

Il ruolo della cassazione: tradizione e mutamenti *

Ernesto Lupo

1. Il ruolo tradizionale della Cassazione italiana

Per chiunque voglia intraprendere un discorso sul ruolo della Corte di cassazione nel nostro ordinamento istituzionale e processuale, un riferimento obbligato è rappresentato dall'opera di Piero Calamandrei, ed in particolare dai suoi studi sulla Cassazione civile, nei quali il predetto ruolo appare già compiutamente delineato, nei tratti essenziali con cui ci è stato consegnato dalla nostra tradizione giuridica.

Nonostante l'importanza unanimemente riconosciuta nel quadro della dottrina processualcivilistica italiana, l'opera può a buon diritto essere considerata un lavoro giovanile del grande studioso ed uomo politico fiorentino, che all'epoca della sua pubblicazione aveva poco più di trent'anni, essendo nato nel 1889. La maturità di pensiero che vi si esprime appare ancor più sorprendente se si considera che, come l'Autore annotava con disappunto nella prefazione, il primo volume, intitolato *Storia e legislazione* e composto da ben 772 pagine, era già quasi interamente scritto fin dal mese di maggio del 1915, anche se per la sua pubblicazione si dovette attendere la fine della Grande Guerra. Esso fu quindi dato alle stampe nel 1920, come il secondo volume, dedicato al *Disegno generale dell'istituto* ed al quale avrebbe dovuto far seguito un altro volume, che però non vide mai la luce, in cui avrebbe dovuto trovar posto l'esame della disciplina codicistica della Corte di cassazione e del ricorso per cassazione (¹).

Negli studi sulla Cassazione civile già si ritrova la definizione della Corte di cassazione come «*organo unificatore dell'interpretazione giurisprudenziale del diritto*», che fu più tardi ripresa dallo stesso Calamandrei nella voce «*Cassazione civile*» redatta per il Nuovo Digesto Italiano (II, Torino 1937), e che esprime nel modo più sintetico, ma non per questo meno efficace, il ruolo tradizionale della Corte Suprema. Tale concezione ha poi trovato accoglimento nell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario approvato con regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, il quale, nella parte iniziale del primo comma, stabilisce che «*la Corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo...*». E se è vero che, nel proporre la citata definizione, Ca-

* Testo della *lectio magistralis* tenuta da Ernesto Lupo il 29 ottobre 2011 nel ricevere il VII Premio "Renato dell'Andro", conferitogli dalla Fondazione "Nuove Proposte Culturali" di Martina Franca.

¹ Per una distanza temporale nella pubblicazione dei due volumi v. F. CIPRIANI, *Il progetto del Guardasigilli Mortara e i due volumi di Calamandrei*, in *Giusto processo civile*, 2008, 35.

lamandrei aveva in mente soprattutto la Cassazione civile, che costituiva l'oggetto specifico del suo studio, è anche vero, però, che la concezione del ruolo della Corte che in essa trovava espressione non era meno valida per la Cassazione penale, anche perché la tesi era stata formulata alla luce dell'art. 122 dell'ordinamento giudiziario approvato con regio decreto 6 novembre 1865, n. 2626, il quale prevedeva che «*la Corte di cassazione è istituita per mantenere l'esatta osservanza delle leggi da parte degli organi giurisdizionali*», senza distinguere tra materia civile e penale. L'unitarietà della riflessione dottrinale che sta alla base di tali disposizioni emerge d'altronde con evidenza dalla lettura delle voci «*Cassazione civile*» e «*Cassazione penale*», redatte rispettivamente da Calamandrei e da Ugo Aloisi e pubblicate l'una a fianco dell'altra nel Nuovo Digesto Italiano, che furono poi riportate anche nel Novissimo Digesto Italiano (1958), con l'aggiornamento curato rispettivamente da Carlo Furno e da Nicola Fini.

Il mantenimento della esatta osservanza delle leggi (e cioè la funzione di controllo a difesa del diritto obiettivo) è un diverso aspetto della unificazione della interpretazione giurisprudenziale: il primo aspetto ha un contenuto negativo, di cassazione dell'atto del giudice che non abbia osservato la legge; il secondo aspetto indica una funzione positiva, che è quella di assicurare allo Stato l'uniformità della giurisprudenza, e quindi l'unità e l'uguaglianza del diritto obiettivo ⁽²⁾.

2. Unicità della Corte di cassazione

Coesistente al ruolo assegnato alla Corte di cassazione, nella concezione di Calamandrei, è l'idea che debba esistere un'unica Corte, avente competenza per l'intero territorio dello Stato, in quanto organo al quale è demandato l'esercizio della funzione di «*nomofilachia*»: termine, quest'ultimo, la cui diffusione dev'essere fatta risalire proprio all'opera dello studioso fiorentino, e che deriva dal greco νομοφύλαξ (composto da νόμος, legge, e φύλαξ, custode), vocabolo con cui nell'antica Grecia si designava il magistrato al quale, in alcune città, era affidato il compito di custodire in un archivio il testo ufficiale delle leggi, e quindi di assicurare la stabilità della legislazione ⁽³⁾.

Com'è noto, nel settore civile l'auspicio di Calamandrei si realizzò soltanto per effetto del regio decreto 24 marzo 1923, n. 601, il quale portò a compimento il processo di unificazione già avviato, in materia penale, nel periodo

² Per l'unificazione dei due scopi v. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, vol. II, cap. IV.

³ *Vocabolario della lingua italiana* dell'Istituto della Enciclopedia Italiana, vol. III, 1989, 429.

immediatamente successivo alla realizzazione dell'Unità d'Italia. Con la legge 6 dicembre 1888, n. 5825, era stata infatti istituita un'unica Corte di cassazione penale, avente sede in Roma e competenza per l'intero territorio nazionale, mentre nel settore civile erano state mantenute in vita le c.d. Corti di cassazione regionali, quattro delle quali, ereditate dagli Stati preunitari, avevano sede rispettivamente a Torino, Firenze, Napoli e Palermo, mentre la quinta, istituita con legge 12 dicembre 1875, n. 2837, aveva sede a Roma ed era stata creata in via provvisoria, con lo scopo dichiarato di dare sussidio alle Corti preesistenti, ma con il malcelato proposito di farne in seguito l'unica Corte Suprema in materia civile; sintomatica di tale intento appare la scelta di attribuire alla Corte di Roma il potere di risolvere i conflitti di giurisdizione tra le diverse Corti regionali e tra i tribunali ordinari e quelli speciali, nonché quella, compiuta con la successiva legge 31 marzo 1877, n. 3761, di riservarle in via esclusiva la competenza in ordine ai conflitti di attribuzione tra autorità giudiziaria ed amministrativa.

Le difficoltà incontrate dal processo di unificazione della giurisdizione di legittimità non possono essere spiegate esclusivamente con il perdurare di spinte autonomistiche contrarie all'accentramento in un unico organo del potere di uniformare gli indirizzi giurisprudenziali territoriali, dei quali venivano evidenziati gli stretti legami con i modelli culturali delle aree di provenienza. Un ruolo decisivo, in tale ritardo, hanno giocato le perplessità manifestatesi in ordine all'individuazione della stessa funzione da attribuire all'unica Corte di cassazione, essendo emersa, a fronte della proposta di attribuire ad un unico organo giurisdizionale la definitiva ed inappellabile interpretazione della norma nella soluzione di una controversia, la preoccupazione di evitare l'effetto prevaricante di un "*autoritarismo unitario*", rispetto al quale il pluralismo giuridico assicurato dall'esistenza di più Corti territoriali sembrava fornire maggiori garanzie di democraticità⁽¹⁾.

È infatti opportuno precisare che, nel contesto storico-politico in cui è maturata, la realizzazione della Corte Suprema Unica rispondeva a finalità in parte diverse da quelle che stanno attualmente a base dell'esigenza di un coerente esercizio della funzione di nomofilachia. Se il conferimento del potere di risolvere i conflitti di giurisdizione tra giudici ordinari e speciali ed i conflitti tra autorità giudiziaria ed amministrativa attribuiva alla Corte la funzione, di rilievo costituzionale, di garantire l'equilibrio e la separazione tra due dei tre pote-

¹ MENCARELLI, *Le Corti di cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata* (1865-1923), Milano, 2005.

ri tipici dello Stato liberale, l'assegnazione del compito di assicurare l'esatta ed uniforme interpretazione della legge rappresentava, conformemente al modello francese, l'espressione più evidente della sostanziale subordinazione del potere giudiziario a quello legislativo, ulteriormente accentuata dalla natura quasi esclusivamente governativa delle nomine dei magistrati, in particolare di quelli che ricoprivano posizioni direttive o apicali. Sia nell'ordinamento liberale dello Stato post-unitario che in quello fascista che si sostituì ad esso, la Corte avrebbe infatti dovuto svolgere un ruolo di sostegno e conferma della lettera della legge, considerata nello Stato liberale come espressione della sovranità parlamentare, e nell'ordinamento fascista come attuazione del disegno politico governativo.

A dispetto di tali premesse, il prevalere della soluzione ordinamentale "*monista*" non ha impedito all'indirizzo favorevole al pluralismo giuridico di spiegare effetti positivi sotto il profilo degli orientamenti giurisprudenziali, avendo esso favorito, attraverso la rivendicazione della centralità dell'attività interpretativa, la progressiva formazione di un diritto giurisprudenziale caratterizzato da una propria continuità ed autonomia rispetto all'ordine legislativo e alla sua diretta riferibilità agli indirizzi politici governativi. Una forte spinta in tale direzione fu impressa dall'opera di Lodovico Mortara, Primo presidente della Corte di cassazione di Roma nel 1915 e Ministro della Giustizia nel 1919-1920, che a lungo si era battuto per l'unificazione delle Corti ⁽⁶⁾. L'interpretazione delle norme attraverso la decisione giurisdizionale, secondo quest'Autore, crea un ponte tra la mera lettera della legge e la vita sociale, dal momento che le norme, una volta emanate, acquistano una loro autonomia ed oggettività che l'attività ermeneutica del giudice contribuisce a sedimentare. In questo quadro, la Cassazione doveva svolgere un ruolo di moderazione, nel senso che la libertà interpretativa doveva accompagnare l'applicazione della legge, rinnovandone la vitalità in funzione di garanzia dell'equilibrio tra il potere legislativo e giudiziario. La Corte veniva pertanto ad assumere una funzione costituzionale di controllo sia sul versante della creatività giurisprudenziale delle magistrature inferiori, attraverso l'uniformità interpretativa, sia sul versante del rapporto con il potere legislativo, «*segnando il confine al di là del quale l'onnipotenza legislativa non può estendersi*».

3. Il dibattito sulla Cassazione nella Assemblea costituente

⁶ Cfr. *Della necessità urgente di restaurare la Corte di cassazione: lettera a Carlo Fadda*, in *Studi giuridici per le onoranze al prof. Carlo Fadda*, Napoli, I, 195.

Il dibattito sul ruolo della Corte di cassazione, risolto in senso autoritario dal regime fascista, si ripropose puntualmente all'indomani della sua caduta, sotto il duplice profilo della scelta tra l'unicità e la pluralità dell'organo e dell'individuazione dei compiti da assegnare allo stesso. E se è vero che nell'ambito dell'Assemblea Costituente riaffiorarono i timori di chi, come Togliatti, paventava un eccessivo conformismo governativo della Cassazione unica, evidenziando il più elevato tasso di democraticità ed i più ampi margini di evoluzione giurisprudenziale connessi alla scelta pluralista, è anche vero, però, che decisa fu l'opzione dell'Assemblea a favore di un ruolo della Corte che rispecchia, nei suoi tratti essenziali, il modello consegnatoci dalla nostra tradizione giuridica.

Significative, in proposito, appaiono le parole di Calamandrei, il quale fu assoluto protagonista della discussione, fornendo la spiegazione più esauriente della natura profondamente democratica e pluralista di una soluzione, come quella prescelta, formalmente “*monista*”: «*La Corte di cassazione [...] non è istituita per raggiungere soltanto quello scopo, in senso stretto giurisdizionale, per il conseguimento del quale sono istituiti tutti gli altri giudici [...] e che consiste nell'attuazione del diritto in concreto, mediante l'accertamento delle singole volontà di legge che scaturiscono, per regolare i rapporti individuali, dal coincidere di una fattispecie reale con una fattispecie legale. Anche la Corte coopera a questa funzione giurisdizionale in senso stretto, consistente nel rendere giustizia ai singoli ma questa sua cooperazione è per essa mezzo, non fine; perché il fine ultimo che essa, come suo ufficio esclusivo, persegue è più vasto ed eccedente i limiti della singola controversia decisa [...]. Il suo scopo ultimo è, dunque, uno scopo di più ampia portata, che non quello strettamente giurisdizionale dei giudici di merito: è uno scopo di carattere costituzionale di coordinazione tra funzione legislativa e funzione giudiziaria che attiene più che alla fase di applicazione del diritto al caso concreto alla fase di formazione e formulazione del diritto [...]. In quanto si ritenga che la giurisprudenza abbia un'efficacia creatrice o trasformatrice del diritto, la Corte è al centro di questa perpetua emanazione giurisprudenziale di questa dinamica che instancabilmente ringiovanisce ed adegua la legge alle sempre nuove esigenze della vita e dei rapporti economico-sociali*»⁽⁶⁾.

Queste precisazioni non solo smentiscono l'opinione di quella parte della dottrina secondo cui la garanzia assicurata dall'art. 111 Cost. sarebbe limitata alla proponibilità del ricorso per cassazione, e non si estenderebbe quindi all'uni-

⁶ Cfr. CALAMANDREI, FURNO, voce *Cassazione civile*, in *Noviss. Dig. Ital.*, II, Torino 1958, 1055 ss.

cità della Corte, ma rendono anche chiaro il senso della funzione di nomofilachia a quest'ultima assegnata quale giudice di legittimità.

Nessun elemento, in contrario, può essere desunto dalla circostanza che nell'ambito dell'Assemblea Costituente non fu approvata la formulazione della norma proposta da Calamandrei, nella quale le parole «è sempre ammesso il ricorso alla Corte di cassazione» erano seguite dalla precisazione «istituita per mantenere l'unità del diritto nazionale attraverso l'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale». Il relativo emendamento, proposto nell'ambito della Commissione dei settantacinque, alla quale era stata demandata la stesura del testo della Carta da sottoporre all'Assemblea, fu infatti ritirato dallo stesso Calamandrei, per motivi che non è dato conoscere, a causa dell'assenza di resoconti stenografici dei lavori della Commissione. Esso fu poi ripresentato in Assemblea, ma anche questa volta non fu posto in votazione, perché decadde a seguito dell'approvazione dell'emendamento Targetti, secondo cui: “La legge sull'ordinamento giudiziario regolerà l'istituto della Corte di cassazione”⁷. Questa disposizione normativa fu, poi, ritenuta inutile e soppressa nel lavoro di coordinamento finale del testo della Costituzione.

La costituzionalizzazione della funzione assegnata alla Corte di cassazione si desume, però, dalla approvazione da parte dell'Assemblea di un emendamento che prevedeva l'introduzione, dopo le parole «è sempre ammesso il ricorso in Cassazione», della precisazione «per violazione di legge», non contemplata dal testo licenziato dalla Commissione dei settantacinque, con la quale veniva ribadito il ruolo della Corte quale giudice di legittimità.

E' pur vero che, nella parte in cui ammette il ricorso per cassazione contro i provvedimenti sulla libertà personale, l'art. 111 Cost. riflette una concezione della Suprema Corte in parte diversa da quella propugnata da Calamandrei, e precisamente quella emergente dall'art. 17 del progetto Leone, il quale, prevedendo che in ogni causa dovessero essere osservati tre gradi di giudizio, rispecchiava la visione di Giovanni Leone, tendente a configurare il giudizio di cassazione come un terzo grado di giudizio, non dissimile nella sostanza da quelli di merito. Ha osservato al riguardo Vittorio Denti che, «unificando nella medesima proposizione normativa il ricorso contro le sentenze e quello contro i provvedimenti sulla libertà personale, il costituente ha oscurato la sostanziale differenza tra i due tipi di garanzia, avendo inteso con la seconda attribuire alla Cassazione il ruolo, estraneo alla nostra tradizione, di tutela

⁷ V. il resoconto stenografico della seduta pomeridiana del 27 novembre 1947, 4188-4189.

dell'habeas corpus»⁸). La complessità del testo approvato, nel quale confluiscono concezioni indubbiamente non omogenee, non consente tuttavia di dubitare dell'unitarietà del ruolo assegnato alla Corte di cassazione, la cui funzione di nomofilachia trova espressione a fronte dell'impugnazione di provvedimenti in materia di libertà personale non meno che in presenza dell'impugnazione di una sentenza, come conferma la circostanza che anche nel primo caso il ricorso è ammesso limitatamente all'ipotesi di violazione di legge⁹).

4. Il primo mutamento di ruolo conseguente alla entrata in funzione della Corte costituzionale (1956).

Il recepimento, da parte della Costituzione repubblicana, del modello di Cassazione delineato dalle preesistenti disposizioni dell'ordinamento giudiziario, pur non traducendosi nella costituzionalizzazione di tali disposizioni (alle quali, come ha riconosciuto anche la Corte costituzionale fin dalla sentenza n. 184 del 1984, non può riconoscersi neppure una posizione differenziata da quella di ogni altra norma posta da fonti di pari grado), conferisce alla funzione di nomofilachia un fondamento costituzionale che impedisce di attribuire alla Corte una posizione di mero vertice del sistema delle impugnazioni, assegnandole invece il compito di garantire, attraverso la tendenziale certezza del contenuto delle disposizioni normative e la conseguente prevedibilità delle decisioni giudiziarie, la parità di trattamento tra i soggetti che invocano la tutela giurisdizionale, conformemente ai principi di cui agli artt. 3 e 24 Cost.. Secondo Corte cost. n. 86 del 1982 *“le leggi ordinarie non possono disporre delle funzioni costituzionalmente riservate alla Corte di cassazione”*.

La doverosità di tale funzione può tuttavia determinare, ed in concreto ha determinato, interferenze con l'autonomia interpretativa di altri organi (interni, internazionali o sovranazionali), che sono alla base dei mutamenti successivamente verificatisi nello stesso ruolo della Corte di cassazione.

La prima di tali mutazioni, in ordine di tempo, si è verificata in conseguenza dell'entrata in funzione della Corte costituzionale, avvenuta com'è noto nel 1956, e può essere considerata come un effetto naturale del rapporto dialettico tra i due organi, connesso alla possibilità che l'interpretazione uniforme dettata dalla Corte di cassazione non sia condivisa dal Giudice delle leggi in sede di sindacato di costituzionalità. Pur affermando programmaticamente di

⁸ *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Zanichelli, sub art. 111, 1987, 31.

⁹ V. *amplius*, LUPO E., *La Corte di cassazione nella Costituzione*, in *Cass. Pen.*, 2008, 4444.

voler rispettare i preesistenti orientamenti giurisprudenziali, la Corte costituzionale fin dalle prime sentenze ⁽¹⁰⁾ rivendicò apertamente la propria autonomia interpretativa, in tal modo alimentando una potenziale rivalità con la Corte di legittimità, che si manifestò da principio attraverso un atteggiamento di sostanziale indifferenza di quest'ultima verso la possibilità, riconosciuta dalla Costituzione, di adire in via incidentale il Giudice delle leggi. Spettò quindi ai giudici di merito il compito di scoprire e valorizzare il nuovo istituto, attraverso la proposizione delle prime questioni di legittimità costituzionale, fino a che, in tema di interpretazione dell'art. 392 c.p.p. previgente, si arrivò ad un aperto conflitto tra i due organi, passato alla storia come la «*guerra tra le Corti*».

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione ritenevano infatti che, nonostante le modificazioni introdotte dalla legge 18 giugno 1955, n. 517, che aveva esteso all'istruzione sommaria le garanzie difensive previste per l'istruzione formale, la predetta disposizione potesse continuare ad essere interpretata come in precedenza. La Corte costituzionale, invece, con una pronuncia interpretativa di rigetto ritenne che solo un'interpretazione adeguatrice, inclusiva delle garanzie difensive, potesse risultare compatibile con la Costituzione, affermando espressamente che «*stabilire quale sia il contenuto della norma impugnata è inderogabile presupposto del giudizio di legittimità costituzionale*», il quale «*appartiene al giudizio della Corte non meno della comparazione, che ne consegue, fra la norma interpretata e la norma costituzionale, l'uno e l'altro essendo parti inscindibili del giudizio che è propriamente suo*» ⁽¹¹⁾. Poiché i giudici non si attennero alle indicazioni interpretative del Giudice delle leggi, si rese necessaria una successiva pronuncia di accoglimento ⁽¹²⁾, che non pose però fine allo scontro tra le due Corti, il quale proseguì con riferimento all'efficacia temporale delle pronunce costituzionali caducatorie di norme processuali. Le Sezioni Unite penali, investite del problema degli effetti della pronuncia della Corte sui giudizi in corso, ne esclusero infatti l'applicabilità sulla base del principio processuale *tempus regit actum* ⁽¹³⁾, ma questa conclusione venne superata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 12 del 1966, con la quale si ribadì che gli effetti delle pronunce di accoglimento della Corte sono di annullamento ed hanno una coesistente natura retroattiva, salvo il noto limite dei rapporti esauriti e del giudicato.

¹⁰ Cfr. Corte Cost., n. 3 del 1956.

¹¹ Cfr. Corte cost., n. 11 del 1965.

¹² Cfr. Corte cost., n. 52 del 1965.

¹³ Cfr. Cass., Sez. Un., 11 dicembre 1965, Tarantini, in *Mass. Uff.*, n. 100265.

Il conflitto venne poi avviato a composizione attraverso la progressiva affermazione della tesi ascarelliana del "*diritto vivente*", secondo cui a base del sindacato di costituzionalità il Giudice delle leggi avrebbe dovuto porre il significato della norma così come risultante dall'interpretazione prevalente in giurisprudenza. L'adattamento della Corte costituzionale non fu immediato né assoluto, continuando essa a tenere ferma, quanto meno in astratto, la propria autonoma potestà ermeneutica, anche se la base interpretativa del giudizio di legittimità costituzionale fu sempre più ampiamente desunta dal significato comunemente attribuito alla norma⁽¹⁴⁾.

Un'eco recente di questa virtuale frizione riguardante l'esegesi della norma ordinaria può riscontrarsi nel confronto svoltosi tra le due Corti in ordine alla possibilità, ammessa dalle Sezioni Unite civili⁽¹⁵⁾ e negata dalla Corte costituzionale⁽¹⁶⁾, di ritenere applicabile, prima dell'entrata in vigore dell'art. 59 della legge 18 giugno 2009, n. 69, la *translatio iudicii* (espressamente prevista per le declinatorie di competenza) anche a tutte le tipologie di declinatorie di giurisdizione. Le Sezioni Unite, mediante un'interpretazione adeguatrice, avevano ritenuto che non contrastasse con gli art. 3, 24 e 111 Cost, l'estensione della *translatio* alle due tipologie di declinatorie della giurisdizione che ne rimanevano fuori: il diniego di giurisdizione che conclude un grado di merito davanti al giudice ordinario o speciale e la declinatoria di giurisdizione del giudice speciale formulata dalle Sezioni Unite. Questa scelta di estendere le garanzie processuali di conservazione del processo, proprio attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata verso l'attuazione dei principi regolatori del giusto processo, non è stata tuttavia condivisa dalla Corte costituzionale, la quale è pervenuta alla medesima conclusione di eliminare gli ostacoli normativi all'estensione della *translatio*, ma solo mediante la declaratoria d'illegittimità costituzionale dell'art. 30 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, escludendo espressamente la praticabilità di una soluzione costituzionalmente orientata e manifestando apertamente le ragioni di dissenso dalla soluzione adottata dalle Sezioni Unite. La questione è stata poi definitivamente risolta dall'intervento del legislatore, il quale ha preso atto dell'esigenza di porre rimedio al *vulnus* alla tutela dei diritti dei singoli determinato dall'impossibilità di far trasmigrare i giudizi da una giurisdizione all'altra in un quadro costantemente incerto del sistema di riparto delle giurisdizioni.

¹⁴ Cfr. Corte cost., n. 129 del 1975.

¹⁵ Cfr. Cass., Sez. Un. Civili, 22 febbraio 2007, *Golf Vacanze Spa contro Com. Opera*, in Mass. Uff., n. 595428.

¹⁶ Cfr. Corte cost., n. 77 del 2007.

Al di là di occasionali difformità di vedute, occorre tuttavia riconoscere che l'equilibrio tra le due Corti con riferimento all'esegesi della norma ordinaria si è ormai sufficientemente stabilizzato, anche in virtù dell'attenzione costantemente prestata da ciascuna di esse verso l'osservanza di un corretto rapporto non solo tra i rispettivi ambiti, ma anche con quelli delle altre Corti internazionali o sovranazionali.

L'esperienza di tali contrasti fa peraltro apparire interessante il confronto con vicende in qualche modo analoghe che stanno riguardando altri ordinamenti, ed in particolare con quanto sta accadendo in Francia, dove la legge costituzionale n. 08-724 del 23 luglio 2008 ha introdotto la possibilità, precedentemente non prevista, di sollevare la questione prioritaria di legittimità costituzionale dinanzi al Conseil constitutionnel (norma efficace dal 1° marzo 2010). In passato, infatti, il controllo di costituzionalità delle leggi poteva aver luogo soltanto in via preventiva, dapprima esclusivamente ad istanza del Presidente della Repubblica, del Primo Ministro o dei Presidenti dei due rami del Parlamento, ed in seguito, per effetto della legge costituzionale n. 74-904 del 29 ottobre 1974, anche ad istanza di minoranze parlamentari qualificate. La nuova legge ha invece consentito il promuovimento della questione anche in via incidentale nel corso di un giudizio ordinario od amministrativo, riservando l'iniziativa al giudice procedente ma sottoponendola ad un preventivo filtro da parte degli organi supremi della giurisdizione, ovverosia la *Cour de cassation* per i giudici ordinari ed il *Conseil d'Etat* per quelli amministrativi. Orbene, ha destato sconcerto, sia tra i giuristi che nella pubblica opinione, la limitata utilizzazione che di tale strumento ha fatto la *Cour de cassation*, mostrata quasi timorosa di assoggettare la propria interpretazione al sindacato del Giudice costituzionale, fino al punto di sostenere che oggetto della questione sottoposta al vaglio di quest'ultimo è la stessa legge, e non già l'interpretazione datane dalla Corte. Tale atteggiamento, ispirato dalla preoccupazione di evitare che il controllo di costituzionalità possa comportare la sottrazione al Giudice di legittimità del monopolio in ordine all'interpretazione della legge, ha suscitato vivaci critiche, essendosi rimproverata alla Corte una condotta non rispettosa dei limiti del proprio ruolo e del principio di separazione dei poteri, in quanto oggettivamente ostativa all'esercizio del potere dei rimettenti e del *Conseil constitutionnel* di valutare la fondatezza delle questioni sollevate dinanzi ad essi⁽¹⁷⁾.

Nel nostro Paese, l'equilibrio ormai raggiunto nel rapporto tra la Corte di cas-

¹⁷ V. *amplius* WEBER J., *La Cour de cassation, la documentation française*, 2010, 131-153

sazione e la Corte costituzionale fa apparire piuttosto remota l'eventualità del prodursi di siffatti atteggiamenti, la cui riproducibilità è d'altronde scongiurata, oltre che dal carattere diffuso dell'iniziativa dell'incidente di costituzionalità e dall'assenza di filtri affidati alle giurisdizioni superiori, dalla maggiore autonomia ed indipendenza riconosciuta non solo costituzionalmente all'intera giurisdizione ordinaria.

5. Irrilevanza sul ruolo della Cassazione civile della modifica dell'art.384 c.p.c. (1990).

Preoccupazioni per un possibile mutamento nel ruolo della Corte di cassazione furono invece manifestate all'epoca dell'entrata in vigore della riforma del processo civile introdotta con legge 26 novembre 1990, n. 353, la quale, all'art. 66, modificò l'art. 384 c.p.c., consentendo alla Corte, in caso di accoglimento del ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, di procedere, in alternativa all'enunciazione del principio di diritto, alla decisione della causa nel merito, a condizione che non fossero necessari ulteriori accertamenti di fatto. Fu rilevata all'epoca la profonda diversità di tale fattispecie da tutte le altre ipotesi di cassazione senza rinvio previste dall'art. 382, co. 3, c.p.c., sottolineandosi il carattere sostitutivo della pronuncia adottata dalla Corte Suprema rispetto a quella contenuta nella sentenza impugnata, e paventandosi che un ampio esercizio di tale potere si traducesse una vera e propria mutazione genetica del Giudice di legittimità, comportandone la sostanziale assimilazione al giudice di merito.

La successiva utilizzazione che di tale potere ha fatto la Corte di cassazione ha dimostrato poi l'infondatezza di tali preoccupazioni, in quanto, pur essendosi riconosciuta la doverosità del suo esercizio in presenza dei presupposti indicati dal secondo comma dell'art. 384, l'interpretazione della non necessarietà di ulteriori accertamenti di fatto, cui la predetta disposizione condiziona la decisione della causa nel merito, è risultata alquanto restrittiva, essendosi ritenuto che detta pronuncia sia consentita solo quando la controversia possa essere decisa sulla base dei medesimi accertamenti ed apprezzamenti di fatto posti a fondamento della *regula juris* erroneamente applicata dalla sentenza cassata, e non anche quando, per effetto della cassazione, occorra pronunciare su questioni non esaminate nelle precedenti fasi di merito ⁽¹⁸⁾.

In realtà, più che comportare una trasformazione del Giudice di legittimità in

¹⁸ Cfr. per tutte, Cass., Sez. lav., 4 dicembre 2002, Sinatra *contro* COMIP, in *Mass. Uff.*, n. 558972; Id., 25 marzo 1996, Carniti e altri *contro* USSL n. 24 Crema, in *Mass. Uff.*, 524378.

giudice di merito, la decisione della causa nel merito finisce con l'accostare l'istituto del ricorso per cassazione, così come disciplinato nel nostro ordinamento, al sistema della *revision* adottato negli ordinamenti germanici, il quale, però, come già osservava Calamandrei ⁽¹⁹⁾, non costituisce affatto un modello alternativo a quello francese della cassazione, cui si ispira il nostro ordinamento, rappresentandone semmai una continuazione ed uno sviluppo, in quanto corrisponde alle medesime esigenze di unificazione del diritto giurisprudenziale. Come ebbe a rilevare Vittorio Denti ancor prima che la nuova disposizione entrasse in vigore, «*terza istanza, secondo il modello offerto dalla revision germanica [...] non significa affatto ampliamento del giudizio di cassazione al di là degli errores in iudicando o in procedendo, bensì attribuzione alla Corte, in limitate ipotesi, del potere di decidere definitivamente la lite quando l'errore di diritto può essere eliminato senza intaccare gli accertamenti di fatto compiuti dalla sentenza impugnata [...] E' ciò che accade nel nostro ordinamento quando è prevista la cassazione senza rinvio, che infatti trova riscontro in taluni dei casi, del resto eccezionali, di decisione senza rinvio da parte della Corte Suprema della Germania federale*» ⁽²⁰⁾.

Allo stesso modo di quella tedesca, la Corte italiana, quando decide la causa nel merito, non si trasforma puramente e semplicemente in un giudice di merito, ma, a seguito della cassazione della sentenza impugnata, si limita a prendere atto degli accertamenti nella stessa compiuti e risolve la controversia nel merito, in tal modo svolgendo una funzione non più solo negativa, ma anche positiva, nel senso che provvede direttamente a sostituire la pronuncia annullata con una nuova. Non si tratta quindi di una modificazione del ruolo della Cassazione, bensì di un'integrazione delle sue funzioni, che riflette un indirizzo già adottato dal legislatore in materia penale con l'introduzione dell'art. 620, lettera *h*, del nuovo c.p.p., il quale consente di pronunciare sentenza di annullamento senza rinvio «*in ogni altro caso in cui la Corte ritiene superfluo il rinvio ovvero può essa medesima procedere alla determinazione della pena o dare i provvedimenti necessari*», senza che l'attribuzione di tale potere abbia mai dato luogo a perplessità o contestazioni.

6. Mutamenti conseguenti all'incidenza degli ordinamenti sovranazionali (Unione europea e Cedu).

Vere e proprie modificazioni nel ruolo della Corte di cassazione debbono

¹⁹ CALAMANDREI, *Cassazione civile*, in *Noviss. Dig. ital.*, vol. II, 1958, 1062.

²⁰ Cfr. DENTI, *La riforma della Cassazione civile. Qualche ipotesi di lavoro*, in *Foro it.*, 1988, V, 18.

invece ravvisarsi nei mutamenti verificatisi per effetto dell'entrata in contatto del nostro ordinamento con altri ordinamenti internazionali e sovranazionali, la cui influenza sul diritto interno ha comportato una ridefinizione dell'ambito di esercizio del potere giurisdizionale spettante agli organi nazionali, in correlazione con l'espandersi dell'area di incidenza delle decisioni adottate dagli organi giurisdizionali propri di tali ordinamenti.

Non vi è dubbio, infatti, che il sorgere della Comunità europea (oggi, Unione europea) ed il suo progressivo espandersi e conformarsi secondo rinnovati contenuti, abbiano determinato una "*pressione*" delle fonti di cui essa è dotata sull'ordinamento nazionale, il quale subisce analoga pressione, sebbene in forme diverse, da parte di altre fonti internazionali, e segnatamente della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU). E' il fenomeno del c.d. "*pluricentrismo esterno*", che, plasmando una dimensione diversa da quella tradizionale, impone una ridefinizione dello stesso concetto di spazio, inteso in senso giuridico, alla quale non può non corrispondere anche una nuova visione del compito, assegnato al Giudice di legittimità, di assicurare l'uniforme interpretazione del diritto positivo: poiché, infatti, quest'ultimo non si identifica più con l'ordinamento interno, espressione di una sovranità che ormai non occupa più una posizione di primazia esclusiva, il giudice comune nazionale viene a porsi come organo giudiziario di base dello spazio giudiziario europeo, con riferimento sia alla CEDU, che al diritto dell'Unione.

Si tratta di modifiche importanti ed incisive, che si stanno verificando sotto i nostri occhi, e rispetto alle quali assumono un particolare significato proprio alcune pronunce emesse nell'anno in corso. Ad esse va infatti riconosciuto un valore sintomatico del ruolo che in tale contesto si è venuta ritagliando la Corte di cassazione, il quale costituisce il risultato di un percorso tutt'altro che agevole, che ha fatto registrare battute di arresto e progressi faticosi, ed è comunque destinato a non cristallizzarsi, essendo esposto ai sempre più rapidi mutamenti dei macrosistemi di riferimento.

7. Vicende significative nei rapporti della Cassazione con le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo.

Nei rapporti con la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, cui è devoluta la giurisdizione internazionale in ordine all'accertamento delle violazioni dei diritti fondamentali consacrati nella CEDU da parte degli Stati aderenti alla Convenzione, l'atteggiamento della Corte di cassazione è stato per lungo tempo caratterizzato da una scarsa attenzione verso la giurisprudenza dei Giudici

di Strasburgo, dovuta forse anche ad una sottovalutazione degli effetti vincolanti che le relative pronunce spiegano nei confronti dello Stato italiano.

Significativa, al riguardo, appare la vicenda relativa al riconoscimento del danno derivante dalla lesione del diritto alla ragionevole durata del processo, in riferimento al quale la giurisprudenza di legittimità, in contrasto con quella della Corte EDU, ha per lungo tempo negato che il pregiudizio non patrimoniale fosse indennizzabile come conseguenza automatica dell'accertata violazione dell'art. 6, par. 1, della CEDU. Pur riconoscendo alle pronunce dei Giudici di Strasburgo il valore di autorevoli precedenti, essa riteneva infatti che il giudice italiano, chiamato a liquidare l'equa riparazione ai sensi della legge 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. legge Pinto), non fosse tenuto ad uniformarsi ai criteri di liquidazione da essi adottati, negando agli stessi efficacia cogente, nonostante l'esplicito richiamo della Convenzione da parte dell'art. 2 della citata legge, sul presupposto che tale disposizione recava un'autonoma disciplina che, in quanto idonea ad assicurare un'adeguata tutela nell'ordinamento interno, era destinata a prevalere sulla tutela suppletiva o sussidiaria assicurata dalla CEDU ⁽²¹⁾.

Tale atteggiamento aveva suscitato la reazione della Corte di Strasburgo, la quale, adita direttamente dai soggetti pregiudicati dalla violazione del termine di ragionevole durata, aveva ritenuto di poter procedere essa stessa al riconoscimento del danno non patrimoniale, dichiarando ricevibile il ricorso nonostante il mancato esaurimento dei mezzi di tutela assicurati dall'ordinamento interno, in considerazione dell'inadeguatezza degli indennizzi concessi dalle corti d'appello e dell'inutilità dell'eventuale ricorso per cassazione, nel quale, secondo la Corte, non poteva ravvisarsi un rimedio effettivo, avuto riguardo a quanto i ricorrenti avrebbero potuto ottenere, alla stregua dei numerosi precedenti del Giudice interno ⁽²²⁾.

La questione fu poi avviata a soluzione dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, le quali, con quattro sentenze del 26 gennaio 2004 ⁽²³⁾, riconobbero che il danno non patrimoniale costituisce una conseguenza normale, ancorché non automatica e necessaria, della violazione del diritto alla ragionevole

²¹ Cfr. tra le altre, Cass., Sez. I, 5 settembre 2003, Min. Giustizia *contro* Tommaselli ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 566559; Id., Sez. 1, 10 aprile 2003, Zollo Antonio di Agostino Zollo e C. Sas *contro* Presidenza del Consiglio dei Ministri, *ivi*, n. 563512.

²² Cfr. Corte eur. dir. uomo, Grand Chamber, 29 marzo 2006, *Scordino*.

²³ Cass., Sez. Un., 26 gennaio 2004, Balsini *contro* Min. Giustizia, in *Mass. Uff.*, n. 569675; Id., Sez. Un., 26 gennaio 2004, Corbo *contro* Min. Giustizia, *ivi*, n. 569678; Id., 26 gennaio 2004, *ivi*, Lepore ed altro *contro* Min. Giustizia, *ivi*, n. 569680.

durata del processo, e che pertanto, pur non potendo essere ravvisato "*in re ipsa*", dev'essere ritenuto sussistente, una volta accertata e determinata l'entità della violazione, a meno che non ricorrano circostanze particolari tali da far positivamente escludere che il ricorrente lo abbia subito. Ciò sulla base di una lettura dell'art. 2 conforme alle finalità perseguite dalla legge n. 89 del 2001 ed alla giurisprudenza della Corte EDU, secondo cui il danno non patrimoniale può essere liquidato in via presuntiva una volta che sia stata dimostrata la violazione dell'art. 6, par. 1, della CEDU, nonché dell'esigenza di evitare dubbi di contrasto con l'art. 111 Cost., il quale «*tutela il bene della ragionevole durata del processo come diritto della persona, sulla scia di quanto previsto dalla norma convenzionale*».

Sul versante dei rapporti con la Corte di Giustizia dell' UE, va invece segnalata la vicenda relativa all'affermazione della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, lesiva dei diritti dei singoli, ascrivibile ad una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado di uno Stato membro. Si tratta del caso affrontato dalla sentenza della Corte di Giustizia 13 giugno 2006, in C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, emessa su domanda di pronuncia pregiudiziale avanzata dal Tribunale di Genova nell'ambito della causa intentata dalla Traghetti del Mediterraneo S.p.a., impresa di trasporti marittimi attualmente in liquidazione, contro la Repubblica italiana al fine di ottenere il risarcimento del danno che essa avrebbe subito a causa dell'erronea interpretazione, da parte della Corte di cassazione, delle norme comunitarie relative alla concorrenza ed agli aiuti di Stato, e in particolare per il rifiuto opposto alla sua richiesta di sottoporre alla Corte di Giustizia le pertinenti questioni di interpretazione del diritto comunitario.

Con la predetta sentenza, è stato affermato che il diritto comunitario osta ad una legislazione nazionale che limiti la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte di un organo giurisdizionale di ultimo grado ai soli casi di dolo e colpa grave, ove una tale restrizione conduca ad escludere la sussistenza della responsabilità nei casi di «*violazione manifesta*» del diritto applicabile, precisandosi tuttavia che, per valutare la sussistenza di una «*violazione manifesta*», il giudice nazionale deve considerare tutti gli elementi che caratterizzano la situazione sottoposta al suo sindacato, ed in particolare il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere intenzionale della violazione, la scusabilità dell'errore di diritto, la posizione eventualmente adottata da un'istituzione comunitaria nonché la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, co. 3, del Trattato UE.

8. Il superamento della intangibilità del giudicato

Il dato comune emergente dalle predette vicende è, in estrema sintesi, la possibilità che l'interpretazione della legge, che la Corte di cassazione è chiamata a fornire nell'esercizio della funzione di nomofilachia, venga rimessa in discussione da un organo estraneo al nostro apparato giurisdizionale, alle cui pronunce è riconosciuta, in virtù della complessità del sistema delle fonti, una peculiare efficacia, non limitata all'ordinamento internazionale ma rilevante anche nell'ordinamento interno. La portata di questo fenomeno appare tanto più diromponente se apprezzata dal punto di vista dell'ordinamento processuale, nell'ambito del quale la predetta efficacia si traduce, in buona sostanza, nel superamento dell'intangibilità del giudicato, alla formazione del quale concorre anche la Corte di cassazione, quale organo di vertice della giurisdizione, la cui decisione comporta ordinariamente l'esaurimento dei mezzi d'impugnazione.

Orbene, nell'ambito dell'ordinamento CEDU la possibilità che la decisione del giudice interno venga superata da quella del giudice internazionale si pone come un effetto fisiologico del sistema, fondato sul principio di sussidiarietà della tutela apprestata dalla Convenzione rispetto ai rimedi accordati dall'ordinamento interno. In forza di tale principio, infatti, la ricevibilità del ricorso alla Corte EDU è condizionata al previo esperimento dei mezzi d'impugnazione previsti dal diritto dello Stato membro, con la conseguenza che la pronuncia della Corte interviene necessariamente quando a livello interno la controversia è stata ormai risolta con decisione irrevocabile, ed è destinata inevitabilmente ad incidere sull'efficacia di quest'ultima, in quanto obbliga lo Stato membro a rimuovere la violazione della norma convenzionale e ad eliminarne le conseguenze, in modo da ripristinare lo *status quo ante*.

In questa direzione fondamentale è il recentissimo intervento della Corte costituzionale, che con sentenza n. 113 del 2011 ha confermato l'obbligo dello Stato di porre rimedio alle violazioni della CEDU accertate con sentenza della Corte EDU, ritenendo però che, in materia penale, l'istituto maggiormente confacente a tale scopo sia costituito dalla revisione, la cui incidenza sugli effetti preclusivi del giudicato non le è parsa contrastante con la Costituzione, in presenza di compromissioni di particolare pregnanza delle garanzie attinenti ai diritti fondamentali della persona: essa ha pertanto dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevedeva un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi

dell'art. 46, par. 1, della CEDU, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte EDU.

L'efficacia preclusiva del giudicato è stata esclusa anche sotto il diverso versante dei rapporti con l'ordinamento comunitario, in riferimento ai quali la Cassazione penale ha recentemente affermato che l'annullamento con rinvio disposto dalla Suprema Corte esclusivamente ai fini della determinazione della pena non impedisce al giudice del rinvio di pronunciare l'assoluzione per insussistenza del fatto, qualora sia nelle more sopravvenuta una sentenza della Corte di Giustizia europea che abbia dichiarato l'incompatibilità con il diritto comunitario della norma nazionale da cui dipenda l'applicazione della norma incriminatrice ⁽²¹⁾.

Il settore nel quale più apertamente l'affermarsi dell'ordinamento comunitario ha condotto ad un ridimensionamento della portata preclusiva del giudicato è però quello tributario, nell'ambito del quale la Corte di Giustizia, con la sentenza 3 settembre 2009, in C-2/08, *Fall. Olimpiclub*, ha affermato che il diritto comunitario osta all'applicazione (in circostanze come quelle della causa principale) di una disposizione del diritto nazionale come l'art. 2909 c.c., in una causa vertente in materia d'imposta sul valore aggiunto concernente un'annualità fiscale per la quale non è ancora intervenuta una decisione giurisdizionale definitiva, in quanto essa impedirebbe al giudice nazionale investito di tale causa di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate a detta imposta. Tale pronuncia costituisce applicazione di principi già enunciati, in materia di aiuti di Stato, nella sentenza del 18 luglio 2007, in C-119/05, *Lucchini*, con la quale la Corte di Lussemburgo ha affermato l'inapplicabilità del principio d'intangibilità della cosa giudicata, sancito dall'art. 2909 c.c., nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisca il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune sia stata dichiarata con decisione della Commissione delle Comunità Europee divenuta definitiva.

Pur riconoscendo che il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione, la Corte ha affermato che le modalità con le quali gli Stati, in forza del principio

²¹ Cfr. Cass., Sez. VI, 5 novembre 2010, Gargiulo, in *Mass. Uff.*, n. 249680; Id., Sez. VI, 19 ottobre 2010, Ndaw e altro, *ivi*, n. 248720.

dell'autonomia procedurale che ad essi compete, attuano il principio dell'autorità di cosa giudicata non devono risultare meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né essere strutturate in modo da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività). È proprio quest'ultimo il profilo d'incompatibilità ravvisato dalla Corte in materia tributaria, con riguardo all'orientamento più recente della giurisprudenza di legittimità in tema di efficacia del giudicato, avendo essa ritenuto che, ove la decisione giurisdizionale divenuta definitiva sia fondata su un'interpretazione delle norme comunitarie relative a pratiche abusive in materia di imposta sul valore aggiunto in contrasto con il diritto comunitario, la non corretta applicazione di tali regole si riprodurrebbe per ciascun nuovo esercizio fiscale, senza che sia possibile correggere tale erronea interpretazione.

9. Ampliamento dell'oggetto della funzione di nomofilachia della Cassazione.

In definitiva, può dirsi che è la stessa istituzione di un giudice incaricato di valutare nell'ordinamento interno la conformità alla Costituzione delle norme che la Corte di cassazione è chiamata ad interpretare, così come l'esistenza di giudici internazionali o sovranazionali cui è devoluta l'interpretazione delle norme dei rispettivi ordinamenti, con effetti nel diritto interno, a comportare un ridimensionamento del ruolo istituzionale del Giudice di legittimità. Viene naturale chiedersi se per la Corte di cassazione abbia tuttora un senso parlare di «*corte suprema*», nella misura in cui con tale espressione si intenda fare riferimento, conformemente alla concezione tradizionale, ad una corte di ultima istanza, contro le cui decisioni non è ammessa alcuna impugnazione. Ove poi si consideri che, in tutti i casi in cui si deduca una violazione della CEDU, la decisione della Corte di cassazione può essere rimessa in discussione proponendo entro sei mesi ricorso alla Corte EDU, non può ritenersi del tutto inappropriato parlare, con riferimento a tale rimedio, di un quarto grado di giurisdizione ⁽²⁵⁾.

Se però si valuta con maggiore attenzione la parte avuta dalla giurisprudenza di legittimità nelle vicende esaminate, non è difficile accorgersi che, più che di un ridimensionamento del ruolo della Corte, si tratta di un diverso rilievo che l'esercizio della funzione di nomofilachia è andato assumendo, in correlazio-

²⁵ Cfr. F.M. IACOVELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Cass. pen., 2011, 794.

ne con i mutamenti intervenuti nel suo oggetto e nei suoi contenuti. Com'è noto, l'ordinamento giuridico si va caratterizzando per un grado di complessità sempre maggiore, non solo in dipendenza delle continue innovazioni normative rese necessarie dal sempre più rapido divenire della vita sociale, ma anche a causa del pluralismo delle fonti di produzione del diritto, le quali non appaiono più suscettibili di composizione in un sistema gerarchicamente ordinato, direttamente o indirettamente riconducibile alla sovranità statale, ma si pongono come espressione di ordinamenti diversi, taluni esterni allo Stato e con i quali l'ordinamento statale è tenuto a coordinarsi o rispetto a quali è destinato a cedere il passo. Tale complessità, che ha fatto apparire necessario alla dottrina un ripensamento dell'intero sistema delle fonti, impone al giudice interno, in sede di applicazione delle norme giuridiche, un più intenso impegno interpretativo, dovendo egli sforzarsi di individuare una lettura che risulti di volta in volta coerente con i valori emergenti dalla Costituzione, dalla CEDU o dal diritto comunitario. Il progressivo allargamento della prospettiva ermeneutica verso questa dimensione "*esterna*" della legalità fa apparire quanto mai attuale e rilevante l'esigenza della nomofilachia, la quale, come si è detto, non può ritenersi mutata nella sostanza, ma nell'oggetto, avendo come punto di riferimento un νόμος ben diverso, nelle fonti e nei contenuti, da quello tenuto presente da Calamandrei agli inizi del secolo scorso.

Un esempio dei problemi posti da questa nuova dimensione in cui si muove il Giudice della nomofilachia, e delle conseguenti interazioni con l'attività interpretativa delle altre Corti, è rappresentato dalla vicenda relativa al trattamento economico del c.d. personale scolastico A.T.A. (amministrativo, tecnico ed ausiliario), al cui trasferimento dagli enti locali allo Stato, disposto dall'art. 8 della legge 3 maggio 1999, n. 124, aveva fatto seguito il riconoscimento, da parte della giurisprudenza di merito, del diritto al solo "*maturato economico*", sulla base di un accordo della contrattazione collettiva del settore pubblico, recepito con decreto interministeriale del 5 aprile 2001, al quale veniva attribuita portata derogatoria rispetto a quanto disposto dalla legge. Tale interpretazione non era stata condivisa dalla Corte di cassazione, la quale aveva ritenuto che al personale in questione spettasse il trattamento economico sulla base dell'anzianità pregressa nel servizio prestato alle dipendenze dell'ente locale, sul presupposto che il dettato legislativo, di chiara esegesi, non potesse essere derogato dalla contrattazione collettiva ⁽²⁶⁾.

A seguito dell'intervento del legislatore, che con l'art. 1, co. 218, della legge 23

²⁶ Cfr. Cass., Sez. lav., 27 settembre 2005, Cerasa *contro* MIUR, in *Mass. Uff.*, n. 583602.

dicembre 2005, n. 266 fornì l'interpretazione autentica dell'art. 8 della legge n. 124 del 1999, che legittimava un trattamento economico peggiore rispetto a quello risultante dall'orientamento della giurisprudenza di legittimità, fu sollevata questione di legittimità costituzionale, dapprima in riferimento agli artt. 3, 24, 101, 102, 104, 113 e 42 Cost. ed in seguito in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. ed all'art. 6, par. 1, della CEDU. Entrambe le questioni furono dichiarate infondate, la prima con la sentenza n. 234 del 2007, nella quale la Corte costituzionale ribadì i principi costantemente applicati in materia di interpretazione autentica, la seconda con la sentenza n. 311 del 2009, di maggior rilievo ai fini che qui interessano. Premesso che, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, il principio dello Stato di diritto e la nozione di processo equo stabiliti dall'art. 6 della CEDU, sebbene vietino l'interferenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia destinata a influenzare l'esito di controversie in atto, tuttavia non vietano in assoluto interventi retroattivi dei legislatori nazionali, la Corte esclude che nella specie il legislatore avesse travalicato i limiti fissati dalla CEDU, affermando che non si era determinata una *reformatio in malam partem* di una situazione patrimoniale in precedenza acquisita, oltre ad essersi salvaguardata l'esigenza di armonizzare situazioni lavorative tra loro differenziate all'origine, conformemente al principio di parità di trattamento di situazioni analoghe nei rapporti di lavoro pubblico.

Tale impostazione, alla quale aveva aderito anche la Corte di cassazione⁽²⁷⁾, confermando l'indirizzo adottato da alcune precedenti pronunce⁽²⁸⁾, è stata tuttavia ribaltata dalla Corte EDU, la quale ha negato che l'intervento legislativo del 2005 fosse giustificato da ragioni imperative di interesse pubblico, così da violare l'art. 6 della CEDU, ma ha, al tempo stesso, riconosciuto che l'art. 1, comma 218, cit., nel regolamentare in maniera definitiva le controversie, si risolveva in un'ingerenza nell'esercizio del diritto di proprietà, contrastante con l'art. 1 del Protocollo n. 1, per aver imposto un «*onere eccessivo e anormale*» ai ricorrenti, in tal modo rendendo sproporzionato il pregiudizio alla loro proprietà e rompendo «*il giusto equilibrio tra le esigenze di interesse pubblico e la tutela dei diritti fondamentali individuali*».

Sulla vicenda è poi intervenuta anche la Corte di Giustizia UE (Grande Sezione), la quale, con sentenza del 6 settembre 2011, in C-108/10, ha ritenuto che l'eventuale peggioramento retributivo sostanziale subito dal personale

²⁷ Cfr. Cass., Sez. lav., 9 novembre 2010, MIUR *contro* Brozzetti, in *Mass. Uff.*, n. 615220.

²⁸ Cfr. Cass., Sez. lav., 16 gennaio 2008, MIUR *contro* Maglio ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 600966.

ATA per il mancato riconoscimento dell'anzianità maturata presso l'ente locale si porrebbe in contrasto con la direttiva comunitaria n. 77/187, ed ha rimesso al giudice nazionale l'accertamento se, all'atto del trasferimento del detto personale dall'ente locale allo Stato, si sia effettivamente verificato un peggioramento retributivo.

Tale soluzione ha peraltro imposto alla Corte di cassazione un mutamento di rotta in ordine alla qualificazione della vicenda relativa al trasferimento del personale ATA dagli enti locali allo Stato, configurabile, alla luce di quanto affermato dai Giudici di Lussemburgo, come trasferimento d'impresa riconducibile all'ambito applicativo della direttiva citata. Con una recentissima sentenza ⁽²⁹⁾ la Corte ha pertanto abbandonato il precedente orientamento, affermando la necessità, per il giudice del merito, di attenersi allo scopo della direttiva n. 77/187/CEE, consistente «*nell'impedire che i lavoratori coinvolti in un trasferimento siano collocati in una posizione meno favorevole per il solo fatto del trasferimento*». Si tratta di una decisione non solo tempestiva, giacché resa a brevissima distanza di tempo dalla sentenza della Corte di Giustizia, ma anche con valenza nomofilattica assai accentuata, poiché consente al giudice di merito (attraverso una sintetica, ma efficace esplicitazione dei criteri cui adeguarsi, in consonanza con il *decisum* della Corte di giustizia) di disporre dell'adeguato strumentario giuridico tramite il quale poter provvedere alla definizione del cospicuo contenzioso ancora pendente.

Particolare interesse, ai fini della comprensione del nuovo ruolo che la funzione di nomofilachia assume nell'ambito di un ordinamento caratterizzato da una pluralità di fonti di produzione giuridica, riveste anche una recente sentenza delle Sezioni Unite penali, con cui, sulla base di un'interpretazione conforme ai principi affermati dalla giurisprudenza europea in applicazione dell'art. 6 della CEDU, è stato stabilito, tra l'altro, il principio secondo cui le dichiarazioni predibattimentali rese in assenza di contraddittorio, ancorché legittimamente acquisite, non possono fondare in modo esclusivo o significativo l'affermazione della responsabilità penale dell'imputato ⁽³⁰⁾.

In proposito, la Corte ha ritenuto possibile un'interpretazione dell'art. 111, quarto e quinto comma, Cost. che escluda un contrasto tra queste disposizioni costituzionali e la CEDU. Ciò ha fatto osservando che, diversamente dalle citate norme costituzionali, le quali riguardano gli aspetti della formazione e dell'acquisizione della prova, la regola convenzionale pone un criterio di valu-

²⁹ Cass., Sez. L., 12 ottobre 2011, *Mistretta contro MIUR*, in *Mass. Uff.*, n. 618699.

³⁰ Cfr. Cass., Sez. Un., 25 novembre 2010, *De Francesco*, in *Mass. Uff.*, n. 250199.

tazione della prova dichiarativa ritualmente acquisita, e precisando che proprio la circostanza che il nuovo testo dell'art. 111 Cost. trova la sua origine in fonti convenzionali internazionali «*invita l'interprete a non isolarsi in un contesto nazionale, ma a cercare quella che è stata chiamata una "osmosi" tra le diverse formulazioni, della normativa convenzionale e di quella nazionale, ordinaria e costituzionale*». In tal senso, deve riconoscersi che la disposizione interna, in applicazione del principio generale del giusto processo, pone una determinata tutela per l'imputato, ma non esclude che una tutela più estesa possa essere posta o ricavata da norme diverse. E' quindi conforme al sistema ritenere che il criterio di valutazione basato sulla necessità di esaminare le dichiarazioni congiuntamente ad altri elementi di riscontro debba operare anche quando l'imputato non abbia mai avuto la possibilità di interrogare il dichiarante, considerando che l'assenza del controesame abbassa fortemente il grado di attendibilità della prova, rispetto al modello ideale della testimonianza raccolta con l'esame incrociato.

10. Il recente impulso legislativo al ruolo della Cassazione e le condizioni necessarie per la sua piena realizzazione.

Singolare è la circostanza che, proprio in una fase storica in cui è in discussione il ruolo della Corte di cassazione, il termine «*nomofilachia*» abbia fatto la sua prima apparizione in un testo di legge, e precisamente nel decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40, il quale, unitamente alla legge 18 giugno 2009, n. 69, ha introdotto importanti innovazioni nella disciplina del giudizio civile di cassazione, conferendo particolare risalto all'enunciazione del principio di diritto. In proposito, appare sufficiente richiamare il nuovo testo dell'art. 363 c.p.c., il quale, in caso di rinuncia o inammissibilità del ricorso per cassazione, consente alla Corte, su richiesta del Procuratore generale o anche d'ufficio, di enunciare il principio di diritto «*nell'interesse della legge*», al solo fine di assicurarne per il futuro l'esatta interpretazione, e senza alcun effetto nei rapporti tra le parti; l'art. 384, primo comma, il quale prevede l'enunciazione del principio di diritto in ogni caso in cui la Corte è chiamata a decidere una questione di diritto di particolare importanza, e non solo nell'ipotesi di cui all'art. 360 n. 3; l'art. 374, terzo comma, il quale conferisce una particolare efficacia al principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, rendendo obbligatoria la remissione a queste ultime della decisione del ricorso, nell'ipotesi in cui la sezione semplice alla quale è stato assegnato ritenga di non dividerlo.

L'impulso che in tal modo il legislatore ha voluto dare all'esercizio di quella che, secondo l'art. 65 dell'ordinamento giudiziario (sostanzialmente ripreso,

come si è visto, dalla Costituzione repubblicana), costituisce la funzione tipica della Corte di cassazione, fa apparire indispensabile, anche nell'operatività quotidiana, il recupero del significato reale di tale funzione, orientata, secondo le già citate parole di Calamandrei, a rendere giustizia ai singoli soltanto come mezzo in vista del conseguimento di una più ampia finalità, concernente il rapporto con la funzione legislativa (ovvero, come più propriamente potrebbe affermarsi alla luce dei segnalati sviluppi, con la pluralità delle fonti di produzione giuridica).

Nell'attuale fase, caratterizzata da un crescente incremento delle sopravvenienze e dalla conseguente formazione di un consistente arretrato, la cui definizione costituisce un ostacolo al pieno dispiegamento delle energie della Corte, il recupero della predetta funzione postula innanzitutto che l'esigenza di smaltimento del contenzioso pendente non prevalga su quella di conservazione e, se possibile, di miglioramento della qualità delle decisioni. Il contenimento di queste esigenze può essere realizzato soltanto mediante una migliore organizzazione del lavoro, che porti a distinguere, nella congerie dei ricorsi che quotidianamente affluiscono, quelli che, ponendo questioni effettivamente controvertibili sotto il profilo normativo, rispondono realmente allo *jus constitutionis*, da quelli che invece pongono questioni di mero fatto o comunque già decise con orientamento conforme. Per queste ultime, la cui decisione risponde esclusivamente all'interesse del litigante (c.d. *jus litigatoris*), possono infatti trovare giustificazione modalità di trattazione e definizione più snelle, anche attraverso il ricorso, in sede di redazione della sentenza o dell'ordinanza, a forme di motivazione semplificata, la cui utilizzazione consenta alla Corte di concentrare il proprio impegno sulla decisione dei ricorsi che davvero coinvolgono l'esercizio della funzione nomofilattica.

Tale soluzione trova conforto nei più recenti interventi normativi, con cui il legislatore ha da un lato modificato la disciplina del giudizio civile di cassazione, introducendo nuove ipotesi di inammissibilità del ricorso (il c.d. «*filtro*») e prevedendo forme diverse per il procedimento in camera di consiglio ⁽³¹⁾, dall'altro ha inciso sulla stessa struttura tradizionale della sentenza, escludendo la necessità che la stessa contenga una parte specificamente dedicata alla narrazione dello svolgimento del processo, disponendo comunque che l'esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione sia «*concisa*» e «*succinta*», e consentendo anche che le ragioni della de-

³¹ Cfr. art. 47 della legge n. 69 del 2009.

cisione siano espresse mediante il «*riferimento a precedenti conformi*»⁽³²⁾. All'indirizzo emergente da tali disposizioni ho ritenuto di dare applicazione con il provvedimento emesso il 22 marzo 2011, con cui, ferma restando l'esigenza che la motivazione fornisca una spiegazione chiara della *ratio decidendi*, riferita specificamente alla fattispecie decisa, ho rivolto ai collegi civili, quando sono chiamati a decidere su ricorsi che non richiedono l'esercizio della funzione di nomofilachia o che sollevano questioni giuridiche la cui soluzione comporta l'applicazione di principi giuridici già affermati dalla Corte e condivisi dal collegio, l'invito a redigere sentenze o ordinanze «*a motivazione semplificata*», di tipo estremamente sintetico con riferimento ai vizi di motivazione o con richiamo dei precedenti conformi.

Il restauro della funzione di nomofilachia postula anche la garanzia di un elevato livello professionale dei magistrati chiamati ad esercitarla, sia attraverso una rigorosa disciplina dell'accesso in Cassazione, che selezioni i magistrati effettivamente dotati delle specifiche capacità richieste dall'attività in questione, sia attraverso una costante opera di formazione ed aggiornamento, orientata non solo ai settori tradizionali del sapere giuridico, ma anche alle nuove aree di intervento del giudice, nonché ai più vasti orizzonti offerti dal diritto comunitario ed internazionale. Non si tratta di ripristinare quella sorta di diversità ontologica della Corte di cassazione rispetto agli altri organi giurisdizionali a lungo predicata o comunque sottintesa, prima che il legislatore, anche a seguito dell'intervento della Corte costituzionale, si facesse carico dell'attuazione del principio sancito dall'art. 107, co. 3, Cost., secondo cui «*i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni*». Occorre invece prendere atto della peculiarità e delicatezza della funzione demandata alla Corte, la quale esige che la stessa sia composta da magistrati che, per preparazione e capacità di analisi, siano in grado di cogliere, nell'interpretazione del diritto positivo, tutte le implicazioni connesse al segnalato pluricentrismo delle fonti. In tale prospettiva, un positivo apprezzamento può essere espresso in ordine alle innovazioni introdotte dal decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, che ha subordinato il conferimento delle funzioni giudicanti e requirenti di legittimità al riscontro della capacità scientifica e di analisi delle norme, per la cui valutazione ha previsto che la deliberazione istituzionalmente demandata al Consiglio Superiore della Magistratura sia preceduta dal parere di un'ap-

³² Cfr. artt. 45, comma diciassettesimo, e 52, co. 5, legge n. 69 del 2009, che hanno modificato rispettivamente l'art. 132, co. 2, n. 4 c.p.c. e l'art. 118, co. 1, disp. att. c.p.c.; v. anche, per il processo amministrativo, l'art. 74 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

sita commissione da quest'ultimo nominata ed avente composizione particolarmente qualificata.

La corretta attuazione di tale iniziativa, essenziale per la salvaguardia di un corretto esercizio della funzione di nomofilachia, rappresenta il solo mezzo in grado di evitare che, sotto il peso di un accesso indifferenziato e privo di controllo, il giudizio di cassazione smarrisca i connotati che lo caratterizzano nella visione recepita dalla stessa Carta costituzionale e si trasformi in una terza istanza, di merito, facendo in tal modo apparire giustificata l'opinione di chi, cogliendo tutte le implicazioni dell'attuale stato di emergenza, prospetta provocatoriamente i vantaggi di un'eventuale reintroduzione delle Cassazioni regionali, quanto meno sotto il profilo della ragionevole durata del processo. Il carattere palesemente provocatorio della proposta non può tuttavia esimere, in questa sede, dal richiamo dei valori sottesi all'unicità della Corte, la consapevolezza dei quali traspare peraltro con evidenza dalle parole dello stesso Autore che l'ha formulata. Secondo quest'ultimo, infatti, *«la tensione verso il valore dell'uniformità della giurisprudenza è diretta derivazione del valore costituzionale del principio d'uguaglianza dei cittadini (e non solo dei cittadini) davanti alla legge: principio che sarebbe inevitabilmente compromesso ove la Corte di cassazione di Sicilia interpretasse l'art. 2059 c.c. in un modo e la Corte lombarda in un altro. La stessa unità nazionale finirebbe per esser compromessa, e questo proprio in un momento storico in cui sempre più (si pensi alla carta di Nizza divenuta legge nel nostro ordinamento) si avverte l'esigenza di un'uniformità della giurisprudenza a carattere addirittura sovranazionale»* ⁽³³⁾.

La profonda diversità, che si è cercato di evidenziare nell'esposizione che precede, del quadro normativo ed istituzionale in riferimento al quale tali parole sono state pronunciate, non può far sottacere la significativa assonanza del concetto nelle stesse espressioni con quello emergente dalle parole pronunciate da Calamandrei nella Assemblea Costituente: *«La cassazione è un istituto, è un meccanismo, la cui struttura è tale che o la Cassazione è unica, ed allora serve a qualcosa, o non lo è, ed allora non serve più a niente»* ⁽³⁴⁾. È l'identico concetto con cui il Calamandrei aveva concluso il secondo volume della sua opera sulla Cassazione civile, dalla quale questa mia relazione è partita.

³³ Cfr. A. PROTO PISANI, *Principio d'uguaglianza e ricorso per cassazione*, in *Foro it.*, 2010, V, 65.

³⁴ Resoconto stenografico della seduta pomeridiana del 27 novembre 1947, 4171.