione dei *Tribunales Superiores de Justicia*).

Fuori del caso precedente, il n. 2 fissa in linea generale una determinata *summa gravaminis* al di sopra della quale l'accesso al *Tribunal* è sempre garantito: è appena il caso di rilevare come la previsione risulti piuttosto restrittiva nella prospettiva dei ricorrenti, essendo particolarmente elevato il limite individuato dal legislatore (600.000 euro).

Infine, qualora la questione che si intende presentare alla Corte non ricada nelle due fattispecie sopra descritte (ciò che costituisce forse la fattispecie più comune) la legge non esclude *in toto* che questa possa venire riesaminata, ma subordina siffatta eventualità alla sussistenza del c.d. *interés casacional*, ovvero di quei caratteri che rivelino l'importanza della medesima (anche) oltre la prospettiva dei ricorrenti.

A prima lettura sembra dunque di poter distinguere, nel modello così predisposto, alcuni tra i segni distintivi del sistema nordamericano, segnatamente il potere di ricercare e riservare l'attenzione – *certiorare* – solo i casi «migliori» sotto il profilo tecnico-giuridico; tuttavia, a differenza di quanto accade negli Stati Uniti, la facoltà di decidere quando ci si trovi di fronte a una questione idonea ad elaborare un preciso orientamento non viene riservata alla discrezionalità dei giudici, bensì trova una propria oggettivazione all'interno della L.E.C. – art. 447, comma 2 – a norma della quale ciò si verifica: 1) quando la sentenza impugnata si sia discostata da una precedente (e costante) posizione assunta dal *Tribunal Supremo* in relazione ad una determinata dottrina; 2) quando la questione affrontata e decisa dal giudice intermedio è stata ed è tutt'ora oggetto di opinioni contrastanti fra le diverse *Audiencias Provinciales*; 3) infine, quando la decisione abbia fatto applicazione di una disposizione di legge che sia entrata in vigore da meno di cinque anni, sempre che non sia ravvisabile altro *arrêt* della Corte in relazione a norme anteriori di identico contenuto²¹.

²¹ È interessante, in ogni caso, segnalare che i parametri di ammissione, sebbene stabiliti *ex ante*, tuttavia ricordano molto da vicino quelli enunciati dalla S.C.R. 10: invero, da una parte il contrasto fra Corti d'appello richiama alla memoria lo *split in the Circuits* di cui alla lett. a); da altra parte il mancato rispetto di un precedente della Corte si ritrova nelle fattispecie di cui alle lett. b) e c).

In aggiunta, a ulteriormente differenziare il modello in esame dal *certiorari* è il fatto che la valutazione in ordine all'effettiva individuazione dell'*interés casacional* non può prescindere dalla disamina, anche sommaria, del merito della controversia: e, in effetti, la legge – analogamente a quanto avviene presso la nostra Corte – prevede una sorta di percorso preliminare i cui contorni risultano tuttavia molto meno tortuosi dei diversi passaggi fra camere di consiglio previsti dall'art. 380 *bis* c.p.c.; al riguardo, l'art. 483 L.E.C. stabilisce che, una volta ricevuto il ricorso, il Presidente della *Sala* provvede alla relativa istruzione ai fini di una eventuale declaratoria di inammissibilità²²; in tale ultimo caso le parti dovranno essere preventivamente avvisate, così da poter nel caso replicare, almeno dieci giorni prima dell'adunanza fissata, alla anticipata (e probabile) determinazione giudiziale. Infine si stabilisce che la decisione che certifichi l'inammissibilità del ricorso non può essere ulteriormente impugnata dal ricorrente.

Globalmente considerato, il sistema spagnolo appare apprezzabile nella misura in cui tende a circoscrivere il ruolo della Corte, tanto *ex ante* che in corso di causa, così come apprezzabile risulta lo sforzo legislativo nel tipizzare le situazioni che legittimano una decisione «nel merito», a differenza della disciplina italiana che di fatto demanda alla successiva elaborazione giurisprudenziale l'identificazione dei presupposti per il riesame. Certamente, tuttavia, non possono nascondersi alcune criticità connesse al modello esaminato: invero, da una parte l'equivalenza che connette la rilevanza «oggettiva» all'elevato valore della controversia si presta a numerose perplessità, posto che è sin troppo scontato ribattere che vi possono ben essere casi – pur non «economicamente meritevoli»²³ – i quali tuttavia insistono su questioni determinanti; da altra parte la stessa elencazione dei caratteri dell'*interés casacional* a ben vedere solleva in parte i medesimi problemi già analizzati trattando del nostro sistema. Si pensi solo al parametro di cui *supra sub* art. 447, comma 2, n. 1 – il quale presuppone la sussistenza di un orientamento ben definito e consolidato – in un sistema come la Spagna, ove i precedenti del *Supremo Tribunal* non hanno, almeno formalmente, efficacia vincolante²⁴: verosimilmente, diviene necessario fare i conti con gli stessi problemi definitivi del concetto di «orientamento consolidato» i quali, se lasciati nella disponibilità dei giudici, possono condurre a

²² Ciò che si verifica «si el asunto no alcanzase la cuantía requerida, o no existiere interés casacional por inexistencia de oposición a doctrina jurisprudencial, por falta de jurisprudencia contradictoria o si la norma que se pretende infringida llevase vigente más de cinco años o, a juicio de la Sala, existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre dicha norma o sobre otra anterior de contenido igual o similar»: cfr. art. 483, comma 2, n. 3, L.E.C.

²³ In effetti, la medesima soglia fissata ai fini della «rilevanza economica» non convince: invero, seguendo siffatta prospettiva sarebbe difficile comprendere perché una controversia il cui valore ammonti a € 600.000 risulti automaticamente rilevante, mentre un caso che coinvolga beni o altre utilità per «soli» 500.000-550.000 non possa avere le stesse *chances* di essere rivisto nel merito.

²⁴ Al riguardo v. però M. TARUFFO, *Le corti supreme europee*, cit., p. 103, secondo cui la riforma avrebbe di fatto trasformato il *Tribunal Supremo* in una vera Corte del precedente.

una pluralità di risultati (anche rivedibili) nel corso del tempo, con ciò in parte vanificando quelle esigenze di certezza (del diritto così come della procedura seguita) che invece si sarebbe voluto assicurare attraverso la riforma.

6.4. Segue: *il sistema tedesco tra tutela dello ius constitutionis e salvaguardia «funzionale» dell'interesse privato*

Sempre nell'ambito dei meccanismi di *case selection* che, qualora importati, necessiterebbero di una previa revisione della costituzione, il modello di accesso alla Corte stabilito dallo *Zivilprozessordnung* tedesco (ZPO) presenta caratteri che tendono ad accostarlo a quello statunitense, e più in generale ai sistemi di *common law*, sebbene, come si vedrà a breve, sussista almeno una importante e sostanziale differenza.

In via preliminare occorre segnalare come la «vicinanza» si individui già nella stessa posizione che la Corte suprema tedesca – il *Bundesgerichtshof* (di seguito BGH) – ricopre nell'ordinamento: invero, come noto, la Repubblica di Germania ha natura federale, risultando composta da diversi *Länder* (regioni), ciascuno con un proprio apparato legislativo e giurisdizionale. A tale ultimo riguardo, mentre il sistema delle corti di merito di primo e secondo grado afferisce alla giurisdizione statale, il BGH costituisce invece espressione dello Stato federale: peraltro, essa esercita la sola giurisdizione ordinaria, mentre per le materie amministrativa, sociale, del lavoro e finanziaria sono istituite altrettanti Corti supreme (anch'esse afferenti alla federazione) che operano, per così dire, parallelamente e autonomamente rispetto alla prima²⁵.

Ciò premesso, il BGH – suddiviso per quanto concerne il settore civile in 12 sezioni (*Senat*) – possiede diverse competenze: 1) definisce l'impugnazione (finale) avverso le decisioni rese dalle Corti regionali d'appello (*Landgericht*) (§ 543 ZPO); 2) decide sui ricorsi proposti dalle parti avverso il diniego di impugnazione emesso da queste ultime (§ 554 ZPO); 3) infine, si occupa dei ricorsi presentati contro le ordinanze delle Corti intermedie (esclusivamente) per profili di diritto (§ 574 ZPO)²⁶.

²⁵ Ulteriore similitudine con gli Stati Uniti può altresì essere individuata nelle modalità di selezione dei componenti del BGH: essi vengono dapprima scelti da un apposito comitato – composto da 32 membri, metà dei quali provengono dal Ministero della Giustizia federale e gli altri di nomina parlamentare – e, successivamente, formalmente nominati dal Presidente federale. Sebbene la scelta venga effettuata di solito tra i magistrati in servizio presso le Corti regionali, tuttavia anche avvocati, purché di età superiore ai 35 anni, così come il personale dirigente più anziano del Ministero della Giustizia, possono essere selezionati per ricoprire il prestigioso incarico. Va infine ricordato come la nomina non abbia una scadenza predeterminata, rimanendo i giudici solitamente in carica fino al termine della propria carriera.

²⁶ In realtà vi sono almeno altri due ordini di competenze che vanno ascritte al BGH – da un

In particolare, quanto al punto di cui *supra sub 1*), va rilevato come in realtà le parti non possano contestare – sempre e comunque – la sentenza emessa dalle Corti d'appello, ciò che trova conferma nella Costituzione federale la quale non contempla, a differenza della nostra, alcuna garanzia di ricorso «di ultima istanza»²⁷. Affinché il BGH si pronunci sulla questione è invece necessario ottenere preventivamente l'autorizzazione all'impugnazione da parte dello stesso giudice che ha pronunciato la sentenza che si intende contestare²⁸: in tal caso la Corte è vincolata a disporre nel merito della vicenda, a meno che non accerti che il permesso sia stato accordato erroneamente e che l'appello non presenti alcuna probabilità di successo (§ 552a ZPO).

Poiché peraltro il sistema appena descritto appare quantitativamente poco rilevante – essendo di norma il giudice d'appello piuttosto restio ad accordare il *leave* con riferimento alle proprie decisioni che egli considera ovviamente ben pronunciate – la situazione più frequente si verifica (il caso di cui *supra sub 2*) ogniqualvolta la Corte intermedia abbia rifiutato la concessione dell'autorizzazione. In questo caso, sempre che la questione risulti di valore economico uguale o superiore ai 20.000 euro, il ricorrente potrà rivolgere un'ulteriore richiesta di riesame allo stesso BGH, sperando così di «bypassare» la decisione ostativa della prima e ottenere «*ex post*» il permesso all'impugnazione (§ 544 ZPO)²⁹.

Quanto, infine, all'ipotesi *sub 3*, la Corte esercita la propria giurisdizione (oltre che, come appena osservato, sulle sentenze, altresì) sulle diverse ordinanze (*rectius*, sui correlati profili di diritto) non altrimenti impugnabili rese durante il processo d'appello, con l'avvertimento che – laddove la legge ne premetta l'impugnazione – il BGH dovrà preventivamente verificare che esse insistano su aspetti di rilevanza generale (§ 574 s.2 ZPO), mentre – laddove non vi siano previsioni autorizzative *ex lege* – ritorna in vigore la regola generale del preventivo avallo da parte del giudice che ha emesso l'ordinanza contestata (§ 574 s.1 ZPO)³⁰.

lato, invero, la Corte è giudice di appello in materia di marchi e brevetti e, da altro lato, si occupa di alcuni procedimenti speciali, come le richieste di gratuito patrocinio, i conflitti di giurisdizione, ecc. – le quali tuttavia, in una prospettiva di «selezione dei ricorsi», appaiono forse meno rilevanti.

²⁷ In argomento si veda N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 459 ss.

²⁸ Va al riguardo ricordato che la Corte d'appello assume la decisione *ex officio*; nel caso in cui l'autorizzazione venga concessa, questa andrà esplicitata, sebbene priva di motivazioni, nel testo o nelle motivazioni della sentenza; in aggiunta la prassi elaborata dal BGH rende possibile – in analogia con una impugnazione circoscritta ad alcuni soltanto dei motivi assunti dal giudice inferiore – l'eventualità di una autorizzazione limitata a questioni dotate di una propria autonomia giuridica.

²⁹ Ciò che peraltro non potrà comunque accadere qualora la Corte d'appello abbia rigettato l'impugnazione sulla base del fatto che l'appello non possedeva alcuna *chance* di accoglimento e che insisteva su questioni non «di fondamentale importanza»: cfr. § 552 s.2 ZPO.

³⁰ In quest'ultimo caso, peraltro, non è possibile ricorrere ulteriormente al BGH nel caso di diniego di autorizzazione.

Se dunque, così come negli Stati Uniti (e in Inghilterra), l'accesso alla Corte suprema è regolato da un sistema di autorizzazioni, tanto del giudice *a quo* che di quello *ad quem*, analogo parallelismo si intravede con riferimento ai parametri valutati dal giudice nel decidere «se decidere»: invero, anche in Germania vengono in rilievo quelle esigenze di salvaguardia dell'interesse «pubblico», sottostanti alla decisione del massimo organo giurisdizionale, che circoscrivono la *review* della Corte a questioni suscettibili di applicazione generalizzata e di stabilizzazione dei principi generali dell'ordinamento.

Al riguardo, tre sono i criteri fissati *ex lege* (§ 543 ZPO): in primo luogo i casi sottoponibili a revisione dovranno insistere su questioni «di fondamentale importanza», per tali intendendosi quelle situazioni in cui vi sia un contrasto tra corti, ovvero siano oggetto di dibattito (oltre che nelle corti, altresì) nel panorama accademico e la risoluzione delle stesse si riveli non solo funzionale all'interesse generale alla corretta applicazione del diritto, bensì anche idonea ad operare in una serie indefinita di casi con le medesime caratteristiche³¹.

Altro elemento legittimante l'accesso alla Suprema Corte consiste nel fatto che il caso possa fornire l'opportunità di contribuire all'evoluzione del diritto in relazione ad una determinata dottrina, ciò che peraltro richiede che il ricorrente dimostri adeguatamente, tramite il richiamo a casi e situazioni analoghe, che la decisione nel merito della propria vicenda permetta al BGH di elaborare la risposta maggiormente adeguata al quesito giuridico da più parti sottoposto alla sua attenzione³².

Infine, qualora vi sia la necessità di preservare l'uniformità nell'interpretazione giurisprudenziale – i.e. quando si debba intervenire per modificare l'applicazione di un determinato principio da parte delle Corti inferiori, ovvero per garantirne un'applicazione uniforme – il BHG (o la Corte intermedia) si orienterà a concedere l'autorizzazione.

È appena il caso di rilevare come i parametri appena esposti risultino piuttosto indefiniti nei loro contorni, con ciò di fatto attribuendo alle Corti una certa discrezionalità nel selezionare i casi da decidere: tuttavia, a differenza dei sistemi di *common law* i quali – a prescindere dalla correttezza dell'*outcome* stabilito dalla sentenza impugnata³³ – riservano la decisione, da una parte, a valutazioni strettamente connesse alla personale «agenda» dei giudici e, da altra parte, a considerazioni generali e astratte sul valore teorico della questione, nel caso tedesco il *modus operandi* dei giudici viene in qualche modo circoscritto dal fatto che la

³¹ In argomento cfr. P. GOTTWALD, *The German Federal Court of Justice: a Supreme Court between general principles and individual justice*, in C. BESSO, S. CHIARLONI (a cura di), *op. cit.*, p. 97.

³² Anche in tale parametro sembra di rivedere alcuni elementi – nella specie, un'adeguata *percolation* e la *case fungibility* alla base della *pipeline* – legittimanti l'accesso alla *Supreme Court* statunitense.

³³ Cfr., al riguardo, *supra*, §§ 3.12. e 3.13.

determinazione giudiziale non pare potersi scindere dalla concretezza della vicenda presentata: ciò deriva dai caratteri intrinseci dell'impugnazione di ultima istanza – *revision* – la quale nasce e si sviluppa come strumento finalizzato essenzialmente a verificare e, se del caso, ripristinare la correttezza della decisione contestata³⁴, con la conseguenza che in tanto l'ultimo appello risulta ammissibile in quanto esso sia rivolto a sanare eventuali errori compiuti dai giudici inferiori.

Siffatta regola vale per entrambi i protagonisti del processo: invero, mentre i magistrati sono chiamati, come peraltro affermato dalla stessa Corte Costituzionale già dagli anni '80, a parametrare la sussistenza dei parametri legislativi di accesso alla prospettazione giuridica fornita dalla sentenza impugnata e all'interesse che questi rivestono nella specifica fattispecie³⁵, le parti, dal canto loro, devono dimostrare alla Corte che l'errore di cui si chiede la correzione risulti «decisivo», essendo inammissibili i ricorsi che lamentano omissioni o scorrettezze irrilevanti nell'economia del provvedimento contestato (§ 561 ZPO). In questa prospettiva, dunque, l'interesse delle parti ad una «giusta» decisione opera quale strumento per conseguire un vantaggio superindividuale, che trascende i confini del fatto a beneficio dell'interesse pubblico.

6.5. *Modelli di selezione a Costituzione invariata: l'esperienza francese e il potenziamento del filtro «procedimentale»*

L'ordinamento francese presenta oggi forse l'unico sistema di accesso alla Corte suprema che potrebbe, seppur con alcuni aggiustamenti, venire esportato nel nostro Paese senza al contempo dover percorrere la strada – lunga e complessa –

³⁴ In argomento si veda P. GILLES, *Rechtsmittel im Zivilprozess: Berufung, Revision und Beschwerde im Vergleich mit der Wiederaufnahme des Verfahrens, dem Einspruch der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*, Athenäum, Frankfurt, 1972; H. PRUTTING, *Die Zulassung der Revision*, Heymann, Berlin, 1977; B. LINNENBAUM, *Probleme der Revisionszulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache* (§ 546 Abs. 1 Satz 2 ZPO), Studienverlag Brockmeyer, Bochum, 1986.

³⁵ Invero la Corte ha affermato che, qualora il «filtro» venga utilizzato esclusivamente per esigenze di contenimento del *docket*, esso sarebbe incompatibile con la Costituzione, posto che l'accesso verrebbe governato sostanzialmente dal caso, a detrimento di principi quali la certezza e prevedibilità del diritto nonché la stessa uguaglianza dei cittadini; viceversa, bloccando la strada a qui soli ricorsi che non presentano, nella specie, alcuna prospettiva di successo, il BGH sarebbe in grado, da una parte, di assicurare la correttezza delle singole decisioni e, da altra parte, di poter dedicare maggior attenzione a quelle controversie idonee a fissare determinati principi: in tal senso, secondo la Corte Costituzionale, le due funzioni – privata e pubblica – non sarebbero in contraddizione ma l'una (la prima) esercitata in funzione dell'altra. Cfr. la decisione del *Plenum*, 11 giugno 1980, in *NJW*, 1981, 39 ss.; in argomento cfr. A. KRAMER, *Verfassungsrechtliche Aspekte des neuen Revisionsrechts*, in *NJW*, 1981, p. 799 ss.; H. PRUTTING, *Die Grundlagen des Zivilprozess in Wandel der Gesetzgebung*, in *NJW*, 1980, p. 365 ss.

della revisione costituzionale; a ben vedere, anzi, si tratta di un meccanismo che costituisce, per certi aspetti, una sorta di evoluzione di quanto attualmente previsto nel codice di procedura civile italiano, e ciò appare ancor più interessante se si considera che in Francia non vi sono disposizioni costituzionali che garantiscano il diritto ad una pronuncia della Corte ma la disciplina dell'accesso è governata per intero dalla legge ordinaria, la quale ben avrebbe quindi potuto istituire meccanismi selettivi decisamente più incisivi rispetto a quanto in concreto predisposto³⁶.

Va anzitutto premesso che anche la Corte di Cassazione francese, così come (dovrebbe fare) la nostra, svolge funzioni «superindividuali» – c.d. funzione normativa, la quale si esplica nell'interpretazione e sviluppo del diritto in via giurisprudenziale e nella sua applicazione uniforme³⁷ –; e che (proprio per questo motivo) ha sempre avvertito la necessità, considerati gli elevati numeri di impugnazioni che si trova annualmente a fronteggiare³⁸, di tenere sotto controllo il proprio ruolo, sollecitando così il legislativo a prevedere strumenti con cui circoscrivere in qualche modo il novero dei ricorsi da definire «nel merito».

In un primo momento ciò è avvenuto attraverso l'istituzione di una apposita

³⁶ Invero, il *Conseil Constitutionnel* in passato ha affrontato la questione relativa alla fonte della disciplina del processo di cassazione affermando che, pur trattandosi di garanzia fondamentale per le parti, spetta comunque al legislatore ordinario, ai sensi dell'art. 34 Cost., fissarne la relativa disciplina: cfr. *Décision* n. 88-157 L. 10 maggio 1988, in *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel*, 1988, p. 56 ss.

³⁷ Cfr., al riguardo, gli artt. 604 n.c.p.c., secondo cui «le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit», e L. 411.2 code de l'organisation judiciaire, il quale statuisce che «la Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires, sauf disposition législative contraire». In aggiunta, la Corte svolge un'ulteriore funzione, detta *disciplinaire*, volta ad assicurare il rispetto da parte dei giudici inferiori delle regole e dei principi che reggono il processo: in altre parole il controllo in oggetto non è diretto a censurare le decisioni impugnate in ragione di quanto eventualmente «mal jugé», bensì del modo in cui il giudice è pervenuto alla decisione medesima. In argomento, si veda fra gli altri: J. BORÉ, *La Cassation en matière civile*, Dalloz, Paris, 2010; P. CHAUVIN, *La saisine pour avis*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 1023 ss.; F. FERRAND, *Cassation française et révision allemande. Essai sur le contrôle exercé en matière civile par la Cour de cassation française et par la Cour fédérale de justice de la République fédérale d'Allemagne*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1994, p. 964 ss.; R. GIORDANO, *La «saisine pour avis» alla corte di cassazione francese*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 109 ss.; M.N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation. Pourvois et arrêts en matière civile. Méthodes du droit*, Dalloz, Paris, 1998, p. 36 ss.; G. MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur le juges du fait*, Paris, 1929, p. 348 ss.; A. PENDRIAU, *Contrôle normatif du fond du droit*, in *Juris-Classeur. Procédure civile*, Paris, 2000, p. 2 ss.; ID., *La pratique des arrêts civils de la Cour de cassation. Principes et méthodes de rédaction*, Litec, Paris, 1993, p. 19 ss.

³⁸ Si vedano le statistiche all'uopo fornite dalla stessa *Cour*, consultabili al sito www.courdecassation.fr, le quali – sebbene sottolineino un certo decremento nel numero delle impugnazioni dal 2004 ad oggi – tuttavia riportano numeri (20.498 cause al 31 dicembre 2013) «importanti» nell'economia della Corte.

sezione, accanto alle *Chambres Civile* e *Criminelle*, denominata *Chambre de Requête*, composta da magistrati afferenti Sezioni ordinarie, il cui compito consisteva nell'analizzare preventivamente tutti i ricorsi in materia civile e commerciale e operarne un vaglio preliminare: in particolare, dopo un esame sommario dei medesimi, seguiti dall'audizione del difensore del ricorrente e del Pubblico Ministero, senza tuttavia alcun contraddittorio tra il primo e l'eventuale resistente, i ricorsi «irricevibili»³⁹ o manifestamente infondati venivano rigettati con sentenza motivata; quelli che invece superavano il controllo venivano trasmessi alla Sezione «semplice» della *Chambre Civile* tabellarmente competente con provvedimento non motivato al fine di non pregiudicare quest'ultima nella decisione del ricorso.

La *Chambre de Requête* operava dunque come «vase de décantation»⁴⁰, permettendo – tramite la propria opera di «scrematura» – al resto della Corte di soffermarsi soltanto sulle questioni maggiormente idonee a espletare la propria funzione; in aggiunta essa intendeva svolgere una funzione deterrente nei confronti di tutti quei ricorrenti che fossero al corrente, *ab initio*, della debolezza delle proprie tesi.

Successivamente, tuttavia, il sistema venne sostanzialmente modificato tramite la previsione di un controllo preventivo non più di tipo «accentrato», bensì dal carattere, per così dire, «diffuso»: ciò derivò da molteplici ragioni, ma soprattutto dal fatto che la *Chambre de Requête* finiva per provocare, in tutti i casi di decisione non ostativa, un doppio esame dei ricorsi, con conseguente allungamento dei tempi di definizione del processo; in aggiunta veniva particolarmente criticato il procedimento da questa seguito ove non veniva assicurato alcun confronto tra le parti, ritenuto invece utile ausilio per la verifica stessa sulla fondatezza del ricorso⁴¹.

Il meccanismo attualmente vigente, introdotto dalla legge 3 gennaio 1979, sebbene modificato a più riprese negli anni successivi ruota attorno all'istituzione di apposite *Formations restreintes* all'interno di ciascuna sezione della Corte le quali ereditano il compito di vaglio preliminare, peraltro anch'esso modificato nei suoi presupposti e limiti, in precedenza spettante alla *Chambre de Requête*: al riguardo è appena il caso di rilevare come la nuova disciplina porti con sé diversi benefici, tra i quali il fatto di evitare l'*overload* «in entrata», risultando lo *screening* maggiormente efficiente se esercitato in parallelo da tutte le Sezioni; inoltre, non meno rilevanti risultano le ricadute sulla stessa qualità del lavoro svolto dalle Sezioni nella misura in cui gli stessi magistrati che hanno preventi-

³⁹ Sul concetto di «irricevibilità» v., *infra*, nel medesimo paragrafo.

⁴⁰ In tal senso cfr. A. TUNC, *Cours de procédure civile*, Fayard, Paris, 1962, p. 129.

⁴¹ In argomento si veda S. SONELLI, *L'accesso alla corte suprema*, cit., p. 149 ss.; E. SILVESTRI, *Recenti riforme della Cassazione francese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 569 ss.

vamente acconsentito al passaggio del ricorso alla fase *lato sensu* di merito saranno successivamente chiamati a definirlo, così salvaguardando quel bagaglio di conoscenze maturato nella disamina preliminare.

In sintesi, una volta depositato il ricorso e controricorso, questi vengono dapprima assegnati *ratione materiae* ad una delle cinque *Chambres civiles* (strutture analoghe alle nostre Sezioni) della Corte e, quindi, alla relativa *Formation Restreinte*, chiamata a verificare che non sussistano i presupposti per una declaratoria di «non-ammissione», la quale si compone di tre magistrati, tra i quali il Presidente della Sezione e il giudice da questi identificato come relatore (art. 1012 n.c.p.c.). Quest'ultimo provvede a stendere una relazione contenente le motivazioni a sostegno di una eventuale decisione di «non ammissione» (art. 1013 n.c.p.c.), cui fa seguito una apposita adunanza della *Formation* ove il ricorso verrà così espunto dal ruolo; qualora invece il relatore dovesse convincersi che non sussistono i presupposti di legge (art. 1014 n.c.p.c., sul quale v. subito oltre) per siffatta declaratoria, il ricorso viene assegnato alla Sezione nella sua composizione ordinaria per la successiva trattazione nel merito.

Va segnalato come tutto il procedimento venga condotto nel contraddittorio tra le parti, e ciò non soltanto poiché la determinazione giudiziale, come osservato, viene assunta a seguito dell'esame di entrambi gli atti introduttivi, ma anche perché il «rapport» del relatore, secondo la prassi adottata dalla Corte, viene preventivamente comunicato ai litiganti i quali hanno facoltà di partecipare all'adunanza successiva al fine di presentare ulteriori osservazioni ovvero di contestare alcuni elementi utilizzati come fondamento dell'imminente decisione ostativa.

Quanto ai presupposti che possono indurre la *Formation* a concludere per una «non-admission» l'art. 1014 n.c.p.c. appare piuttosto laconico nell'identificare i due elementi che vanno tenuti in considerazione: al riguardo si fa riferimento, da una parte, a ricorsi generalmente «irricevibili» e, da altra parte, al fatto che l'impugnazione presentata non appaia *prima facie* «fondé sur un moyen sérieux de cassation».

Per quanto concerne l'«irricevabilité», l'attività interpretativa sembra più agevole, posto che si tratta a ben vedere di vizi che inficiano aspetti essenziali del diritto all'impugnazione e tali da condurre – alla guisa dei motivi di inammissibilità-improcedibilità previsti nel nostro codice – ad una pronuncia che certifichi l'impossibilità di procedere oltre nella disamina del ricorso: così, ad es., si può trattare di irregolarità attinenti alla natura della decisione di cui si chiede la modifica (ad es., il fatto che si tratti di sentenza non impugnabile ovvero per la quale sia previsto un differente rimedio); oppure possono venire in rilievo questioni connesse al ricorrente (ad es., la Corte potrebbe accertare come manchi, nella specie, l'interesse ad impugnare) o alle modalità di redazione del ricorso (ad es., questo non risulti sottoscritto da un avvocato abilitato al patrocinio innanzi la *Cour de Cassation*); infine, costituisce motivo di «irricevibilità» il man-

cato rispetto dei termini per l'impugnazione previsti nel codice⁴².

Quanto invece al parametro che fa leva sull'insussistenza di motivi seri che giustificano il ricorso in cassazione, il discorso si fa più complesso, posto che evidentemente ci si trova di fronte quasi ad una norma «in bianco» la quale può, in astratto, essere riempita di molteplici significati anche tra loro divergenti; si aggiunga altresì che l'opera di ricostruzione sistematica risulta ancor più difficoltosa trattandosi di decisioni – quelle di «non-ammissione» – di regola non motivate⁴³. In ogni caso, così come emerge dalle elaborazioni dottrinali, sembra che la pronuncia ostativa venga solitamente emessa, da una parte, in tutti i casi di manifesta infondatezza del ricorso e, da altra parte, in ogni circostanza in cui l'interesse all'espletamento della funzione «normativa» da parte della Corte risulti *ictu oculi* insussistente: ciò vale, ad es., per quelle doglianze in cui si contestano profili decisionali che rientrano nella discrezionalità del giudice di merito, ovvero ancora per ogni caso in cui si denunci un vizio nella valutazione di profili del fatto (c.d. *denaturation*), ovvero il mancato utilizzo delle risultanze di un determinato mezzo di prova; infine, comporta una verosimile declaratoria di non-ammissione l'impugnazione avverso un provvedimento che si colloca in un filone giurisprudenziale ben determinato e consolidato della Corte, la quale ometta di fornire al giudicante elementi ulteriori per una eventuale rivalutazione di quanto costituisce, al momento, *ius receptum*⁴⁴.

Il sistema così predisposto si incentra dunque sulla previsione di una «corsia preferenziale» – di qui l'accento sul carattere «procedimentale» – ove smaltire i ricorsi che, per motivi eminentemente formali ovvero per la portata delle questioni sottoposte, non è possibile (o manca l'interesse a) istruire ulteriormente «nel merito»; si tratta, in sostanza, del medesimo principio sposato dal nostro

⁴² In argomento si veda S. AMRANI MEKKI, L. CADIET (a cura di), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, Economica, Paris, 2005, p. 105 ss.

⁴³ Simile prassi si è ispirata a quanto accade innanzi al *Conseil d'État*: invero, a fronte di una disposizione di legge – l'art. L. 822-1 del *Code de justice administrative* – la quale, analogamente all'art. 1014 n.c.p.c., dispone che «l'admission est refusée par décision juridictionnelle si le pourvoi est irrecevable ou n'est fondé sur aucun moyen sérieux», il Consiglio di Stato ha incominciato a rendere decisioni ove si limita a riprodurre i motivi di ricorso sollevati dal ricorrente e a concludere per la non-ammissione sulla base del fatto che nessuno sarebbe idoneo a sollecitare una disamina più approfondita della questione nel merito. Dunque, solitamente la formula utilizzata dalla Corte è la seguente: «*attendu que le moyen de cassation annexé, qui est invoqué à l'encontre de la décision attaquée, n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi*». In argomento cfr. V. VIGNEAU, *Le régime de la non-admission des pourvois devant la Cour de cassation*, in *Recueil Dalloz*, 2010, p. 102 ss.

⁴⁴ G. CANIVET, *La procédure d'admission des pourvois en cassation*, in *Recueil Dalloz*, 2002, p. 2195 ss.; V. VIGNEAU, *op. cit.*, p. 107 ss. In ogni caso, leggendo i dati contenuti nelle recenti statistiche, di cui *supra* n. 33, emerge che il 16% dei ricorsi viene dichiarato «non-ammissibile» sulla base della mancanza di seri motivi di ricorso, ciò che dimostra un utilizzo piuttosto ponderato dello strumento in esame.

legislatore nel predisporre la recente disciplina dell'accesso alla Corte, seppur con alcune rilevanti differenze.

Invero, se pure il procedimento seguito dalle *Formations Restreintes* ricalca, peraltro scevro da eccessivi tecnicismi, la trattazione da parte della nostra Sezione-filtro, senz'altro preferibile – e sarebbe anzi auspicabile un'evoluzione in tal senso del nostro sistema – è il fatto che vi siano più organi (uno per ogni Sezione) chiamati ad effettuare i controlli preliminari: come si è già avuto modo di osservare in precedenza, la predisposizione di un solo organo, benché «strutturato», cui è affidato il compito di definire i ricorsi manifestamente fondati/infondati e provvedere al contempo ad accertare e dichiarare le diverse ipotesi di inammissibilità comporta un inevitabile sovraccarico di attività nella trattazione dei casi che si riflette inevitabilmente sulle Sezioni semplici; in aggiunta, assicurare a tutte le sezioni il controllo preventivo evita di riservare nelle mani di pochi la relativa decisione e, soprattutto, la specificazione dei parametri legislativi che dovrebbero invece trovare una maggior condivisione all'interno della Corte.

Quanto, invece, ai criteri utilizzati – e segnatamente a quello più «sostanziale» dei «seri motivi di cassazione» – se, da un lato, esso risulta maggiormente aderente alle tipicità della Cassazione e al ruolo da questa esercitato (senza contare che, «generico per generico», meglio forse sarebbe una formula così congegnata rispetto a quella probabilmente più definita ma altrettanto criptica relativa alla violazione dei principi del giusto processo) da altro lato, tuttavia, la predetta conformazione si presta a molteplici valutazioni, tanto più se provenienti da Sezioni diverse, che finirebbero, quantomeno nella nostra prospettiva, per incidere forse eccessivamente sul diritto dei ricorrenti. Meglio dunque un modello che, ferma la pluralità di organi *lato sensu* selettivi, si sforzi di definire *ex ante*, se non altro in modo indicativo, i *moyen sérieux* che ogni impugnazione deve presentare per poter aspirare ad un'ultima e definitiva disamina.

BIBLIOGRAFIA

Stati Uniti

- AA.VV., *The Bright Young Men behind the Bench*, in 43 U.S. News & World Rep., 1957, p. 45 ss.
- ACHESON D., *Recollection of service with the federal Supreme Court*, in 18 Ala. Law J., 1957, p. 355 ss.
- ARMSTRONG C. & JOHNSON A., *Certiorari decisions by the Warren and Burger Courts: is cue theory time bound?*, in 15 Polity, 1982, p. 141 ss.
- BADEN GINSBURG R., *Reflections on the independence, good behavior, and workload of federal judges*, in 55 Univ. Colorado Law Rev., 1983, p. 1 ss.
- BAIER P., *The Law Clerks: profile of an institution*, in 26 Vand. Law Rev., 1973, p. 1125 ss.
- BAKER S., *A practical guide to certiorari*, in 33 Catholic Univ. Law Rev., 1984, p. 611 ss.
- BAKER T., MCFARLAND D., *The need for a new national court*, in 100 Harv. Law Rev., 1986, p. 1400 ss.
- BARNETT V., *Constitutional interpretation and judicial self-restraint*, in 39 Mich. Law Rev., 1941, p. 213 ss.
- BARSOTTI V., *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, 1999.
- BATOR P., *What is wrong with the Supreme Court?*, in 51 Univ. Pitt. Law Rev., 1990, p. 673 ss.
- BAUM L., *Policy goals in Judicial gatekeeping: a proximity model of discretionary jurisdiction*, in 21 Am J. Pol. Sc., 1977, p. 13 ss.
- BAUM L., *Judicial demand – Screening and decisions on the merits: a second look*, in 7 Am. Pol. Quart., 1979, p. 109 ss.
- BERGER R., *The role of the Supreme Court*, in 3 U.A.L.R. Law J., 1980, p. 1 ss.
- BERLAGE D., *Pleas of the condemned: should certiorari petitions from death row receive enhanced access to the Supreme Court?*, in 59 N.Y.U. Law Rev., 1984, p. 1120 ss.
- BICE S., *The limited grant of certiorari and the justification of judicial review*, in Wisc. Law Rev., 1975, p. 343 ss.
- BICKEL A., *The Court: an indictment analyzed*, in N.Y. Times, april 27, 1958, S6, p. 16 ss.

- BICKEL A., *Foreword: the passive virtues*, in 75 *Harv. Law Rev.*, 1961, p. 40 ss.
- BICKEL A., *The Supreme Court and the idea of progress*, Yale University Press, New Haven and London, 1978.
- BICKEL A., *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, Yale University Press, New Haven, 1986.
- BISHIN W., *Judicial review in democratic theory*, in 50 *S. Cal. Law Rev.*, 1978, p. 1099 ss.
- BISHOP T., SARLES J., KANES S., *Tips on Petitioning for and Opposing Certiorari in the U.S. Supreme Court*, in *Litigation*, 2008, p. 26 ss.
- BLOOM COOPER L., DREWRY G., *Final appeal: a study of the House of Lords in its judicial capacity*, Clarendon Press, Oxford, 1972, p. 117 ss.
- BLUMSTEIN J., *The Supreme Court jurisdiction – Reform proposals, discretionary review, and writ dismissal*, in 26 *Vand. Law Rev.*, 1973, p. 895 ss.
- BOSKEY B., *Mr. Chief Justice Stone*, in 59 *Harv. Law Rev.*, 1946, p. 1200 ss.
- BRADEN G., *The value of law clerks*, in 24 *Miss. Law J.*, 1953, p. 295 ss.
- BRADLEY R. & GARDNER P., *Underdogs, Upperdogs and the use of the Amicus Brief: trends and explanations*, in 10 *Just. Sys. J.*, 1985, p. 90 ss.
- BRENNAN W., *The national court of appeal: another dissent*, in 40 *Univ. Chi. Law Rev.*, 1973, p. 473 ss.
- BRENNER S., KROL J., *Strategies in Certiorari voting on the United States Supreme Court*, in 51 *J. of Pol.*, 1989, p. 828 ss.
- BREYER S., *Judicial review of questions of law and policy*, in 38 *Admin. Law Rev.*, 1986, p. 363 ss.
- BRUDNEY V., WOLFSON R., *Mr. Justice Rutledge – Law Clerk's Reflections*, in 25 *Ind. Law J.*, 1949, p. 455 ss.
- BUTLER C., *A century at the Bar of the Supreme Court*, G.P. Putnam & Sons, New York, 1942.
- CALDEIRA G. & WRIGHT J., *Organized interests and agenda setting in the U.S. Supreme Court*, in 82 *Am. Pol. Sc. Rev.*, 1988, p. 1109 ss.
- CALDEIRA G. & WRIGHT J., *The discuss list: Agenda Building in the Supreme Court*, in 24 *Law & Soc. Rev.*, 1990, p. 807 ss.
- CASPER G. & POSNER R., *The workload of the Supreme Court*, American Bar Foundation, Chicago, 1976.
- CATTERALL R., *Judicial self-restraint: the obligation of the judiciary*, in 42 *A.B.A. J.*, 1956, p. 829 ss.
- COHEN M., MARCH J., OLSEN J., *A garbage can model of organization choice*, in 17 *Admin. Sc. Quart.*, 1972, p. 1 ss.
- CORDRAY M. & CORDRAY R., *The supreme court's plenary docket*, in 58 *Wash & Lee Law Rev.*, 2001, p. 737 ss.
- CORDRAY M. & CORDRAY R., *The Calendar of the "Justices": how the Supreme Court's timing affects its decisionmaking*, in 36 *Ariz. St. Law J.*, 2004, p. 183 ss.
- COX A., *The role of the Supreme Court: judicial activism or self restraint?*, in 47 *Md. Law Rev.*, 1988, p. 118 ss.

- CRUM M., *Drafting Petitions for Writ of Certiorari to the United States Supreme Court*, in 3 *Cap. Def. Dig.*, 1991, p. 12 ss.
- DAHL R., *Decision-making in a democracy: the Supreme Court as National Policy-Maker*, in 6 *J. Pub. Law Rev.*, 1957, p. 279 ss.
- DICKSON D., *The Supreme Court in conference (1940-1985). The private discussion behind nearly 300 Supreme Court decisions*, Oxford University Press, New York, 2001.
- DORSEN N., *Law clerks in Appellate Courts in the United States*, in 26 *Modern Law Rev.*, 1962, p. 265 ss.
- DOUGLAS W., *The Supreme Court and its caseload*, in 45 *Cornell Law Quart.*, 1960, p. 401 ss.
- DOUGLAS W., *Managing the docket of the Supreme Court of the United States*, in 25 *Record of N.Y.C.B.A.*, 1970, p. 279 ss.
- DOWLING N., GUNTHER G., *Constitutional law. Cases and materials*, Stanford, 1958.
- DUBOIS P.L., *From Ballot to Bench – Judicial Elections and the Quest for Accountability*, Austin, 1980.
- ELHAUGE E., *Does interest group theory justify more intrusive judicial review?*, in 101 *Yale Law J.*, 1992, p. 31 ss.
- ELY J., *Constitutional interpretivism: its allure and impossibility*, in 53 *Ind. Law J.*, 1978, p. 399 ss.
- EPSTEIN L., *Interest group litigation during the Rehnquist Court era*, in 9 *J. of Law. & Pol.*, 1993, p. 639 ss.
- EPSTEIN L., *The Supreme Court Compendium: data, decisions, and developments*, CQ Press, Washington D.C., 2003.
- ERVIN S., *Separation of power: judicial independency*, in 35 *Law & Contemp. Probs.*, 1970, p. 108 ss.
- ESTREICHER S., SEXTON J., *A managerial theory of the Supreme Court responsibilities: an empirical study*, in *N.Y.U. Law Rev.*, 1984, p. 681 ss.
- ESTREICHER S., SEXTON J., *Redefining the Supreme Court's Role: a theory of managing the federal judicial process*, Yale University Press, New Haven, 1986.
- FRANK J., *Marble Palace: the Supreme Court in american life*, New York, 1958.
- FRANKFURTER F. & HART H., *Business of the Supreme Court at October Term, 1933*, in 48 *Harv. Law Rev.*, 1934, p. 260 ss.
- FRANKFURTER F. & LANDIS J., *The Business of the Supreme Court at October Term, 1929*, in 44 *Harv. Law Rev.*, 1930, p. 1 ss.
- FRANKFURTER F. & LANDIS J., *The business of the Supreme Court: a study in the Federal Judicial System*, Transaction Publishers, New Brunswick, 2009.
- FREY A., GELLER K. & HARRIS D., *Opposing Cert: Addressing the issues presented*, in *Inside Litigation*, 1987, p. 26 ss.
- FREY A., GELLER K. & HARRIS D., *Opposing review: the art of finding uncertworthiness*, in *Inside Litigation*, 1987, p. 27 ss.

- FRIEDMAN B., *The politics of judicial review*, in 84 *Tex. Law. Rev.*, 2006, p. 257 ss.
- FRIEDMAN M. (a cura di), *Roosevelt and Frankfurter, their Correspondence 1928-1945*, Little Brown and Company, Boston, 1967.
- GEORGE T., EPSTEIN L., *On the nature of the Supreme Court decision making*, in 86 *Am. Pol. Sc. Rev.*, 1992, p. 323 ss.
- GIBBS R., *Certiorari: its diagnosis and cure*, in 6 *Hastings Law J.*, 1985.
- GIBSON L., *From simplicity to complexity: the development of theory in the study of judicial behaviour*, in 5 *Pol. Behav.*, 1983, p. 7 ss.
- GILLERS S., *Deciding who dies*, in 129 *Univ. Pa. Law Rev.*, 1980, p. 1 ss.
- GOLDBERG J., *One Supreme Court: it doesn't need its cases screened*, in *The New Republic*, 1973, p. 14 ss.
- GOLDMAN S. & JAHNIGE T., *The federal courts as a political system*, Harper & Row, New York, 1985.
- GOLDMAN S., *Federal Judicial Recruitment*, in J.B. GATES, C.A. JOHNSON (a cura di), *The american courts. A critical assessment*, Washington D.C., 1991.
- GRANO J., *Judicial review and a written constitution in a democratic society*, in 28 *Wayne Law Rev.*, 1982, p. 1 ss.
- GRASSLEY C., *The role of the Supreme Court*, in 26 *Univ. Rich. Law Rev.*, 1992, p. 449 ss.
- GREENBERG J., *Capital Punishment as a system*, in 91 *Yale Law J.*, 1982, p. 908 ss.
- GRESSMAN E., *Much ado about certiorari*, in 52 *Georgetown Law J.*, 1964, p. 742 ss.
- GRESSMAN E., *Anatomy of a Petition for Certiorari*, in *Practical Litigator*, 1991, p. 61 ss.
- GRISWOLD E., *Rationing justice – The Supreme Court's caseload and what the Court does not do*, in 60 *Cornell Law Rev.*, 1975, p. 335 ss.
- GUNTHER G., *Subtle Vices of the Passive Virtues-A Comment on Principle and Expediency in judicial review*, in 64 *Colum. Law Rev.*, 1964, p. 1 ss.
- HAMILTON A., *The Federalist*, No. 78, 1788 [trad. it. a cura di G. Sacerdoti-Mariani, Giappichelli, Torino, 1997, p. 392].
- HARPER F. & PRATT G., *What the Supreme Court did not do during the 1951 Term*, in 101 *Univ. Pa. Law Rev.*, 1953, p. 439 ss.
- HARPER F. & ROSENTHAL A., *What the Supreme Court did not do in the 1949 Term – An appraisal of certiorari*, in 99 *Univ. Pa. Law Rev.*, 1950, p. 293 ss.
- HARTNETT E., *Questioning Certiorari: some reflections seventy-five years after the Judges' Bill*, in 100 *Colum. Law Rev.*, 2000, p. 1643 ss.
- HELLMAN A., *Case selection in the Burger Court: a preliminary inquiry*, in 60 *Notre Dame Law Rev.*, 1985, p. 947 ss.
- HELLMAN A., *Preserving the essential role of the Supreme Court: a comment on Justice Rehnquist's proposal*, in 14 *Fla. St. Univ. Law Rev.*, 1986, p. 15 ss.
- HILLS R., *A Law Clerk at the Supreme Court of the United States*, in 33 *Los Angeles Bull.*, 1958, p. 333 ss.
- HOROWITZ M., *The Emergence of an instrumental conception of american law*, in D.

- FLEMING, B. BAILYN (a cura di), *Five perspective in American History*, Harvard University, Cambridge, 1971.
- HUGES C., *Speech before Elmira Chamber of Commerce*, in *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, governor of New York 1906-1908*, GP Putnam & Sons, New York, 1908.
- JAFFE L., *Judicial review: question of law*, in 69 *Harv. Law Rev.*, 1956, p. 239 ss.
- JENKS E., *The Prerogative Writs in English law*, in 32 *Yale Law J.*, 1923, p. 523 ss.
- JOLOWICZ J.A., *General Report*, in P. YESSIOU-FALTSI (a cura di), *The Role of the Supreme Courts at the National and International Level*, Tessaonica, 1998.
- KAUFMAN I.R., *Chilling judicial independence*, in 88 *Yale Law J.*, 1979, p. 681 ss.
- KAUFMAN I.R., *The essence of judicial independence*, in 80 *Colum. Law Rev.*, 1980, p. 671 ss.
- KEARNEY J. & MERRILL T., *The influence of amicus curiae briefs on the Supreme Court*, in 148 *Univ. Pa. Law Rev.*, 1999, p. 743 ss.
- KINGDON J., *Agendas, Alternatives, and Pubic Policies*, Little Brown and Company, Boston, 1984.
- KRISLOV S., *The amicus curiae brief: from friendship to advocacy*, in 72 *Yale Law J.*, 1962, p. 694 ss.
- KURLAND P., *The constitution and the tenure of federal judges: some notes from history*, in 36 *Univ. Chi. Law Rev.*, 1969, p. 655 ss.
- LAZARUS E., *Closed Chambers: the first eyewitness account of the epic struggles inside the Supreme Court*, Random House, New York, 1998.
- LEIMAN J., *The rule of four*, in 57 *Colum. Law Rev.*, 1957, p. 975 ss.
- Letter from Thomas W. Shelton to William H. Taft*, 1924, in *William H. Taft Papers*, Library of Congress, Reel 271.
- LINDGREN J. & MARSHALL W., *The Supreme Court extraordinary power to grant certiorari before judgement in the court of appeal*, in *Sup. Ct. Rev.*, 1986 p. 259 ss.
- LINZER P., *The meaning of certiorari denials*, in 79 *Colum L. Rev.*, 1979, p. 1227 ss.
- LLEWELLYN K., *The common law tradition: deciding appeals*, Little Brown and Company, Boston, 1960.
- LONG T., *Deciding whether conflicts with Supreme Court precedent warrant certiorari*, in 59 *N.Y.U. Law Rev.*, 1984, p. 1104 ss.
- LYNCH K., *Best friends? Supreme Court Law Clerks on effective amicus curiae briefs*, in 20 *J. of Law & Pol.*, 2004, p. 33 ss.
- MATHEWS L., *Supreme Court Clerks: Fame in a footnote*, in *Los Angeles Times*, January 5 1972, S1, p. 1 ss.
- MATTEI U., *L'imperialismo del writ of certiorari: il tramonto della giurisdizione obbligatoria nella U.S. Supreme Court*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 131 ss.
- MAURO T., *Courtside*, in *Legal times*, 2006, p. 10 ss.

- MCCORMACK A., *A Law Clerk's recollection*, in 46 *Colum. Law Rev.*, 1946, p. 710 ss.
- MEADOR D., *Do Law Clerks wield power in Supreme Court cases – Another view: Clerks might “influence some actions”*, in 44 *U.S. News & World Rep.*, 1958, p. 116 ss.
- MEADOR D., *Mr. Justice Black and his law clerks*, in 15 *Ala. Law Rev.*, 1962, p. 57 ss.
- MEADOR D., *A challenge to judicial architecture: modifying the regional design of U.S. Courts of Appeals*, in 56 *Univ. Chi. Law Rev.*, 1989, p. 603 ss.
- MEEKS J., *Symposium: judicial review versus democracy: foreword*, in 42 *Ohio St. Law J.*, 1981, p. 1 ss.
- MOORE F., *Right of review by certiorari to the Supreme Court*, in 17 *Geo. Law J.*, 1929, 307 ss.
- MOORE J. & VESTAL A., *Present and potential role of certification in federal appellate procedure*, in 35 *Va. Law Rev.*, 1949, p. 1 ss.
- MURPHY W., *Elements of judicial strategy*, University of Chicago Press, Chicago, 1964.
- MURPHY W. & PRITCHETT C.H., *Courts, Judges and Politics: an introduction to the Judicial Process*, Random House, New York, 1986.
- NEWLAND C., *Personal assistants to Supreme Court “Justices”: the Law Clerks*, in 40 *Ore. Law Rev.*, 1961, p. 299 ss.
- O'BRIEN D., *Join-3 votes, the Rule of Four, the Cert. Pool, and the Supreme Court's shrinking plenary docket*, in 13 *J. of Law & Pol.*, 1997, p. 779 ss.
- O'BRIEN D., *Storm Center: the Supreme Court in american politics*, WW Norton, New York, 2008.
- O'CONNOR K. & EPSTEIN L., *Court Rules and workload: a case study of rules governing amicus curiae participation*, in 8 *Just. Sys. J.*, 1983, p. 35 ss.
- PALMER B., *The “Bermuda Triangle?” – The Cert Pool and its influence over the Supreme Court's Agenda*, in 18 *Const. Commentary*, 2001, p. 105 ss.
- PALMER J., *An econometric analysis of the U.S. Supreme Court's certiorari decisions*, in 39 *Pub. Choice*, 1982, p. 387 ss.
- PEPPERS T., *Courtiers of the Marble Palace: the rise and influence of the Supreme Court Law Clerks*, Stanford University Press, Stanford, 2006.
- PERRY H., *Deciding to decide. Agenda setting in the United States Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, 1991.
- PIPER G., *Amicus curiae participation – at the Court's discretion*, in 55 *Ky Law J.*, 1966, p. 864 ss.
- POSNER R., *The meaning of judicial self-restraint*, in 59 *Ind. Law J.*, 1984, p. 1 ss.
- PROVINE D.M., *Case selection in the United States Supreme Court*, University of Chicago Press, Chicago, 1980.
- PROVINE D.M., *Deciding what to decide: how the Supreme Court sets its agenda*, in 64 *Judicature*, 1981, p. 320 ss.

- RADIN M.G., *Cruel Punishment and respect for persons: super due process for death*, in 53 *S. Cal. Law Rev.*, 1980, p. 1143 ss.
- RANDOLPH JR. R., *Certiorari Petitions in the Supreme Court*, in *Litigation*, 1978, p. 21 ss.
- REDISH M., *Judicial review and the political question*, in 79 *Nw. Univ. Law Rev.*, 1985, p. 1031 ss.
- REHNQUIST W., *Who writes decisions of the Supreme Court?*, in 43 *U.S. News & World Rep.*, 1957, p. 74 ss.
- REHNQUIST W., *The Changing role of the Supreme Court*, in 14 *Fla. St. Univ. Law Rev.*, 1987, p. 1 ss.
- REHNQUIST W., *The Supreme Court*, new edition, New York, 2004.
- REVESZ R., KARLAN P., *Non-majority rules and the Supreme Court*, in 136 *Univ. Pa. Law Rev.*, 1988, p. 1067 ss.
- RIBBLE F., *Some aspects of judicial self-restraint*, in 26 *Vand. Law Rev.*, 1940, p. 981 ss.
- ROBBINS I., *Toward a more just and effective system of review in state death penalty cases*, in 40 *Am. Univ. Law Rev.*, 1990, p. 3 ss.
- ROGERS W., *Do Law Clerks wield power in Supreme Court Cases – Clerks' work is "not decisive of ultimate result"*, in 44 *U.S. News & World Rep.*, 1958, p. 114 ss.
- ROSENBERG D. & LEVY K., *Capital Punishment: coming to grips with the dignity of man*, in 14 *Cal. W. Law Rev.*, 1978, p. 275 ss.
- RUSSELL P.H. & O'BRIEN D.M. (a cura di), *Judicial Independence in the Age of Democracy*, University Press of Virginia, Charlottesville-London, 2001.
- RUSTAD M. & KOENING T., *The Supreme Court and Junk Social Science: selective distortion in amicus briefs*, in 72 *N.C. Law Rev.*, 1993, p. 91 ss.
- SARSHILK S., *The Supreme Court and its Law Clerks: Bullets or Blanks for the hired guns*, in 2 *Juris Doctor*, 1972, p. 40 ss.
- SCARPF F., *Judicial review and the political question, a functional analysis*, in 75 *Yale Law J.*, 1966, p. 517 ss.
- SCHWARTZ B., *Decision: how the Supreme Court decide cases*, New York, 1996.
- SCIGLIANO R., *The Supreme Court and the Presidency*, New York, 1971.
- SEGAL J. & SPAETH H., *The Supreme Court and the attitudinal model*, New York, 1993.
- SHAPIRO D., *Jurisdiction and discretion*, in 60 *N.Y.U. Law Rev.*, 1985, p. 543 ss.
- SHAPIRO M., *The European Court of Justice*, in P.H. RUSSELL & D.M. O'BRIEN (a cura di), *Judicial Independence in the Age of Democracy*, Univesity Press of Virginia Charlottesville-London, 2001, p. 276 ss.
- SHAPIRO S., *Certiorari practice: the Supreme Court's Shrinking Docket*, in *Litigation*, 1998, p. 25 ss.
- SILVESTRI E., *L' "amicus curiae": uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 679 ss.
- SILVESTRI E., *Corti Supreme europee: accesso, filtri e selezione*, in *Le Corti supreme – atti del convegno svoltosi a Perugia il 5-6 maggio 2000*, Milano, 2001, p. 105 ss.

- SIMPSON J., *Turning over the Reins: The abolition of the mandatory appellate Jurisdiction of the Supreme Court*, in 6 *Hastings Const. Law Q.*, 1979, p. 297 ss.
- SMITH K., *Supreme Court agenda-setting for equal protection cases: an empirical analysis* (Ph.D. dissertation), 1994, The University of Iowa.
- SMITH K., *Justice for all? The Supreme Courts denial of pro se petitions for certiorari*, in 63 *Alb. Law Rev.*, 2000, p. 381 ss.
- SMITH K., *Certiorari and the Supreme Court agenda: an empirical analysis*, in 54 *Okla. Law. Rev.*, 2001, p. 727 ss.
- SONGER D., *Concern for Polity outputs as a cue for Supreme Court decisions on certiorari*, in 41 *J. of Pol.*, 1979, p. 1185 ss.
- STARR K., *Supreme Court needs a management revolt*, in *Wall St. J.*, 1993, p. 23 ss.
- STARR K., *Trivial Pursuit at the Supreme Court*, in *Wall St. J.*, 1993, p. 17 ss.
- STARR K., *The Supreme Court and its shrinking docket: the Ghost of William Howard Taft*, in 90 *Minn. Law Rev.*, 2006, p. 1363 ss.
- STEIKER C. & STEIKER J., *Sober second thoughts: reflections on two decades of constitutional regulation of capital punishment*, in 109 *Harv. Law Rev.*, 1995, p. 355 ss.
- STERN R., *Denial of certiorari despite a conflict*, in 66 *Harv. Law Rev.*, 1953, p. 465 ss.
- STERN R., *The Solicitor General's office and administrative agency litigation*, in 46 *A.B.A. J.*, 1960, p. 154 ss.
- STERN R.-GRESSMAN E., *Supreme Court Practice*, Washington D.C., 2007.
- STEVENS J., *Some thoughts on judicial restraint*, in 66 *Judicature*, 1982, p. 177 ss.
- STEVENS J., *The life span of a Judge-made rule*, in 58 *N.Y.U. Law Rev.*, 1983, p. 1 ss.
- STEWART P., *Reflections on the Supreme Court*, in 8 *Litigation*, 1982, p. 8 ss.
- STRAS D., *The Supreme Court's gatekeepers: the role of the Law Clerks in the certiorari process*, in 85 *Tex. Law Rev.*, 2006, p. 947 ss.
- STROSSEN N., *The Supreme Court's role: guarantor of individual and minority group rights*, in 26 *Univ. Rich. Law Rev.*, 1992, p. 467 ss.
- STURLEY M., *Observation on the Supreme Court's certiorari jurisdiction in intercircuit conflict cases*, in 67 *Tex. Law Rev.*, 1989, p. 1251 ss.
- TAFT W.H., *The attacks on the Courts and legal procedure*, in 5 *Ky. Law J.*, 1916, p. 3 ss.
- TAFT W.H., *Jurisdiction of the Supreme Court*, in 35 *Yale Law J.*, 1925, p. 1 ss.
- TANENHAUS J., SCHICK M., MURASKIN M., ROSEN D., *The Supreme Court Certiorari Jurisdiction: Cue Theory*, in G.A. SCHUBERT (a cura di), *Judicial decision making*, Free Press, New York, 1963, p. 118 ss.
- TEGER S., KOSINSKI D., *The cue theory of Supreme Court certiorari jurisdiction: a reconsideration*, in 42 *J. of Pol.*, 1980, p. 834 ss.
- THAYER J., *John Marshall*, Houghton, Mifflin & Co., Boston, 1901.
- TIBERI T., *Supreme Courts denials of certiorari in conflict cases: percolation or procrastination?* In 54 *Univ. Pitt. Law Rev.*, 1993, p. 861 ss.
- TIRIO F., *Il writ of certiorari davanti alla Corte Suprema: principi, strategie, ideologie*, Giuffrè, Milano, 2000.

- ULMER S., *The decision to grant certiorari as an indicator to decision "on the merits"*, in 4 *Polity*, 1972, p. 429 ss.
- ULMER S., *The Supreme Court's certiorari jurisdiction: conflict as a predictive variable*, in 78 *Am. Pol. Sc. Rev.*, 1984, p. 901 ss.
- ULMER S., HINTZE W., KIRKLOSKY K., *The decision to grant or deny certiorari: further consideration of cue theory*, in 6 *Law & Soc. Rev.*, 1972, p. 637 ss.
- VARANO V., BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale, I, Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Giappichelli, Torino, 2004.
- WALLACE C., *The nature and extent of intercourt conflicts: a solution needed for a mountain or a molehill?*, in 71 *Cal. Law Rev.*, 1983, p. 913 ss.
- WARD A. & WEIDEN D., *Sorcerer's Apprentices: 100 years of Law Clerks at the United States Supreme Court*, New York University Press, New York, 2006.
- WECHSLER H., *The Appellate Jurisdiction of the Supreme Court: Reflections on the Law and the logistics of direct review*, in 34 *Wash. & Lee Law Rev.*, 1977, p. 1043 ss.
- WELLINGTON H., *The nature of judicial review*, in 91 *Yale Law J.*, 1982, p. 486 ss.
- WESTIN A., *Autobiography of the Supreme Court*, Greenwood Press, Westport, 1978.
- WHEELER E. et al., *Report of the Committee on Jurisprudence and Law Reform*, in 6 *A.B.A. J.*, 1920, p. 493 ss.
- WIDISS D.A., *Shadow precedents and the separation of power: statutory interpretation of congressional overrides*, in 84 *Notre Dame Law Review* 511, 2009.
- WILEY H., *Jurisdictional statements on Appeals to U.S. Supreme Court*, in 31 *A.B.A. J.*, 1945, p. 239 ss.
- WILLIAMS R., *Justice run "nine little law firms" at the Supreme Court*, in 7 *Smithsonian*, 1977, p. 83 ss.
- WILLISTON S., *Life and Law*, Little Brown and Company, Boston, 1940.
- WITTAKER C., *The Role of the Supreme Court*, in 17 *Ark. Law Rev.*, 1963, p. 292 ss.
- WOODWARD B. & BERNSTEIN C., *The Final Days*, Simon & Schuster, New York, 1976.
- WRIGHT J., *The role of the Supreme Court in a democratic society – Judicial activism or restraint?*, in 54 *Cornell Law Rev.*, 1968, p. 1 ss.
- WRIGHT J., *Courts and the rulemaking process: The limits of judicial review*, in 59 *Cornell Law Rev.*, 1974, p. 375 ss.
- ZENNER L., *A test for appealability: the final judgement rule and closure orders*, in 65 *Minn. Law Rev.*, 1981, p. 1110 ss.

Italia

- AA.VV., *Per la Corte di Cassazione*, in *Foro it.*, 1987, c. 205 ss.
- AA.VV., *Problemi attuali della Corte di Cassazione*, in *Quaderni del C.S.M.*, 1989, p. 7 ss.

- AA.VV., *L'appello e il ricorso per cassazione nella riforma del 2012 (d.l. 83/12, conv., con modif., in l. 134/12)*, in *Foro it.*, 2012, c. 281.
- ACIERNO M., CURZIO P., GIUSTI A., (a cura di), *La cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, Cacucci, Bari, 2015.
- BALENA G., *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della legge 18 giugno 2009, n. 69)*, in *www.judicium.it*.
- BARTOLE S., *Il potere giudiziario*, Il Mulino, Bologna, 2008.
- BESSO C., *Giudizio di cassazione e rito camerale*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi: commento alla Legge 24 marzo 2001, n. 89*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 1 ss.
- BORRÈ G., *La Corte di cassazione oggi*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 157 ss.
- BOVE M., *Il sindacato della Corte di Cassazione – Contenuto e limiti*, Giuffrè, Milano, 1993.
- BOVE M., *Ancora sul controllo della motivazione in cassazione*, in *Giusto processo civ.*, 2013, p. 432 ss.
- BOVE M., *La pronuncia di inammissibilità dell'appello ai sensi degli art. 348 bis e 348 ter c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 389 ss.
- BOVE M., *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile*, in *www.judicium.it*.
- BOVE M.-SANTI A., *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Matelica, 2009.
- BRIGUGLIO A., *Sub art. 360 bis*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, III/1, Cedam, Padova, 2009.
- BRIGUGLIO A., *Ecco il "filtro"! (l'ultima riforma del giudizio di cassazione)*, in *www.judicium.it*.
- BRIGUGLIO A., *Riflessioni e risposte sui "quesiti"*, in *www.judicium.it*.
- BRIGUGLIO A., *Chi ha paura del «filtro»? (ovvero: se lo si dipinge fin d'ora come orribile qualcuno ci crederà e lo applicherà come tale: meglio dunque essere cautamente ottimisti e sterilizzare il «filtro» nei limiti del possibile)*, in *www.judicium.it*.
- CALAMANDREI P., *La Cassazione civile*, Giuffrè, Milano, 1920.
- CALAMANDREI P., FURNO C., voce *Cassazione civile*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1968.
- CANZIO G., *L'istituzione della settima sezione penale per l'esame dell'inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 162 ss.
- CAPONI R., *Contro il nuovo filtro in appello e per un filtro in cassazione nel processo civile*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 1539 ss.
- CAPONI R., *La modifica dell'art. 360, 1° comma n. 5 c.p.c.*, in *www.judicium.it*.
- CAPPELLETTI M., *Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile*, in *Giur. it.*, 1967, p. 81 ss.

- CAPPELLETTI M., *Doppio grado di giurisdizione: Parere iconoclastico n. 2, o razionalizzazione dell'iconoclastia?*, in *Giur. it.*, 1978, p. 4 ss.,
- CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, Milano, 1984.
- CARNEVALE V., *La corte di cassazione ridimensiona il «filtro» dell'art. 360 bis c.p.c.*; in *Giur. it.*, 2011, p. 885 ss.
- CARPI F., *Il tormentato filtro al ricorso in Cassazione*, in *Corriere giur.*, 2009, p. 1443 ss.
- CARPI F., *L'accesso alla Corte di cassazione ed il nuovo sistema dei filtri*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 769 ss.
- CARRATTA A., Sub art. 375, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Zanichelli, Bologna, 2007.
- CARRATTA A., Sub art. 380 bis, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Zanichelli, Bologna, 2007.
- CARRATTA A., *Il "filtro" al ricorso in cassazione fra dubbi di costituzionalità e salvaguardia del controllo di legittimità*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1563 ss.
- CARRATTA A., *L'art. 360 bis c.p.c. e la nomofilachia «creativa» dei giudici di cassazione*; in *Giur. it.*, 2011, p. 886 ss.
- CARRATTA A., *Giudizio di cassazione e nuove modifiche legislative: ancora limiti al controllo di legittimità*, in *www.treccani.it*.
- CHIARLONI S., *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 1010 ss.
- CHIARLONI S., *Prime riflessioni su recenti proposte di riforma del giudizio di cassazione*, in *Giur. it.*, 2003, p. 817 ss.
- CHIZZINI A., *Prolegomena a ogni futura metafisica del «giusto processo» che voglia presentarsi come rispettosa della tutela costituzionale dei diritti*, in F. CIPRIANI (a cura di), *Stato di diritto e garanzie processuali*, Napoli, 2008, p. 121 ss.
- CIPRIANI F., *Il procedimento camerale in Cassazione*, in *Giusto processo civ.*, 2009, p. 827 ss.
- COMOGLIO L.P., *Requiem per il processo giusto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 47 ss.
- COMOGLIO L.P., FERRI C., TARUFFO M., *Lezioni sul processo civile*, Il Mulino, Bologna, 2011.
- CONSOLO C., *Un codice di procedura civile «seminuovo»*, in *Giur. it.*, 1990, p. 429 ss.
- CONSOLO C., *Sul «processo di cassazione in funzione di una decisione tendenzialmente sostitutiva pur se nomofilattica»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 297 ss.
- CONSOLO C., *Una buona 'novella' al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corriere giur.*, 2009, p. 737 ss.
- CONSOLO C., *Dal filtro in Cassazione ad un temperato «stare decisis»: la prima ordinanza sull'art. 360-bis*, in *Corriere giur.*, 2010, p. 1405 ss.
- CONSOLO C., *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di «svaporamento»*, in *Corriere giur.*, 2012, 1139 ss.
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, III, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Giappichelli, Torino, 2012.

- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Giappichelli, Torino, 2014.
- CONSOLO C., *Lusso o necessità nell'impugnazione delle sentenze?*, in *www.judicium.it*.
- COSTANTINO G., *Il nuovo processo in Cassazione*, in *Le novità per il processo civile* (l. 18 giugno 2009, n. 69), in *Foro it.*, 2009, c. 304 ss.
- COSTANTINO G., *La riforma del giudizio di legittimità: la Cassazione con filtro*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1560 ss.
- COSTANTINO G., *Rassegna di legislazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1113 ss.
- COSTANTINO G., *La riforma dell'appello*, in *Giusto processo civ.*, 2013, p. 21 ss.
- COSTANTINO G., *Le riforme dell'appello civile e l'introduzione del «filtro»*, in *www.treccani.it*.
- DAMIANI F.S., Sub art. 375 – art. 67 bis Ord. giud., in F. CIPRIANI (a cura di), *La riforma del giudizio di cassazione*, Cedam, Padova, 2009.
- DAMIANI F.S., *Il procedimento camerale in cassazione*, Napoli, 2011.
- DAMIANI F.S., *Sui (super)poteri della “apposita sezione” della Corte di Cassazione*, in *Giusto processo civ.*, 2013, p. 495 ss.
- D'ASCOLA P., *La riforma e le riforme del processo civile: appunti sul giudizio di Cassazione*, in G. ALPA (a cura di), *Le modifiche al codice di procedura civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, p. 395 ss.
- DE CRISTOFARO M., *Ricorso straordinario per cassazione e vizio di motivazione*, in *Studium iuris*, 1997, p. 297 ss.
- DE CRISTOFARO M., Sub art. 360 bis, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009*, Cedam, Padova, 2009.
- DE CRISTOFARO M., *Appello e cassazione alla riprova della ennesima «riforma urgente»: quando i rimedi peggiorano il male (considerazioni di prima lettura del d.l. n. 83/2012)*, in *www.judicium.it*.
- DE CRISTOFARO M., sub art. 360 bis, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, Ipsoa, Milano, 2013.
- DE CRISTOFARO M., sub art. 380 bis, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, Ipsoa, Milano, 2013.
- DENTI V., *L'art. 111 della Costituzione e la riforma della Cassazione*, in *Foro it.*, 1987, c. 228 ss.
- DENTI V., Sub art. 111, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1987.
- DENTI V., *Le riforme della Cassazione Civile: qualche ipotesi di lavoro*, in *Foro it.*, 1988, V, c. 20 ss.
- DENTI V., *La giustizia civile. Lezioni introduttive*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- DIDONE A., *Ancora sul vizio di motivazione dopo la modifica dell'art. 360 n. 5 c.p.c. e sul tassello mancante del modello di Toulmin*, in *Giusto processo civ.*, 2013, p. 631 ss.
- DONNELLA D., *L'accesso all'avvocatura tra storia e attualità*, in *Prev. Forense*, 2009, p. 115 ss.
- DONZELLI R., *Il filtro in cassazione e la violazione dei principi regolatori del giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1085 ss.

- FABBRINI G., *L'opposizione di terzo nel sistema dei mezzi di impugnazione*, Giuffrè, Milano, 1968.
- FARINA M., *Note minime sul "filtro" in Cassazione*, in *www.judicium.it*.
- FAZZALARI E., *Il giudizio civile di cassazione*, Giuffrè, Milano, 1960.
- FAZZALARI E., *Introduzione alla giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1984.
- FERRARIS F., *Primi orientamenti giurisprudenziali sul «filtro» in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 491 ss.
- FORNACIARI M., *L'inammissibilità del ricorso per cassazione ex art. 360 bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 645 ss.
- FORNACIARI M., *Ancora una riforma dell'art. 360 n. 5 c.p.c.: basta, per favore, basta!*, in *www.judicium.it*.
- FRASCA R., *Osservazioni (critiche) sul c.d. filtro in cassazione in discussione in Parlamento*, in *www.judicium.it*.
- FRASCA R., *Spigolature sulla riforma di cui al d.l. n. 83 del 2012, convertito, con modificazioni, nella l. n. 134 del 2012*, in *www.judicium.it*.
- GALLETTO T., *«Doppio filtro» in appello, «doppia conforme» e danni collaterali*, in *www.judicium.it*.
- GIACOBBE G., *La Corte di cassazione e l'evoluzione democratica dell'ordinamento: profili civilistici*, in *La Corte di cassazione nell'ordinamento democratico, Atti del convegno tenutosi a Roma il 14 febbraio 1995*, Milano, 1996, p. 82 ss.
- GRAZIOSI A., *Riflessioni in ordine sparso sulla riforma del giudizio di cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 37 ss.
- GUARNIERI C., PEDERZOLI P., *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Bari, 2002.
- IANNIRUBERTO G., MORCAVALLO U., *Il nuovo giudizio di cassazione*, Milano, 2010.
- IMPAGNATIELLO G., *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in cassazione*, in *Giusto processo civ.*, 2012, p. 735 ss.
- LA TORRE A., *La Corte di Cassazione italiana all'inizio del 2000*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 107 ss.
- LUISO F.P., *La prima pronuncia della Cassazione sul c.d. filtro (art. 360 bis c.p.c.)*, in *Giusto processo civ.*, 2010, p. 1131 ss.
- LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano, 2013.
- MALTESE D., *Problemi attuali e prospettive di riforma del processo civile di Cassazione*, in *Foro it.*, 1988, V, c. 6 ss.
- MANDRIOLI C., CARRATTA A., *Come cambia il processo civile*, Giappichelli, Torino, 2009.
- MARAFIOTI L., *Selezione dei ricorsi penali e verifica d'inammissibilità*, Giappichelli, Torino, 2004.
- MARENGO R., *La discrezionalità del giudice civile*, Giappichelli, Torino, 1996.

- MAZZARELLA F., *Analisi del giudizio civile di cassazione*, Cedam, Padova, 1994.
- MENCHINI S., Sub art. 360 bis, in G. BALENA, R. CAPONI, A. CHIZZINI, S. MENCHINI, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Giappichelli, Torino, 2009.
- MENCHINI S., Sub art. 380 bis, in G. BALENA, R. CAPONI, A. CHIZZINI, S. MENCHINI, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Giappichelli, Torino, 2009.
- MENGONI L., *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, VI, Torino, 1990, p. 447 ss.
- MONETA G., *La cassazione civile e i suoi contrasti di giurisprudenza del 1990*, in *Contr. e impresa*, 1992, p. 1245 ss.
- MONETA G., *Mutamenti nella giurisprudenza della Cassazione Civile. Ottocentesesantasette casi di contrasto nel quinquennio 1988-1992*, Cedam, Padova, 1993.
- MONETA G., *Conflitti giurisprudenziali in Cassazione. I contrasti della Cassazione civile dal settembre 1993 al dicembre 1994*, Cedam, Padova, 1995.
- MONTELEONE G., *Il nuovo volto della cassazione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 943 ss.
- MONTELEONE G., *Il punto sul nuovo art. 360 bis c.p.c. (sull'inammissibilità del ricorso alla cassazione civile)*, in *Giusto processo civ.*, 2010, p. 967 ss.
- MONTESANO L., *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di «terza via»*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 929 ss.
- NELA P.L., *Per un'interpretazione dell'art. 360 bis, n 1, c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 140 ss.
- PANZAROLA A., *La Cassazione civile, giudice del merito*, Roma, 2004.
- PANZAROLA A., *Tra «filtro» in appello e «doppia conforme»: alcune considerazioni a margine della l. n. 134 del 2012*, in *Giusto processo civ.*, 2013, p. 89 ss.
- POLI R., *Il c.d. filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 363 ss.
- PROTO PISANI A., *Note sulla struttura dell'appello civile e sui suoi riflessi sulla Cassazione*, in *Foro it.*, 1991, I, c. 107 ss.
- PROTO PISANI A., *Note sulla definitività dell'appello civile e sulle conseguenti possibili riforme del ricorso civile per cassazione*, in S. MANNUZZU, R. SESTINI (a cura di), *Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni*, Suppl. al n. 1 di *Democrazia e Diritto*, 1992, p. 317 ss.
- PROTO PISANI A., *Cassazione civile e riforme costituzionali*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 167 ss.
- PROTO PISANI A., *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero*, in *Foro it.*, 2009, c. 221 ss.
- PROTO PISANI A., *Sulla garanzia costituzionale del ricorso per cassazione sistematicamente intesa*, in *Foro it.*, 2009, c. 380 ss.
- PROTO PISANI A., *Principio di eguaglianza e ricorso per cassazione*, in *Foro it.*, 2010, c. 65 ss.

- RAITI G., *Note esegetiche a prima lettura sul "filtro" in Cassazione secondo la legge di riforma al codice di rito civile*, n. 69 del 18 giugno 2009, in G. ALPA (a cura di), *Le modifiche al codice di procedura civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, p. 419 ss.
- REALI G., *Sub art. 360 bis*, in F. CIPRIANI (a cura di), *La riforma del giudizio di cassazione*, Cedam, Padova, 2009.
- RICCI E.F., *Il filtro in Cassazione scivola sui paradossi*, in *Il Sole 24 Ore* del 29 maggio 2009.
- RICCI G.F., *Il Ricorso per cassazione – La riforma del giudizio di cassazione tra funzione nomofilattica e tutela dei diritto di difesa*, in *Prev. forense*, 2009, p. 131 ss.
- RICCI G.F., *La riforma del processo civile*, Torino, 2009.
- RICCI G.F., *La Suprema corte tra funzione nomofilattica e tutela dello jus litigatoris. Il problema alla luce del controllo di motivazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 571 ss.
- RICCI G.F., *Il giudizio civile di cassazione*, Giappichelli, Torino, 2013.
- RORDORF R., *Nuove norme in tema di motivazione delle sentenze e di ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 134 ss.
- SALMÈ G., *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Foro it.*, 2009, c. 437 ss.
- SALVANESCHI L., *L'interesse ad impugnare*, Giuffrè, Milano, 1990.
- SALVANESCHI L., *La riduzione del tempo del processo nella nuova riforma dei primi due libri del codice di rito*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1580 ss.
- SANGIOVANNI V., *La professione forense in germania*, in *Rass. forense*, 2005, p. 1125 ss.
- SANTAGADA F., *Il giudizio d'appello riformato e l'introduzione del filtro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 611 ss.
- SASSANI B., TISCINI R., *Sub art. 360 bis*, in A. SALETTI, B. SASSANI (a cura di) *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Giuffrè, Milano, 2009.
- SASSANI B., TISCINI R., *Sub art. 380 bis*, in A. SALETTI, B. SASSANI (a cura di) *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Giuffrè, Milano, 2009.
- SASSANI B., *La logica del giudice e la sua scomparsa in cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 639 ss.
- SASSANI B., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in cassazione*, in *Corriere giur.*, 2013, p. 849 ss.
- SASSANI B., *A.D. 2009: ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione*, in *www.judicium.it*.
- SCARSELLI G., *Il processo in Cassazione riformato*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 310 ss.
- SCARSELLI G., *Circa il (supposto) potere della Cassazione di enunciare d'ufficio il principio di diritto nell'interesse della legge*, in *Giusto processo civ.*, 2010, p. 1131 ss.
- SILVESTRI E., *L'accesso alle corti di ultima istanza: rilievi comparatistici*, in *Foro it.*, 1987, V, c. 284 ss.
- SILVESTRI E., *Le novità in tema di giudizio di cassazione*, in M. TARUFFO (a cura di), *Il processo civile riformato*, Zanichelli, Bologna, 2010, p. 409 ss.

- SILVESTRI E., Sub art. 360, in F. CARPI, M. TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, Cedam, Padova, 2015.
- SILVESTRI E., Sub art 360 bis, in F. CARPI, M. TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al Codice di procedura civile*, Cedam, Padova, 2015.
- SILVESTRI E., Sub art. 376, in F. CARPI, M. TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, Cedam, Padova, 2015.
- SILVESTRI E., Sub art. 380 bis, in F. CARPI, M. TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, Cedam, Padova, 2015.
- SONELLI S., *L'accesso alla Corte Suprema e l'ambito del suo sindacato*, Giappichelli, Torino, 2001.
- TARUFFO M., *La Corte di Cassazione tra legittimità e merito*, in *Foro it.*, 1988, c. 237 ss.
- TARUFFO M., *La Corte di Cassazione e la legge*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 349 ss.
- TARUFFO M., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Il Mulino, Bologna, 1991.
- TARUFFO M., *Ludovico Mortara e il progetto di riforma del c.p.c. (1923)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 241 ss.
- TARUFFO M., *Il processo civile di «civil law» e di «common law»: aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 345 ss.
- TARUFFO M., *Le Corti supreme europee: accesso, filtri e selezione*, in *Le Corti supreme – atti del convegno svoltosi a Perugia il 5-6 maggio 2000*, Milano, 2001, p. 96 ss.
- TARUFFO M., *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 11 ss.
- TARUFFO M., *I sistemi giudiziari nelle tradizioni giuridiche di civil law e di common law*, in *Administración de justicia en Iberoamérica y sistemas judiciales comparados*, 2006, p. 445 ss.
- TARUFFO M., *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 755 ss.
- TARUFFO M., *L'incerta trasformazione della Corte di cassazione italiana*, in C. BESSO, S. CHIARLONI (a cura di), *Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, p. 123 ss.
- TARZIA G., *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 1 ss.
- TARZIA G., DANOVÌ F., *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Giuffrè, Milano, 2014.
- TEDOLDI A., *La delega sul procedimento in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 925 ss.
- TEDOLDI A., *La nuova disciplina del procedimento di cassazione: esegesi e spunti*, in *Giur. it.*, 2006, p. 2002 ss.
- TERRUSI F., *Il filtro di accesso al giudizio di cassazione: la non soddisfacente risposta delle sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2011, p. 886 ss.
- TISCINI R., *Il ricorso straordinario in Cassazione*, Giappichelli, Torino, 2005.
- TISCINI R., *Gli effetti della riforma del giudizio di cassazione sul ricorso straordinario ex art. 111, comma 7, Cost.*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1597 ss.

- TISCINI R., *La relazione nel procedimento camerale in Cassazione e i manifestamente infondati sospetti di incostituzionalità per violazione delle garanzie di terzietà e imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1130 ss.
- TISCINI R., *Il giudizio di cassazione*, in F.P. LUISO, R. VACCARELLA (a cura di), *Le impugnazioni civili*, Giappichelli, Torino, 2013.
- TRISORIO LIUZZI G., *Il ricorso in cassazione. Le novità introdotte dal d.l. 83/2012*, in *www.judicium.it*.
- TROCKER N., *Il valore costituzionale del «giusto processo»*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 381 ss.
- TROCKER N., *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'«azione» nell'elaborazione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 439 ss.
- VERDE G., *In difesa dello jus litigatoris (sulla Cassazione come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1 ss.
- VITTORIA P., *Il procedimento in camera di consiglio in Cassazione*, in *Giusto processo civ.*, 2008, p. 999 ss.
- VITTORIA P., *Sub art. 375 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO-B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, III, Padova, 2009.
- ZACCARIA G., *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova, 1996.
- ZANUTTIGH L., *Percorso a ostacoli con norme senza raccordo*, in *Guida dir.*, 2009, p. 27 ss.

Altri ordinamenti

- AMRANI MEKKI S., CADIET L. (a cura di), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, Paris, 2005.
- BORE J., *La Cassation en matière civile*, Dalloz, Paris, 2010.
- CANIVET G., *La procédure d'admission des pourvois en cassation*, in *Recueil Dalloz*, 2002, p. 2195 ss.
- CHAUVIN P., *La saisine pour avis*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 1023 ss.
- COTTIN M., *La Cour de cassation se dote d'une procédure d'admission des pourvois en cassation*, in *Recueil Dalloz*, 2002, p. 748 ss.
- DE LA OLIVA SANTOS A., *L'esperienza spagnola della Cassazione civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 107 ss.
- DE LA OLIVA SANTOS A., *Un nuovo modello di Cassazione civile per il Tribunale Supremo Spagnolo*, in C. BESSO, S. CHIARLONI (a cura di), *Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 71 ss.

DE LA PLAZA M., *La Casación civil*, Madrid, 1944.

FERRAND F., *Cassation française et révision allemande. Essai sur le contrôle exercé en matière civile par la Cour de cassation française et par la Cour fédérale de justice de la République fédérale d'Allemagne*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1994, p. 964 ss.

GARREAU D., *Du bon usage de la procédure de non admission des pouvoirs*, in *Recueil Dalloz*, 2012, p. 1137 ss.

GILLES P., *Rechtsmittel im Zivilprozess: Berufung, Revision und Beschwerde im Vergleich mit der Wiederaufnahme des Verfahrens, dem Einspruch der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*, Frankfurt, 1972.

GIORDANO R., *La «saisine pour avis» alla corte di cassazione francese*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 109 ss.

GOTTWALD P., *The German Federal Court of Justice: a Supreme Court between general principles and individual justice*, in C. BESSO, S. CHIARLONI (a cura di), *Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto*, Torino, 2012, p. 89 ss.

JOBARD-BACHELLIER M.N, BACHELLIER X., *La technique de cassation. Pourvois et arrêts en matière civile. Méthodes du droit*, Paris, 1998.

KRAMER A., *Verfassungsrechtliche Aspekte des neue Revisionrechts*, in *NJW*, 1981, p. 799 ss.

LINNENBAUM B., *Probleme der Revisionszulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache (§ 546 Abs. 1 Satz 2 ZPO)*, Bochum, 1986.

MARTY G., *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur le juges du fait*, Paris, 1929, p. 348 ss.

MONTERO AROCA J., FLORS MATIES J., *El recurso de casación civil: casación e infracción procesal*, Valencia, 2009.

PENDRIAU A., *La pratique des arrêts civils de la Cour de cassation. Principes et méthodes de rédaction*, Paris, 1993.

PENDRIAU A., *Contrôle normatif du fond du droit*, in *Juris-Classeur. Procédure civile*, Paris, 2000, p. 792/2 ss.

PRUTTING H., *Die Zulassung der Revision*, Berlin, 1977.

PRUTTING H., *Die Grundlagen des Zivilprozess in Wandel der Gesetzgebung*, in *NJW*, 1980, p. 365 ss.

SILVESTRI E., *Recenti riforme della Cassazione francese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 569 ss.

THERY P., *La riforma della Corte di Cassazione francese (studio della l. 3 gennaio 1979)*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 647 ss.

- TROCKER N., *Processo civile e Costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 459 ss.
- TUNC A., *Cours de procédure civile*, Paris, 1962.
- VIGNEAU V., *Le régime de la non-admission des pourvois devant la Cour de cassation*, in *Recueil Dalloz*, 2010, p. 102 ss.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2015
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

Collana della Scuola di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

Per i tipi Giuffrè

1. Luigi Fumagalli, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, 2000.
2. Paolo Bonetti, *Ordinamento della difesa nazionale e costituzione italiana*, 2000.
3. Marco Antonioli, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, 2000.
4. Bruno Bosco, *Pianificazione e mercato nell'economia cubana contemporanea. Analisi delle innovazioni in un sistema socialista*, 2000.
5. Aldo Chiancone, *Scritti di economia, istituzioni e finanza pubblica*, 2000.
6. Chiara Valsecchi, *Oldrado da Ponte e i suoi consilia. Un'auctoritas del primo Trecento*, 2000.
7. Nicola Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, 2001.
8. Giulio Enea Vigevani, *Stato democratico ed eleggibilità*, 2001.
9. Marco Antonioli, *Mercato e regolazione*, 2001.
10. *The protection of the environment in a context of regional economic integration. The case of the European Community, the Mercosur and the Nafta*, edited by Tullio Scovazzi, 2001.
11. Claudio Martinelli, *L'insindacabilità parlamentare. Teoria e prassi di una prerogativa costituzionale*, 2002.
12. Barbara Biscotti, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'Editto giuliano*, 2002.
13. *The protection of the underwater cultural heritage. Legal aspects*, edited by Guido Camarda and Tullio Scovazzi, 2002.
14. Chiara Buzzacchi, *L'abuso del processo nel diritto romano*, 2002.
15. Margherita Ramajoli, *La connessione nel processo amministrativo*, 2002.
16. Nicola Rondinone, *Storia inedita della codificazione civile*, 2003.
17. Ettore Scimemi, *La vendita del voto. Nelle società per azioni*, 2003.
18. *La protezione del patrimonio culturale sottomarino nel Mare Mediterraneo*, a cura di Tullio Scovazzi, 2004.
19. Roberta Garabello, *La convenzione Unesco sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo*, 2004.
20. Ubaldo G. Nannini, *Valori fondamentali e conflitto di doveri*, 2004.
21. Gabriella Citroni, *L'orrore rivelato. L'esperienza della Commissione della Verità e Riconciliazione in Perù: 1980-2000*, 2004.
22. *Dal Tribunale per la ex-Iugoslavia alla Corte penale internazionale*, a cura di Gianmaria Calveti e Tullio Scovazzi, 2004.

23. Nicola Bassi, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, 2004.
24. Matteo Gatti, *OPA e struttura del mercato del controllo societario*, 2004.
25. *La sicurezza negli aeroporti. Problematiche giuridiche ed interdisciplinari*. Atti del Convegno – Milano, 22 aprile 2004, a cura di Guido Camarda, Marco Cottone, Monica Migliarotti, 2005.
26. Irini Papanicolopulu, *Il confine marino: unità o pluralità?*, 2005.
27. *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*. Atti del Convegno in onore di David Garland – Università di Milano-Bicocca, 1° marzo 2004, a cura di Adolfo Ceretti, 2005.
28. Barbara Moretti, *La violenza sessuale tra conoscenti. Analisi giuridica e criminologica di un fenomeno poco indagato*, 2005.
29. *Quale diritto nei conflitti armati?* Relazioni e documenti del ciclo di conferenze tenute nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-maggio 2005), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2006.
30. Giovanni Iorio, *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, 2006.
31. Natascia Marchei, *"Sentimento religioso" e bene giuridico. Tra giurisprudenza costituzionale e novella legislativa*, 2006.
32. *Il dominio di Venezia sul mare Adriatico nelle opere di Paolo Sarpi e Giulio Pace*, a cura di Guido Acquaviva e Tullio Scovazzi, 2007.
33. *Laicità e stato di diritto*. Atti del IV Convegno di Facoltà – Università di Milano-Bicocca, 9-10 febbraio 2006, a cura di Adolfo Ceretti e Loredana Garlati, 2007.
34. Carmela Leone, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, 2007.
35. *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale*. Atti delle sessioni di studio tenutesi a Milano il 21 novembre 2005, il 10 marzo e il 24 marzo 2006, a cura di Carlo Ruga Riva, 2007.
36. *Conflitti armati e situazioni di emergenza: la risposta del diritto internazionale*. Relazioni al ciclo di conferenze tenuto nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-aprile 2006), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2007.
37. *Il tribunale per la ex-Iugoslavia: l'attività svolta e il suo prossimo scioglimento*, a cura di Gianmaria Calveti e Tullio Scovazzi, 2007.
38. Giovanni Iorio, *Le clausole attributive dello ius variandi*, 2008.
39. Claudio Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato. Recenti sviluppi e nuove prospettive*, 2008.
40. Loredana Garlati, *Il volto umano della giustizia. Omicidio e uccisione nella giurisprudenza del tribunale di Brescia (1831-1851)*, 2008.
41. *Immunità costituzionali e crimini internazionali*. Atti del Convegno – Milano, 8 e 9 febbraio 2007, a cura di Aldo Bardusco, Marta Cartabia, Micaela Frulli e Giulio Enea Vigevani, 2008.
42. Marco Antonioli, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, 2008.

43. Mariangela Ferrari, *La compensatio lucri cum damno come utile strumento di equa riparazione del danno*, 2008.
44. Nicola Bassi, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, 2008.
45. Delfina Boni, *Accordi OMC norme comunitarie e tutela giurisdizionale*, 2008.
46. Roberto Cornelli, *Paura e ordine nella modernità*, 2008.
47. Edoardo Dieni, *Diritto & religione vs. «nuovi» paradigmi. Sondaggi per una teoria postclassica del diritto ecclesiastico civile*, a cura di Alessandro Albisetti, Giuseppe Casuscelli, Natascia Marchei, 2008.
48. Maria Cristina Vanz, *La circolazione della prova nei processi civili*, 2008.
49. *Atti del V incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche*, a cura di Irini Papanicolopulu, 2008.
50. *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, sous la direction de Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2008.
51. *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, 2009.
52. Elena Marinucci, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, 2009.
53. Sabrina Urbinati, *Les mécanismes de contrôle et de suivi des conventions internationales de protection de l'environnement*, 2009.
54. Alessandro Albisetti, *Tra diritto ecclesiastico e canonico*, 2009.
55. *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, a cura di Loredana Garlati e Tiziana Vettor, 2009.
56. *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, a cura di Giovanni Chiodi, 2009.
57. Tomaso Greco, *Le violenze psicologiche nel mondo del lavoro. Un'analisi sociologico-giuridica del fenomeno mobbing*, 2009.
58. *Le ragioni dell'uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008*, a cura di Marta Cartabia e Tiziana Vettor, 2009.
59. *I diritti umani di fronte al giudice internazionale. Atti della giornata di studio in memoria di Carlo Russo*, a cura di Tullio Scovazzi, Irini Papanicolopulu e Sabrina Urbinati, 2009.
60. Giovanni Iorio, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, 2010.
61. Lorena Forni, *La laicità nel pensiero dei giuristi italiani: tra tradizione e innovazione*, 2010.
62. *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processual-penalistica italiana*, a cura di Loredana Garlati, 2010.
63. Guido Camarda, Salvatore Corrieri, Tullio Scovazzi, *La formazione del diritto marittimo nella prospettiva storica*, 2010.
64. Matteo Fornari, *Il regime giuridico degli stretti utilizzati per la navigazione internazionale*, 2010.
65. Oliviero Mazza, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, 2011.

66. *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, 2 Tomi. Atti del Convegno internazionale – Università degli Studi di Milano-Bicocca, 16-18 giugno 2010, a cura di Paolo Bonetti, Alessandro Simoni e Tommaso Vitale, 2011.
67. Aldo Cenderelli, *Scritti romanistici*, a cura di Chiara Buzzacchi, 2011.
68. *Questions de droit international autour de l'Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur le Kosovo*. International Law Issues Arising from the International Court of Justice Advisory Opinion on Kosovo, sous la direction de/edited by Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2011.
69. Andrea Massironi, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)*, 2012.
70. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente. Il caso dell'India*, a cura di Mariarosita Cutillo, Rebecca Faugno e Tullio Scovazzi, 2012.
71. *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, a cura di Tullio Scovazzi, Benedetta Ubertaini e Lauro Zagato, 2012.
72. Alfredo Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, 2012.
73. *Diritto internazionale e bombardamenti aerei*, a cura di Massimo Annati e Tullio Scovazzi, 2012.
74. *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di Barbara Biscotti, Patrizia Borsellino, Valerio Pocar e Domenico Pulitanò, 2012.
75. Carmela Leone, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, 2012.
76. Valentina Piccinini, *I debiti di valore*, 2012.
77. Carlo Ruga Riva, *Diritto penale, regioni e territorio. Tecniche, funzione e limiti*, 2012.
78. Paolo Rondini, Ex sententia animi tui. *La prova legale negativa nell'età della codificazione*, 2012.
79. Giovanni Iorio, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, 2012.
80. Mariagrazia Rizzi, Imperator cognoscens decrevit. *Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, 2012.
81. Giandomenico Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, 2012.
82. Friedrich Carl von Savigny. *Le questioni di principio concernenti un nuovo regolamento del processo penale*, edizione e traduzione italiana a cura di Paolo Rondini, 2012.
83. *Processo e informazione*, a cura di Loredana Garlati e Giulio Enea Vigevani, 2012.
84. Diletta Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, 2012.
85. Alessandra Donati, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, 2012.
86. Diana Cerini, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, 2012.
87. Federico Furlan, *Presidente della Repubblica e politiche di sicurezza internazionale tra diarchia e garanzia*, edizione emendata, 2013.
88. Alessandra Daccò, «*Diritti particolari*» e recesso dalla s.r.l., 2013.

89. *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di Giovanni Chiodi e Domenico Pulitanò, 2013.
90. Alessandro Squazzoni, *Declinatoria di giurisdizione ed effetto conservativo del termine*, 2013.
91. Guido Acquaviva, *La repressione dei crimini di guerra nel diritto internazionale e nel diritto italiano*, 2014.
92. Michele Saporiti, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, 2014.
93. Ilario Alvino, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, 2014.
94. *Il lavoro nei trasporti. Profili giuridici*, a cura di Marco Cottone, 2014.
95. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente: il caso del Perù*, a cura di Mariarosa Cutillo, Fabián Novak e Tullio Scovazzi, 2014.
96. *La restituzione dei beni culturali rimossi con particolare riguardo alla pratica italiana*, a cura di Tullio Scovazzi, 2014.

Per i tipi Giappichelli

- 96.^{bs} *L'eredità di Uberto Scarpelli*, a cura di Patrizia Borsellino, Silvia Salardi, Michele Saporiti, 2014.
97. Silvia Salardi, *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Profili teorico-giuridici. Dall'immigrazione agli sviluppi della tecno-scienza: uno sguardo al diritto e al suo ruolo nella società moderna*, 2015.
98. Simone Varva, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, 2015.
99. Lorenzo Natali, *Green criminology. Prospettive emergenti sui crimini ambientali*, 2015.
100. *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di Filippo Danovi, 2015.
101. *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Elisabetta Lamarque, 2015.
102. Nicola Ferri, *Conflicts over the conservation of marine living resources: third states, governance, fragmentation and other recurring issues in international law*, 2015.
103. Elena Depetris, *La responsabilità civile delle agenzie di rating del credito nella disciplina italiana ed europea*, 2015.
104. Barbara Biscotti-Elisabetta Lamarque (a cura di), *Cibo e acqua. Sfide per il diritto contemporaneo. Verso e oltre Expo 2015*, 2015.
105. Giovanni Chiodi-Loredana Garlati (a cura di), *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, 2015.
106. Federico Ferraris, «Rationing Justice». *La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme di Stati Uniti e Italia*, 2015.