



Il giudizio civile di cassazione

Quaderno 20

Volume a cura di: Antonella Ciriello, Gianluca Grasso e Claudio Consolo,
componenti del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura, e
Paolo Spaziani, *Consigliere della Corte di Cassazione*

Collana a cura del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura:
Giorgio Lattanzi, Marco Maria Alma, Lorenza Calcagno, Antonella Ciriello, Claudio
Consolo, Fabrizio Di Marzio, Costantino De Robbio, Gian Luigi Gatta, Gianluca
Grasso, Sara Lembo, Marisaria Maugeri, Gabriele Positano.



Coordinamento editoriale e cura del progetto grafico:
Camilla Pergoli Campanelli

© Scuola superiore della magistratura – Roma 2022
ISBN 9791280600219

*I diritti di traduzione, adattamento, riproduzione con qualsiasi procedimento, della presente
opera o di parti della stessa sono riservati per tutti i Paesi.
I contenuti dei contributi riflettono le opinioni personali degli autori.*



Il giudizio civile di cassazione

Quaderno 20

La Scuola e la collana dei Quaderni

La Magna carta dei giudici, adottata dal Consiglio consultivo dei giudici europei, facendo proprio un principio condiviso nell'ambito dei diversi ordinamenti europei, riconosce nella formazione "un importante elemento di garanzia dell'indipendenza dei giudici, nonché della qualità e dell'efficacia del sistema giudiziario" (pt. 8).

In questa prospettiva la Scuola superiore della magistratura raccoglie l'esperienza maturata dal Csm nell'attività di preparazione e aggiornamento professionale dei giudici e dei pubblici ministeri, che è proseguita fino all'entrata in funzione della Scuola, cui la riforma dell'ordinamento giudiziario ha affidato la competenza esclusiva in tema di formazione dei magistrati (d.lgs. n. 26 del 2006).

Il primo Comitato direttivo si è insediato il 24 novembre 2011. Il 15 ottobre 2012 è stato inaugurato il primo corso di formazione della Scuola dedicato ai magistrati ordinari in tirocinio e nel gennaio 2013 è stato avviato il primo programma di formazione permanente.

Oggi la Scuola è impegnata in tutti i settori della formazione dei magistrati: iniziale, permanente, decentrata, dirigenti, onorari, tirocinanti, internazionale.

Accanto all'organizzazione e alla realizzazione delle sessioni di aggiornamento professionale, la documentazione giuridica rappresenta un tema centrale nelle attività di formazione.

La Scuola mette già a disposizione di tutti i magistrati italiani una ricca biblioteca telematica all'interno della sezione del sito dedicata alle banche dati. Altrettanto fondamentale è il materiale didattico elaborato nel contesto delle sessioni formative e disponibile sul sito istituzionale, nell'ambito di ciascun corso.

La collana dei Quaderni, resa possibile grazie alla collaborazione con il Poligrafico e Zecca dello Stato italiano, nasce con l'intento di consentire la più ampia fruizione dei contributi più significativi di questo materiale di studio e dei risultati dell'attività di ricerca svolta dall'istituzione.

La collana si collega idealmente a quella inaugurata negli anni '80 del secolo scorso dal Csm e dedicata agli incontri di studio per i magistrati organizzati nell'ambito della formazione iniziale e continua, all'epoca di competenza consiliare.

I singoli volumi sono disponibili liberamente sul sito della Scuola e nell'ambito della biblioteca virtuale che contiene le pubblicazioni ufficiali dello Stato.

INDICE

Paolo Spaziani	
Presentazione	11
Pietro Curzio	
Il ruolo della Corte di cassazione	17
Bruno Cavallone	
L'unificazione della Cassazione civile. Cinque protagonisti	23
Angelo Spirito	
Il giudizio civile di cassazione nel suo aspetto funzionale: <i>ius constitutionis</i> e <i>ius litigatoris</i>	35
Franco De Stefano	
Giudice e Precedente: per una Nomofilachia sostenibile (Nomofilachia e giurisdizione. La costruzione del diritto vivente. La forza del precedente tra persuasività e vincolatività. La rilevanza esterna e interna del principio di diritto)	45
Antonio Scarpa	
Nomofilachia e giurisdizione. La costruzione del diritto vivente. La forza del precedente tra persuasività e vincolatività. La rilevanza esterna e interna del principio di diritto	73
Francesco Antonio Genovese	
Dalla nascita (1924-1928) alla lenta "crisi di un centenario": (ancora) sull'ufficio del Massimario e del ruolo della Corte di cassazione	87
Maria Acierno	
Il ruolo del precedente e l'Ufficio del Massimario	119
Mario Morelli	
Nomofilachia e Corte costituzionale: complementarietà e interferenze tra la Corte di legittimità e il giudice delle leggi: le sentenze interpretative di rigetto e il diritto vivente quale regola di composizione dei contrasti interpretativi	125

Antonietta Scrima

Brevi note in tema di ricorso straordinario per cassazione 131

Carmelo Sgroi

Le attribuzioni della Procura generale: l'intervento del p.m. nel giudizio civile di legittimità e il ricorso nell'interesse della legge 151

Giovanni Salvi

Le possibili direttive future. Percorsi convenzionali. Progetti organizzativi sezionali. Indirizzi di politica legislativa. L'oscillazione del pendolo tra il modello calamandreiano e la preminenza dello ius litigatoris. Questioni di opportunità e limiti costituzionali 167

Roberto Conti

Nomofilachia integrata e diritto sovranazionale. I "volti" delle Corte di cassazione a confronto 177

Gli autori

Maria Acierno
Presidente di sezione della Corte di cassazione

Bruno Cavallone
già Professore ordinario di Diritto processuale civile, Università di Milano

Roberto Conti
Consigliere della Corte di cassazione

Pietro Curzio
Primo presidente della Corte di cassazione

Franco De Stefano
Presidente di sezione della Corte di cassazione

Francesco Antonio Genovese
Presidente di Sezione della Corte di cassazione

Mario Rosario Morelli
Presidente emerito della Corte costituzionale

Giovanni Salvi
già Procuratore generale presso la Corte di cassazione

Antonio Scarpa
Consigliere della Corte di cassazione

Antonietta Scrima
Consigliere della Corte di cassazione

Carmelo Sgroi
Avvocato generale presso la Corte di cassazione

Angelo Spirito
Presidente della III Sezione civile della Corte di cassazione

Introduzione ai contenuti del corso della Scuola sulla Cassazione civile

La Cassazione civile, il sontuoso *Trattato* in due volumi con cui l'ancor giovane Calamandrei, poco più che trentenne, onorò la scienza giuridica italiana, ed in particolare quella processuale, nel momento in cui essa stava accingendosi a vivere la sua età aurea¹, rappresenta il frutto, sotto il profilo *morale, metodologico-scientifico* e *teleologico-dogmatico*, dell'osmosi feconda in cui l'autore aveva integrato le concezioni dei suoi due maestri e i dettami delle due grandi scuole di cui essi erano stati la più sublime espressione.

Alla luce di questi dettami egli non aveva condotto distintamente l'analisi dei due istituti – La *Corte di cassazione* (istituto ordinamentale) e il *ricorso per cassazione* (istituto processuale) – dalla cui fusione risultava quell'*organismo complesso* che è la Cassazione civile.

Questa analisi distinta era stata riservata ad una *Parte speciale* (che lo studioso fiorentino non avrebbe però mai scritto) in cui si sarebbe potuto «riprodurre *nella esegesi* la separazione che esiste nei nostri testi positivi fra le leggi organiche giudiziarie e il codice processuale»².

Nel secondo volume del *Trattato*, Calamandrei condusse invece lo studio *dogmatico* sul «concetto unico» che informava ambedue gli istituti, che egli volle considerare nella sua dimensione dinamica, «come un organismo vivo che ha dinanzi a sé una precisa *finalità* da raggiungere e che si muove per realizzarla». Al centro dell'indagine calamandreiana venne dunque posto lo *scopo* che la Cassazione civile deve raggiungere, la finalità che deve realizzare, alla quale concorrono unitariamente i due istituti di quell'unico organismo.

Della concezione di Calamandrei sulla *Cassazione civile* e di quanta parte di essa abbia trovato attuazione nel codice del 1940, si parla spesso, nel dibattito

¹ La significativa espressione è cara a Claudio Consolo che, non solo evoca quell'età ma ne individua anche l'«acme», caratterizzata dal «celebre terzetto» delle tre C, Carnelutti, Calamandrei e il loro «torreggiante antecessore», Chiovenda (così C. CONSOLO, *Il nuovo codice di procedura civile*, in Piero Calamandrei e il nuovo codice di procedura civile (1940), a cura di Guido Alpa, Silvia Calamandrei e Francesco Marullo di Condojanni), Bologna, 2018, 229).

² P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile. Parte seconda*, Milano – Torino – Roma 1920, ora in *Opere giuridiche*, Roma, 2019, 15-16).

della processualistica, specie negli ultimi tempi, nei quali alle frequenti iniziative governative volte alla realizzazione di una riforma della legge processuale che renda moderno ed efficiente il processo civile nel nostro Paese, si è accompagnata, in un prospettiva storica, la riaccensione del dibattito sulla paternità scientifica del codice in vigore³.

In realtà, tra i punti in cui il codice del 1940 si differenzia nettamente dalla concezione calamandriana vi è proprio quello, importantissimo, del ricorso e del giudizio di cassazione: il pensiero di Calamandrei, lucidamente esposto nel grande trattato del 1920, che, da padre costituente, egli avrebbe avuto modo di contribuire a scolpire nel *monistico* art. 111 della Costituzione (ove la *violazione di legge* sarebbe stata individuata come unico motivo di ricorso), nel codice di procedura civile del 1940 sarebbe stato sconfessato dal *pluralista* art. 360 c.p.c., che non solo avrebbe aggiunto alla violazione di legge la diversa fattispecie della *falsa applicazione*, ma avrebbe anche aperto al sindacato in cassazione degli *errores in procedendo*, nonché, recependo prassi giurisprudenziali sviluppatesi nel vigore del vecchio codice – ma da Calamandrei fermamente contestate – al controllo, ancor più penetrante, della *motivazione*.

Ma su questi aspetti, che attengono al merito del corso, si potranno ricavare spunti di riflessione dalla lettura dei preziosi contributi dei diversi relatori.

³ Le discussioni sulla paternità del codice sono durate a lungo e durano ancora oggi. Alla tesi, formulata dallo stesso Calamandrei, che individuava nelle idee chiovendiane la base ispiratrice della riforma, fortemente contestata da Franco Cipriani (cfr., ad es. F. CIPRIANI, *Alla scoperta di Enrico Redenti (e alle radici del codice di procedura civile)* (2005 con postilla 2006), in *Scritti in onore dei Patres*, Milano, 2006, 325 s.) e invece e condivisa da Taruffo (v., ad es., M. TARUFFO, *Calamandrei e le riforme del processo civile*, in *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, a cura di P. Barile, Milano, 1990, 167 s.), si sarebbe contrapposta quella che vede nella concezione dello stesso Calamandrei il nucleo dei principi portanti del nuovo codice, come se egli, attraverso il devoto richiamo agli insegnamenti del suo (e del «nostro») maestro, avesse tuttavia riversato nell'opera legislativa quelle che erano (o che erano diventate) le sue personali convinzioni (v., ad es., G. ALPA, *Il nuovo codice nelle Istituzioni di Piero Calamandrei e di Francesco Carnelutti*, in *Piero Calamandrei e il nuovo codice di procedura civile (1940)*, cit., 217 s.). Che quest'ultima sia la vera chiave di lettura – che cioè il codice del 1940 non sia il codice dei fascisti, ma non sia neppure il codice di Chiovenda, e sia, invece, il codice di Calamandrei – potrebbe essere sostenuto, forse, più che sulla base del contenuto positivo del testo legislativo, alla stregua della mancata ricezione, nello stesso, degli eccessi autoritaristici del Progetto preliminare Solmi (cfr. CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi, Relazione approvata dalla Facoltà di giurisprudenza della R. università, di Firenze nella seduta del 28 luglio 1937*, ora in *Opere giuridiche*, cit., I, 295 s. Sull'incidenza che il parere di Calamandrei avrebbe avuto sulla scelta governativa di modificare *in melius* il progetto del nuovo codice di procedura civile, v. G. MONTELEONE, *L'apporto di Piero Calamandrei al progetto definitivo Solmi del codice di procedura civile*, in *Giust. proc. civ.*, 2011, 2, 429 s.).

Ciò che vorrei invece sottolineare, in questa breve introduzione ai contenuti dei lavori svolti nelle due giornate di studio (che vuole essere anche un piccolo sunto della traccia ideale in esse seguita), è che nella preparazione e strutturazione del corso anche la *Scuola*, seguendo l'esempio metodologico di Calamandrei, ha voluto muoversi nell'ambito di una *prospettiva unitaria*.

Dunque, non si è voluto limitare la riflessione al solo *aspetto ordinamentale* (quello afferente alla Corte di cassazione propriamente detta) né al solo *aspetto processuale* (quello afferente al ricorso per cassazione).

Ma si è voluto considerare la Cassazione civile come *organismo complesso e vivo* che persegue una determinata *finalità*, che deve essere individuata e tenuta presente.

Si è creduto, infatti, che soltanto riscoprendo la *finalità* della Cassazione civile, può essere soddisfatta quella esigenza di coniugare qualità e quantità che ha costituito il titolo delle due giornate di studio.

La prima giornata è stata, dunque, dedicata alle *tematiche di carattere ordinamentale*.

Dopo aver chiesto al Presidente Angelo Spirito di guidarci alla riscoperta della finalità della Cassazione civile, ci siamo interrogati, con il Presidente Franco De Stefano e il Consigliere Antonio Scarpa, su quale sia attualmente il senso della funzione di *nomofilachia*, quale sia il valore da attribuire al *precedente* di legittimità e la rilevanza da assegnare al *principio di diritto* espresso nella sentenza all'interno del singolo processo e all'esterno di esso; ci siamo soffermati, quindi, con il Presidente Maria Acierno, già Direttore Aggiunto ed ora Direttore del Massimario, e con il Presidente Francesco A. Genovese (che al tema ha dedicato approfonditi studi), sul contributo che alla finalità della Cassazione fornisce l'ufficio del Massimario; grazie al Presidente Mario Morelli e al Procuratore Generale Aggiunto, Luigi Salvato, abbiamo approfondito i rapporti tra Corte di cassazione e Corte costituzionale, dove assume fondamentale rilievo il *diritto vivente*.

La seconda giornata è stata invece dedicata all'*aspetto processuale* e dunque alle tematiche che contraddistinguono il secondo istituto che, come diceva Calamandrei, contribuisce a costituire quell'*organismo complesso e vivo* che è la Cassazione civile.

A talune tra le più controverse ed attuali tematiche processuali sono stati dedicati i *quattro gruppi* di lavoro: con il Consigliere Antonietta Scrima è stato esaminato lo stato della giurisprudenza in ordine al *sindacato sulla motivazione*, oggetto di rilevanti, continue e per nulla agevoli modifiche legislative, nonché il tema dei *requisiti del ricorso straordinario per cassazione*; con il Consigliere Antonio Lamorgese ci si è posti dinanzi alle questioni di giurisdizione, e cioè dinanzi a quelle che, tra le questioni processuali, sono le più promiscuamente compromesse con gli aspetti ordinamentali giacché il *sindacato*

sui limiti delle diverse giurisdizioni costituisce una delle finalità espressamente indicate dall'art. 65 dell'Ordinamento giudiziario ed è sostanzialmente l'aspetto che fa della Corte di cassazione la Corte suprema, cioè l'organo supremo di raccordo dell'intero ordine giurisdizionale composto dai giudici ordinari e dai giudici speciali; con il Consigliere Alberto Giusti sono state esplorate le *questioni processuali* classiche, dall'inammissibilità all'improcedibilità agli altri vizi del ricorso per cassazione, ivi compreso quello – su cui continua incessante il dibattito dei processualisti – della cd. autosufficienza del ricorso; con il Sostituto Procuratore Generale Carmelo Sgroi, infine, si è affrontato il quesito di quali siano le attribuzioni della Procura Generale e, soprattutto, di quale sia il fondamento di quel ricorso nell'interesse della legge che appare strettamente legato alla finalità della Corte di cassazione.

La seconda giornata è proseguita con relazioni del Consigliere Roberto Giovanni Conti e del Professore Andrea Morrone in tema di cd. *nomofilachia integrata*, in funzione di verificare, sotto il profilo del *sistema delle fonti*, come trovano applicazione nel giudizio civile di cassazione le norme europee e quelle convezionali, tra l'utilizzo degli strumenti preventivi e pregiudiziali, l'applicazione diretta e l'interpretazione conforme delle norme interne; nonché, sotto il profilo del *dialogo tra le Corti*, quale ruolo abbia assunto la Cassazione civile nell'attuazione di quel *principio di massima espansione della tutela dei diritti fondamentali della persona* che ha trovato affermazione nella giurisprudenza sovranazionale.

Il corso si è concluso con una tavola rotonda onorata dalla partecipazione del Primo Presidente Pietro Curzio, del Procuratore Generale Giovanni Salvi e del Professore Bruno Sassani sulle possibili direttive future. Qui il tema dello *scopo* della Cassazione civile, è stato posto a fondamento non solo degli interventi sui ccdd. percorsi convenzionali, sui progetti organizzativi sezionali e sulle eventuali iniziative normative da sottoporre agli organi di governo, ma anche dei quesiti circa la fisionomia che la Corte Suprema deve assumere, tra i due modelli contrapposti della *Corte Suprema del precedente* e del *Giudice di terza istanza*.

Calamandrei, sull'onda dell'insegnamento dei suoi due maestri, Carlo Lesona e Giuseppe Chiovenda, aveva attribuito grande importanza alla riflessione storica, sul rilievo che guardare al passato fosse premessa fondamentale per ben costruire il futuro. Nel condividere questo presupposto metodologico, si sono fatte precedere le riflessioni sugli istituti e i problemi analizzati nelle due giornate di studio, da una relazione sulle idee che della *Cassazione civile* avevano avuto i nostri *Patres*. Grazie al contributo del Professore Bruno Cavallone, abbiamo potuto salutare, con devota gratitudine e con la deferenza di discepoli, l'ingresso nell'aula virtuale del corso, di Giuseppe Pisanelli, Pasquale Stanislao Mancini, Giuseppe Zanardelli, Lodovico Mortara e lo stesso Piero Calamandrei, vale a

dire i cinque protagonisti che, con il loro pensiero e le loro opere, consentirono e promulgarono l'unificazione delle cinque Cassazioni regionali nella Corte di cassazione che è nostro dovere salvaguardare e difendere come «una di quelle conquiste che la civiltà non può più perdere senza indietreggiare essa stessa»⁴: la Cassazione unica e *Suprema*.

⁴ G. PISANELLI, in P.S. MANCINI – G. PISANELLI – A. SCIALOJA, *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati sardi*, Torino 1857, IV.

Il ruolo della Corte di cassazione

Secondo una formula risalente al 1941, ma tuttora vigente e valida, la Corte di cassazione, “assicura l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge” (art. 65 Ord. Giud.).

Duplicando i concetti (sarebbe bastato altrimenti “esatta osservanza”), il legislatore mostra di essere consapevole del fatto che un testo legislativo in molti casi può avere due o più interpretazioni plausibili e assegna alla Cassazione il compito di indicare l’interpretazione preferibile. L’interpretazione uniforme su tutto il territorio nazionale è fondamentale per il rispetto dell’art. 3 della Costituzione, perché anche l’interpretazione, al pari della legge, deve rispettare il principio di uguaglianza. L’ermeneutica di un testo può, spesso deve, evolversi e mutare nel tempo, in relazione a cambiamenti nel sistema normativo e del contesto sociale e culturale, ma, a parità di situazioni e per un periodo di tempo ragionevole, l’interpretazione deve essere uniforme, specie con riferimento alle norme processuali, che fissano le regole del giudizio.

Queste considerazioni portarono all’unificazione della Cassazione penale a fine Ottocento (1888) e all’unificazione della cassazione civile alcuni decenni dopo (1923). La Costituzione ha suggellato tutto ciò, dando nei suoi articoli per presupposta l’unicità della Corte.

La Costituzione formula invece in modo esplicito una disposizione fondamentale, prevedendo che, contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari e speciali, “è sempre ammesso il ricorso per cassazione per violazione di legge”. Questa disposizione è l’asse del giudizio di legittimità. Ripropone, dando rilievo costituzionale, quanto è scritto nei due codici processuali.

L’art. 360 c.p.c. prevede cinque motivi di ricorso per cassazione, ma il suo nucleo fondamentale è costituito dalla “violazione o falsa applicazione di norme di diritto”, (prevista dal n. 3). L’art. 606 c.p.p. prevede anch’esso cinque motivi di ricorso, ma è cruciale la: “inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche di cui si deve tener conto nell’applicazione della legge penale” (lett. b).

Il cuore dell’intervento della Corte di cassazione consiste quindi ancora oggi nel controllo sulla interpretazione della legge effettuata nella sentenza impugnata. La Corte interviene quando quella interpretazione è errata. È questo il

compito, ed al tempo stesso la linea di confine, del suo intervento, che non può estendersi al merito della controversia. È un confine sottoposto a pressioni, sotto molteplici fronti.

Lo stesso legislatore ne sollecita il superamento prevedendo, con evidenti fini di economia processuale, che la Corte, quando accoglie il ricorso, laddove non siano necessari ulteriori accertamenti in fatto, decide la causa nel merito (art. 384, secondo comma, c.p.c.). Analoga possibilità è presente nel codice di procedura penale.

Ma il limite costituito dalla distinzione tra giudizio di legittimità e giudizio di merito è soprattutto sottoposto a tensione dal continuo tentativo delle parti di superarlo, ponendo alla Corte questioni che sono estranee al giudizio sulla validità della interpretazione della legge fornita dalla sentenza impugnata, perchè attengono alla ricostruzione dei fatti ed al merito della decisione.

In verità, le distinzioni tra merito e legittimità e tra giudizio sul fatto e giudizio di diritto sono chiare ai poli e sul piano scolastico, ma presentano ampie zone grigie in cui la linea di demarcazione sfuma e diventa evanescente, specie quando la fattispecie normativa lascia ampi margini di valutazione all'interprete, come nel caso delle clausole generali o delle norme elastiche.

Tutto ciò determina, e non da ieri, una bulimia dei ricorsi che comporta, a sua volta, la necessità di un numero di giudici elevato. Oggi i giudici della Cassazione sono circa 360. Un numero così elevato stride con la possibilità di pervenire ad un giudizio sull'interpretazione della legge uniforme e dotato di ragionevole stabilità nel tempo. La conseguenza ulteriore è la proliferazione delle difformità e dei contrasti tra le decisioni. I contrasti, o la possibilità di aprire un contrasto, costituiscono a loro volta un incentivo a ricorrere in cassazione, determinando un ulteriore incremento del numero dei ricorsi.

Si crea così un circolo vizioso che dà luogo a circa 50.000 ricorsi penali e circa 30.000 ricorsi civili ogni anno, sottoponendo la Corte ad una pressione assolutamente patologica. È un fenomeno estraneo alla maggioranza delle altre Corti supreme e comunque in nessuna di esse così eclatante. Un fenomeno definito "assedio alla Corte", denunciato da tempo, che negli ultimi decenni si è fortemente accentuato, per una serie di fattori convergenti.

La "legge", la cui violazione è denunciata in Cassazione, è molto diversa da quella cui si riferivano la Costituzione ed i codici processuali. Siamo oggi di fronte ad una iperproduzione normativa, caotica, soggetta ad un mutamento continuo a tratti compulsivo, realizzata con tecnica legislativa spesso carente.

Si è evoluto anche il rapporto con le altre Corti. La "norma di diritto" cui fare riferimento ormai è spesso il frutto di un intreccio complesso di disposizioni legislative ed interventi delle Corti nazionali ed europee, anch'essi peraltro mutati nel tempo. La Corte costituzionale non si limita a dichiarare l'illegittimità costi-

tuzionale con conseguente abrogazione *ex tunc* di testi normativi, ma ha progressivamente ampliato le modalità di intervento sul testo, anche sotto il profilo della decorrenza temporale, ed instaura interlocuzioni con il legislatore affidate a “moniti” che rimangono spesso a lungo privi di riscontro, determinando situazioni in cui una legge c’è ma la sua valenza è palesemente alterata.

Una ancor maggiore complessità deriva poi dagli interventi della Corte di giustizia dell’Unione europea e della Corte europea dei diritti dell’uomo, in un quadro di relazioni tra Corti europee e nazionali, se non confliggente sicuramente fluido e fluttuante, anche con riferimento ai principi fondamentali, come emerge dal susseguirsi delle questioni di doppia pregiudizialità.

Anche il rapporto con i giudici speciali si è profondamente modificato. La Costituzione prevede che le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti possono essere oggetto di ricorso per cassazione solo per motivi attinenti alla giurisdizione ed anche questa linea di confine è sottoposta a tensione, da un lato perché è controverso il concetto di attinenza alla giurisdizione, dall’altro perché è stato ampliato il numero delle materie di giurisdizione esclusiva su diritti del giudice amministrativo, il cui elenco oggi supera il numero delle lettere dell’alfabeto. Tutto ciò dà luogo ad un contenzioso dinanzi alle sezioni unite civili che consta di alcune centinaia di ricorsi ogni anno. Anche questo un numero non ragionevole.

Ma il fenomeno più incisivo in termini quantitativi concerne le cause in materia di diritto tributario, affidate ad un sistema giudiziario distinto che aveva al suo vertice la Commissione tributaria centrale. Alla fine del secolo scorso, il legislatore, dinanzi alla constatazione che quel sistema era in crisi perché la Commissione centrale aveva accumulato un arretrato superiore a quattrocentocinquantamila cause, decise di spostare il terzo grado sulla Corte di cassazione, senza operare alcun rafforzamento delle sue strutture e senza neanche prevedere la costituzione per legge di una nuova sezione. Si è creato così un arretrato di cause tributarie che costituisce oggi quasi la metà delle pendenze civili della Cassazione. A ciò va aggiunto che il legislatore, pochi anni fa, dinanzi alla crisi delle Corti d’appello determinata dall’eccesso di contenzioso in materia di protezione internazionale, ha eliminato il grado d’appello in quella materia, il che ha comportato un ampliamento massivo dei relativi ricorsi per cassazione.

Per ragionare sul futuro delle Corti bisogna avere una strategia su come affrontare questa sommatoria di criticità.

Tesi più radicali fanno perno su di una riscrittura dell’art. 111 Cost e quindi sulla eliminazione del principio per cui contro tutte le sentenze è sempre possibile il ricorso per cassazione. Al di là di ogni valutazione sulla opportunità di toccare un principio fondante del sistema costituzionale, ritengo che questa linea sia poco realistica. Non mi sembra ci siano i presupposti per un cambiamento di

questo tipo e quindi il relativo dibattito rimane su di un piano puramente teorico, senza concrete possibilità di incidere sulla realtà.

Per affrontare realisticamente ed utilmente i problemi bisogna seguire un percorso meno radicale e più lento, su due piani che richiedono entrambi un profondo cambiamento culturale: una più razionale gestione del contenzioso, anche in connessione alla introduzione del processo telematico ed alla utilizzazione al meglio dell'ufficio per il processo; uno stile chiaro e conciso nelle motivazioni.

È un cambiamento già in atto di cui si vedono i primi frutti, ma che può segnare ben più incisivamente il nostro futuro. Il legislatore mostra di condividere queste opzioni di fondo nella riforma del processo civile in cassazione pubblicata in Gazzetta ufficiale pochi giorni fa, il cui maggiore merito è forse quello di eliminare una serie di incongruenze e tortuosità procedurali, accumulate nel tempo, vuoi per interventi legislativi non adeguatamente meditati, vuoi per porre rimedio a scelte miopi della Corte come quelle fatte nella attuazione del “quesito di diritto”.

Il principio base è che i ricorsi che giungono in Corte devono essere tempestivamente esaminati nel loro contenuto con un lavoro di classificazione, che parte dalla valorizzazione del contributo degli avvocati alla stregua del Protocollo che abbiamo sottoscritto con CNF e Avvocatura dello Stato e che sarà importante aggiornare, ampliare e raffinare.

La classificazione viene completata dall'ufficio per il processo di recente costituzione, con supporti informatici, sotto la direzione di un presidente e di uno o più consiglieri della Corte per ciascuna area delle sezioni.

Il Presidente, sulla base di questa analisi, assegna i ricorsi su percorsi diversi. Quando pongono “questioni di diritto” nuove od offrono nuovi argomenti che impongano di ripensare soluzioni già definite verranno indirizzati all'udienza pubblica e concentrati nella medesima udienza se presentano tematiche comuni. Dovranno essere trattati con tempestività, compatibilmente con studio e riflessione adeguati, al fine di pervenire ad una soluzione che sia un punto di riferimento affidabile per il foro e i giudici di merito.

I ricorsi che non presentano questi requisiti devono essere trattati in camera di consiglio, con uguale cura, ma in numero più consistente e sempre concentrati per tematiche identiche o analoghe. Se sussistono precedenti specifici e non vengono proposti nuovi argomenti di riflessione, devono essere dichiarati “manifestamente fondati” o “manifestamente infondati”, a seconda che siano in linea o in contrasto con tali precedenti.

Questo impegno organizzativo sta dando già i suoi frutti. Nel 2021 la Corte ha definito più di 40.000 ricorsi civili e quasi 50.000 ricorsi penali. La pendenza del civile, che è la più preoccupante perché sconta le pesanti scelte legislative di cui si è detto, negli ultimi due anni è stata ridotta di circa 14.000 unità. I risultati più

rilevanti attengono ai tempi di decisione. In base ai dati forniti dalla Direzione generale di statistica qualche giorno fa, il penale sta progressivamente riducendo i tempi di decisione, collocandosi sulla media dei sei mesi, mentre il *disposition time* delle cause civili, ben più lungo, si è comunque ridotto del 25,1% rispetto al baseline (2019).

Nonostante questi importanti passi avanti sappiamo che la strada è lunga e molto impegnativa, ma i risultati dimostrano che abbiamo intrapreso la via giusta.

Altrettanto importante è la seconda linea di intervento sulla quale stiamo lavorando, che è di natura più squisitamente culturale e consiste nella massima chiarezza e concisione delle motivazioni. È una questione di stile, ma può incidere, più di quanto si sia portati a pensare, sulla efficacia degli interventi della Corte.

Le motivazioni della Corte devono essere sintetiche nella forma e concise nei contenuti. Devono rispondere a tutti i problemi posti, essere quindi complete, ma non devono divagare, ipotizzare altri problemi, formulare *obiter dicta*, dare giudizi non richiesti. La sentenza di cassazione è pur sempre la soluzione di un caso, non è un saggio accademico. Le motivazioni devono essere asciutte e andare all'essenza delle cose.

Le sentenze della Cassazione devono poi essere chiare, perché devono offrire alle parti, agli avvocati e ai giudici di merito, ma direi anche all'opinione pubblica, indicazioni nitide sulle affermazioni compiute.

Chiarezza e concisione non servono a scrivere più sentenze. A quei risultati siamo pervenuti con il grande impegno nel lavoro, mentre la chiarezza e la sintesi richiedono a volte più tempo.

Chiarezza e concisione servono a rendere meglio comprensibile il pensiero della Corte, riducendo oscurità e ambiguità portatrici di dubbi e difficoltà interpretative e quindi di nuovi contenziosi.

Per questa ragione non si tratta solo di una questione di stile, ma di un modo di lavorare che ha forti ricadute in termini di efficacia del sistema.

In fondo, il ruolo della Corte è quello di sbrogliare matasse normative sempre più intricate, chiarire ciò che appare confuso e oscuro e, in tal modo, dare una bussola a coloro che in seguito dovranno affrontare il medesimo problema ermeneutico. Un ruolo più che mai importante e decisivo per la tenuta del sistema giuridico e direi anche economico e sociale.

L'unificazione della Cassazione civile. Cinque protagonisti

SOMMARIO: 1. Premessa. Cinque protagonisti. – 2. Le vecchie Cassazioni regionali. – 3. L'unificazione dello Stato. Giuseppe Pisanelli. – 4. Pasquale Stanislao Mancini e le leggi n. 2837/1875 e n. 3761/1877. – 5. L'unificazione della Cassazione penale. Giuseppe Zanardelli e la legge n. 5825/1888. – 6. La pausa dei tre decenni successivi. – 7. Lodovico Mortara Presidente della Cassazione romana e il suo anticipato pensionamento. – 8. Piero Calamandrei dalla *Cassazione civile* all'Assemblea Costituente.

1. Premessa. Cinque protagonisti

Che in Italia ci sia, al vertice dell'ordinamento giudiziario, una sola Corte di cassazione, con sede in Roma, è un dato che siamo abituati a considerare ovvio, essendo questa la situazione in atto ormai da quasi un secolo, cioè dall'emanazione del R.D. 24 marzo 1923, n. 601, con il quale si stabilì che “*le corti di cassazione di Firenze, Napoli, Palermo e Torino sono soppresse*”; e che “*la Corte di cassazione di Roma eserciterà tutte le attribuzioni spettanti alle altre corti soppresse e prenderà il nome di Corte di cassazione del Regno*”.

Non dobbiamo tuttavia dimenticare, da un lato, che una situazione ben diversa si era protratta per più di sessant'anni dopo la fondazione del Regno d'Italia, e per più di cinquanta dopo il trasferimento della capitale a Roma; dall'altro, che anche dopo il 1923 non sono mancate autorevoli prese di posizione in favore di una diversa struttura, anche territoriale, della nostra Corte Suprema.

Vorrei comunque prescindere dalle discussioni in atto ai nostri giorni sullo “scenario fantagiuridico” (come lo chiama l'amico Antonio Briguglio in un recente saggio che citerò ancora) dell'eventuale ritorno a Cassazioni “regionali”. Forse se ne occuperanno altri relatori, parlando del presente e del futuro. Più prudentemente, io vorrei limitarmi al passato, e cioè a riassumere, nei tempi necessariamente brevi di questo intervento introduttivo, la lunga e tortuosa vicenda che ha condotto alla completa unificazione della Corte e alla sua collocazione in Roma; e vorrei farlo dall'angolo visuale, non del tutto consueto, dei contributi, ideali o di iniziativa politica, dati a questa impresa dai giuristi e uomini di Stato che ne sono stati i principali protagonisti: che sono – mi sembra – fondamentalmente

cinque: nell'ordine delle rispettive date di nascita, Giuseppe Pisanelli, Pasquale Stanislao Mancini, Giuseppe Zanardelli, Lodovico Mortara e Piero Calamandrei.

Premetto, doverosamente, che non poche delle cose che dirò trovano riscontro in un saggio del caro amico e illustre collega Mario Pisani, emerito di procedura penale, apparso nel 2010 sulla gloriosa *Rivista di diritto processuale*, che proprio da quell'anno ho l'onore di dirigere insieme a Carmine Punzi: saggio, questo di Pisani, intitolato riduttivamente all'unificazione della Cassazione in materia penale, ma in realtà ricco di informazioni e commenti anche sulla più complessa storia della unificazione della Cassazione civile, dalla fondazione del Regno d'Italia fino all'Assemblea Costituente della Repubblica.

2. Le vecchie Cassazioni regionali

Al nuovo Stato unitario, gli Stati preunitari lasciavano in eredità ben *quattro* Corti di cassazione, con sede a Torino (salvo un breve trasferimento a Milano), a Firenze, a Napoli e a Palermo. Nessuna a Roma, naturalmente, dove fino al 1870 avrebbe regnato ancora il Papa con la sua Sacra Rota.

La Corte di cassazione del c.d. Regno di Sardegna era stata istituita a Torino dal Re Carlo Alberto nel 1847, sul modello francese, ed era stata spostata a Milano nel 1860, dopo la seconda guerra di indipendenza e l'annessione della Lombardia: ivi convivendo però, per qualche tempo, con il Tribunale di terza istanza di origine asburgica, che sarebbe stato soppresso poco dopo. La Corte ritornò comunque a Torino nel 1865, più o meno in concomitanza con il trasferimento della capitale a Firenze, con giurisdizione estesa alla Lombardia e in seguito, dopo l'annessione anche del Veneto, a tutta l'Italia settentrionale.

A Firenze, una Corte di cassazione era stata istituita dal Granduca Leopoldo II nel 1838, e si era uniformata al modello francese nel 1848. Dal 1859, peraltro, con l'estensione della legislazione sardo-piemontese a tutti i territori annessi, la sua giurisdizione si era estesa anche a distretti precedentemente soggetti a Tribunali o Corti di terza istanza, cioè, per semplificare, organi "supremi" investiti anche della pronuncia definitiva sul merito delle liti.

A Napoli, la Gran Corte di cassazione, di matrice francese, era stata istituita da Giuseppe Bonaparte fin dal 1808, ed era rimasta in vita anche dopo la restaurazione borbonica. Anzi, dopo la fondazione del Regno delle Due Sicilie, una analoga autonoma Corte era stata istituita nel 1819 a Palermo.

3. L'unificazione dello Stato. Giuseppe Pisanelli

In questa complicata e disorganica situazione, sarebbe stato logico che la disciplina del nuovo ordinamento giudiziario del Regno, introdotta con legge n. 2626

del 1865, più o meno contemporaneamente al *corpus* di tutta la nuova legislazione unitaria, provvedesse a “ristrutturare” più razionalmente anche il vertice del sistema, eliminando l’anomalia di uno Stato unitario dotato di quattro Corti di cassazione. Tanto più logico, potremmo pensare, in quanto uno dei principali artefici della nuova legislazione (autore tra l’altro del codice di procedura civile, che con le modifiche “mortariane” del 1901 è rimasto in vigore fino al 1940), era – veniamo così al primo dei nomi poco fa citati – Giuseppe Pisanelli, nato a Tricase in provincia di Lecce nel 1812, ma napoletano per formazione culturale, avvocato, professore di diritto costituzionale e di procedura, patriota esule a Parigi, a Londra e a Torino, e poi deputato al Parlamento italiano, Ministro di grazia e giustizia dal 1862 al 1864.

Già nel 1857, infatti, Pisanelli, nel quarto volume del famoso *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati Sardi* (da lui redatto e/o curato con Pasquale Stanislao Mancini e Antonio Scialoja) aveva scritto parole che sarebbero state frequentemente citate in seguito e fino ai nostri giorni proprio ad esaltazione della funzione che oggi diciamo nomofilattica di una Cassazione unica: *“La Corte Suprema ha il deposito della parola legislativa e l’alta missione di conservarla intatta dalle corruzioni dell’arbitrio che ne logora le fondamenta, e a lungo andare le distrugge ... Le Corti d’Appello, di seconda o di terza istanza che si vogliono, non potranno mai sopperire a una Corte di cassazione, e per la moltitudine loro incapace di riuscire all’unità, e per la qualità stessa delle loro investigazioni intese a regolare le relazioni del diritto privato anziché a ricercare astrattamente l’essenzialità del dogma giuridico ... L’attuazione del diritto: ecco l’oggetto generale della Cassazione. L’attuazione del diritto è pure la missione del legislatore; con questo divario, che il legislatore afferma il diritto in quanto è, e il magistrato in quanto opera e si manifesta nella vita esteriore”*. E tutto ciò, si noti, con necessario riferimento alla Corte di cassazione torinese, che era bensì unica ma solo per il c.d. Regno di Sardegna, ed era destinata a una non breve convivenza, nel nuovo Regno d’Italia, con altre tre Corti di pari grado e dignità.

Tuttavia, nonostante queste ferme convinzioni di Giuseppe Pisanelli (espresse anche in una sua monografia intitolata proprio alla Corte di cassazione), i tempi non erano maturi per far seguire *de plano* all’unificazione del Regno e a quella della disciplina dell’ordinamento giudiziario anche l’unificazione delle quattro Corti di cassazione, che pertanto rimasero in vita in attesa di tempi migliori.

4. Pasquale Stanislao Mancini e le leggi n. 2837/1875 e n. 3761/1877

A questo proposito, è paradigmatico un intervento alla Camera dei Deputati, nel febbraio 1865, di Pasquale Stanislao Mancini (veniamo così al secondo

dei nostri protagonisti), anche lui giurista di estrazione napoletana (era nato in provincia di Avellino nel 1817), avvocato di altissimo livello, amico e sodale di Pisanelli e come lui esule a Torino. Si tratta di un discorso di notevole ampiezza, occasionato da un disegno di legge dell'allora ministro guardasigilli Antonio Vacca, dove tra l'altro si prevedeva la sostituzione delle quattro Corti di cassazione di allora con altrettanti Tribunali o Corti di terza istanza.

Tralasciamo le molte argomentazioni da lui svolte contro quest'ultima istituzione, e su altri temi diversi; ma è interessante per noi che Mancini esaltasse a sua volta la funzione nomofilattica della Cassazione (*"Educatore [a Napoli] sotto il sistema di Cassazione, lo preferisco, e sono specialmente invaghito della sua efficacia, come guarentia costituzionale della inviolabilità della legge"*), e dimostrasse tuttavia perplessità verso l'istituzione di una Cassazione unica, se concepita come mezzo di formazione della giurisprudenza: *"Che se poi mi si domandi, se accanto di questa missione si può onerare anche l'altra di provvedere all'uniformità della giurisprudenza, io risponderò senza reticenze, che coloro i quali desiderano e sperano mediante l'istituzione di unica Corte di cassazione questo risultato, non debbono essere uomini che abbiano molta pratica familiarità con gli affari giudiziari"*. Egli si diceva dunque disposto a seguire *"coloro i quali vogliono assolutamente l'unica Cassazione per un'alta ragione politica e per una sublime e disinteressata missione giudiziaria"*, ma riteneva *"un fantasma"* l'ideale della uniformità della giurisprudenza: cosa impossibile, diceva, per il semplice fatto che affidare ad un'unica Corte l'intera massa (già allora enorme) dei ricorsi in carico alle quattro esistenti, avrebbe imposto la suddivisione della stessa Corte in plurime sezioni, *"ed allora avrete già l'equivalente di più Corti di cassazione, e non si tratterebbe più che di una questione di parole"*. Su tutti questi temi, sarebbe dunque stato opportuno l'aggiornamento *sine die* della discussione, che Mancini proponeva con un ordine del giorno, approvato senza troppi contrasti. Venti fitte e dottissime pagine, come si vede, per motivare la proposta di un rinvio. Può venire qui alla mente una malignità di Vittorio Imbriani, che al protagonista di un suo romanzo faceva dire: *"sbadigliavo peggio della Camera dei Deputati quando chiacchiera don Pasquale Stanislao Mancini"*.

Il successivo (questo sì importantissimo) capitolo della nostra storia si colloca infatti dieci anni dopo, nel 1875, dopo che alcuni disegni di legge dei Ministri Guardasigilli via via succedutisi nella carica, intesi all'istituzione di un'unica Corte Suprema, variamente denominata e articolata, erano rimasti senza seguito, e dopo che la capitale del Regno era stata, nel 1871, trasferita a Roma. L'occasione per una svolta rivelatasi *ex post* decisiva venne da un disegno di legge, apparentemente di modesta portata, presentato nel febbraio di quell'anno dal Ministro Guardasigilli *pro tempore* Vigliani. Quel disegno proponeva semplicemente di autorizzare il governo ad istituire "sezioni temporanee" presso le Corti di cas-

sazione di Torino e di Napoli, per alleviare il loro eccessivo carico di lavoro. Si trattava però di un biblico “granello di senape”.

Infatti, in un intervento alla Camera del novembre dello stesso anno, Mancini (ancora lui) rilevò che le due nuove sezioni temporanee avrebbero dovuto piuttosto essere collocate a Roma: *“a questa Roma, che è stata il sospiro di tutti i patrioti, e di quanti hanno vivamente desiderato il complemento della nostra unità; e sarebbe ben singolare che si volesse, per riguardi ad altre località, privare la capitale d’Italia, che fu già capitale del mondo, di quelle istituzioni senza le quali non si potrebbe attribuirle, fuorché per ischernò, anche il nome di capitale!”*; e via su questo tono ancora a lungo (secondo Vittorio Imbriani, Mancini, oltre che verboso, era anche “ditirambeggiante”). Ma aggiungeva (il che è per noi ancora più significativo): se siete fautori del sistema dell’unica Cassazione, *“lasciate dunque che un primo embrione se ne formi, ed un esperimento, che io spero felice, si faccia in questo centro della vita nazionale di una istituzione, che è essenziale e necessario complemento delle nostre istituzioni giudiziarie e politiche”*.

Ma come avrebbero potuto essere l’embrione di una Corte di cassazione unica quelle due umili “sezioni temporanee” che, proprio se collocate a Roma, sarebbero state tecnicamente delle *dépendances* della Cassazione di Firenze, la cui giurisdizione si era estesa ai territori dell’ex Stato Pontificio? La risposta si trova nella legge 12 dicembre 1875, n. 2837, che uscì da quelle discussioni parlamentari, su suggerimento della Commissione della Camera, presieduta da Pisanelli e con la partecipazione di Mancini.

Nell’art. 1 di quella legge si disponeva che *“sino a quando sia riordinata la suprema magistratura del Regno, il Governo del Re è autorizzato a istituire due sezioni temporanee di Corte di cassazione in Roma, l’una per gli affari civili, l’altra per i penali, per agevolare la spedizione degli affari civili e penali presso le altre Corti”*. La legge proseguiva tuttavia, molto più incisivamente, conferendo alle nuove Sezioni *“attribuzioni generali”* e *“attribuzioni speciali”*.

Le attribuzioni generali consistevano sostanzialmente nel giudicare sui ricorsi contro le sentenze delle Corti d’Appello di Roma, Bologna, Ancona, L’Aquila e Cagliari (il che già aveva poco a che fare con l’alleggerimento del carico di lavoro di Torino e di Napoli).

Le attribuzioni speciali riguardavano invece materie eterogenee, ma tutte di grande rilievo pubblicistico come la risoluzione dei conflitti di giurisdizione tra autorità giudiziarie dipendenti da diverse Corti di cassazione, o tra Tribunali ordinari e Tribunali speciali; i procedimenti disciplinari previsti dalla legge sull’ordinamento giudiziario; i ricorsi contro le sentenze pronunciate tra privati e pubblica amministrazione; i ricorsi in materia tributaria, in materia elettorale, in materia di soppressione delle corporazioni religiose e di liquidazione del loro patrimonio; ed altre materie ancora.

Diceva dunque giustamente la relazione finale del Ministro Vigliani che, ai sensi della nuova legge, *“le due sezioni istituite in Roma fanno funzione di Cassazione unica per tutto lo Stato con competenza esclusiva in alcune specie di cause, onde mantenere l'unità della giurisprudenza nelle materie d'ordine pubblico e d'interesse generale, nelle quali il dissidio è cagione di maggiori scontri e di più grave danno agli interessi della cosa pubblica ...”*. Mattiolo, Mortara e Chiovenda, per una volta tanto d'accordo, avrebbero al riguardo parlato *ex post* della istituzione di una nuova Corte di cassazione in Roma, non aggregata ma sovraordinata alle quattro preesistenti.

Altro passo verso l'unificazione della Cassazione sopravvenne poco dopo con la legge n. 3761 del 1877 (Guardasigilli Mancini), che assegnò alle due “sezioni” romane altre importanti “attribuzioni esclusive” in tema di conflitti di attribuzione e di giurisdizione, deferendo le relative decisioni alle “Sezioni Unite”, organo collegiale che pertanto vedeva qui la luce per la prima volta, e solo a Roma.

Su quest'ultimo punto, credo che si debbano condividere le acute osservazioni di Antonio Briguglio, in un suo saggio storico e comparativo sulle Sezioni Unite apparso (anche questo) sulla “mia” *Rivista* nel 2015: *“le Sezioni Unite originarie nello Stato unitario non nascono per uniformare la giurisprudenza fra le Cassazioni regionali, bensì per decidere questioni di particolare importanza: appunto quelle di giurisdizione. La uniformazione giurisprudenziale è un effetto solo settoriale, limitatissimo e collaterale della attribuzione delle questioni di giurisdizione alla Cassazione romana ed alle Sezioni Unite, ma non ne è la ragione”*, ed è *“ben difficile immaginare che un legislatore il quale, all'epoca delle Cassazioni regionali, non si preoccupava quasi per nulla della uniformità giurisprudenziale fra le sue plurime Corti Supreme riguardo a tutto il resto ... si preoccupasse poi della uniformità giurisprudenziale su questioni di rito e di riparto giurisdizionale”*. In definitiva, *“le questioni di giurisdizione erano attribuite alla Cassazione romana ed alle sue Sezioni Unite poiché particolarmente delicate sul piano istituzionale e dell'equilibrio dei poteri, e quando ancora l'uniformità della giurisprudenza su tutto il territorio nazionale non era (o non era avvertita come) un imprescindibile valore fondante del sistema giurisdizionale nel suo complesso”*.

Non sarebbe forse esagerato, allora, retrodatare la nascita di fatto della Cassazione unica dal 1923, allorché essa fu sancita formalmente, al 1875, o al 1877, e alla modestissima proposta ministeriale di offrire un rimedio temporaneo all'eccessivo carico di lavoro delle Corti di cassazione di Torino e di Napoli. Con il che il Ministro Paolo Onorato Vigliani (semidimenticato magistrato monferrino) diventerebbe un sesto forse involontario protagonista della nostra storia.

5. L'unificazione della Cassazione penale. Giuseppe Zanardelli e la legge n. 5825/1888

Un ulteriore capitolo va dedicato alla unificazione della Cassazione in materia penale, realizzata con la legge n. 5825 del 1888 per iniziativa del Ministro Giuseppe Zanardelli (ecco il terzo dei nostri protagonisti), nato a Brescia nel 1826, avvocato, autore eponimo del codice penale emanato nello stesso anno e rimasto in vigore fino al 1930. Coerentemente all'affiliazione di Zanardelli alla sinistra storica, la legge ora citata si proponeva di *“impedire che la ineguaglianza dei cittadini rinasca o si perpetui sotto altra forma, nella dissonanza, cioè, e nelle contraddizioni della giurisprudenza, inevitabili quando a interpretare la nuova legge penale fossero chiamati cinque collegi giudicanti supremi”*.

Nella discussione in Senato che precedette l'emanazione della nuova legge, Zanardelli affermava che *“il concetto di cassazione è inseparabile dal concetto di unicità”* e che *“l'unificazione della suprema magistratura ... è conseguenza necessaria, indeclinabile dell'unificazione politica e legislativa”*. E giustificava il non avere assunto analoga iniziativa anche per l'unificazione della Cassazione civile, come qualcuno gli rimproverava, con la difficoltà di superare o aggirare i ricorrenti contrasti tra i fautori della cassazione e quelli della terza istanza: contrasti inesistenti tra gli studiosi e gli operatori del processo penale (dove tra l'altro non era sempre garantita nemmeno la seconda istanza...).

Inoltre, osservava Zanardelli che l'unificazione della Cassazione penale era *“più necessaria ed urgente”*, da un lato, per l'evidente opportunità che la riforma accompagnasse l'emanazione del nuovo codice penale, dall'altro, perché *“la disuguaglianza dei cittadini di fronte alla legge è ben più grave ed assurda in ciò che riguarda il concetto del delitto, la privazione della libertà e dell'onore ... di quello che ... concerne gli interessi privati”*, non potendosi tollerare che *“in un medesimo momento e per medesimo fatto in provincie diverse del medesimo Regno un individuo va[da] libero ed impune, ed un altro [sia] mandato in galera”*. Di siffatte discrepanze Zanardelli diceva di avere raccolto un catalogo, che andava, significativamente, dalla voce *Adulterio* alla voce *Vagabondaggio*.

6. La pausa dei tre decenni successivi

Degli sviluppi della nostra storia nei tre decenni successivi alla riforma Zanardelli, parla diffusamente un vivace saggio del compianto Franco Cipriani, apparso nel 2008 sulla sua rivista *Il giusto processo civile*, dedicato (ma non soltanto) ai rapporti anche personali tra Lodovico Mortara, Carlo Lessona e Piero Calamandrei, proprio con riguardo al tema dell'unificazione della Corte Suprema.

In quel periodo si era sostanzialmente spenta la disputa relativa alla scelta tra il sistema di matrice francese della cassazione e quello, *lato sensu* di matrice germanica, della terza istanza, essendo progressivamente scomparsi i fautori del secondo. Nel contempo, anche la questione della sopravvivenza delle Corti di cassazione “regionali” aveva assunto connotazioni diverse, almeno in termini pratici.

Il fatto è, semplificando, che la legge Zanardelli del 1888 non soltanto aveva trasferito alla nuova Cassazione romana tutti gli affari penali del Regno, ma era intervenuta anche sulla struttura e sulla composizione delle Sezioni Unite, istituite solo presso quella Corte, dalla ricordata legge Mancini del 1877, facendone – sia per l’ampiezza e l’importanza delle attribuzioni, sia per la competenza ormai esclusiva sui “secondi” ricorsi previsti dall’art. 547 del codice di procedura civile (vorrete perdonarmi l’omissione dei dettagli tecnici) – quella che Lodovico Mortara definiva “*una sesta Corte di cassazione*”, sovraordinata per plurimi motivi ed aspetti alle altre cinque, di fatto degradandole, e in particolare degradando le quattro “vecchie” Corti di Torino, Firenze, Napoli e Palermo, al rango di “*sezioni staccate*” di un’unica Corte.

In questa direzione, infatti, si orientarono vari progetti di riforma, come, nel 1900, un progetto di Carlo Lessona e del civilista napoletano Emanuele Gianturco (progetto del quale parla ampiamente Cipriani), mentre anche l’autorevolissimo Luigi Mattiolo condivideva quelle posizioni, dicendo, nelle sue *Istituzioni di diritto giudiziario*, che “*per provvedere acconciamente alla uniformità della giurisprudenza basterebbe stabilire che la Corte Suprema fosse unica ma composta di parecchie sezioni, le quali potrebbero anche avere sede in diverse città*”.

Last but not least, questa soluzione di compromesso, e forse di buon senso, avrebbe tacitato anche le comprensibili resistenze opposte all’unificazione dagli avvocati di Torino, di Firenze, di Napoli e di Palermo (tra i quali ultimi Vittorio Emanuele Orlando, strenuo propugnatore di una Corte di cassazione siciliana almeno dal 1893 fino al 1946, quando si trovò a presiedere l’Assemblea Costituente).

7. Lodovico Mortara Presidente della Cassazione romana e il suo anticipato pensionamento

Del tutto antitetica a questo *trend* fu invece la posizione di Lodovico Mortara, il quarto dei nostri protagonisti, nato a Mantova nel 1855, del quale tuttavia sarebbe superfluo ricordare la biografia e la complessa carriera professionale, accademica, scientifica, giudiziaria e politica, che sono state oggetto di un convegno presso la Cassazione nel maggio del 2019, al quale ho avuto l’onore di partecipare come uno dei relatori.

Se si eccettua una presa di posizione giovanile (nel suo *Lo Stato moderno e la giustizia*, del 1885), contraria all'unicità della Cassazione in materia penale (per ragioni esposte in termini anche spiritosi sui quali non possiamo soffermarci), Mortara fu per tutta la vita un appassionato fautore della unificazione della Corte Suprema italiana, anche se non della sua collocazione a Roma, dato che a suo avviso sarebbe stato opportuno allontanare il vertice del potere giudiziario “*dalle passioni politiche e dalle pressioni governative*”, com'era accaduto in Germania con la collocazione del *Reichsgericht* a Lipsia, non a Berlino.

Meritano comunque di essere ricordati i suoi rapporti biografici, o personali, con la Corte di cassazione di Roma, nella quale egli entrò come consigliere il 1° gennaio 1903 (dopo il clamoroso abbandono dell'Università, di cui moltissimo si è discusso in varie sedi), e della quale divenne procuratore generale nell'aprile 1911 e primo presidente nel settembre 1915, permanendo nella carica fino all'anticipato pensionamento proprio nel 1923, in concomitanza con la legge di unificazione.

Nelle sue famose e straordinarie “*Pagine autobiografiche*”, pubblicate da Salvatore Satta nel 1969, si legge che Mortara, parlando con Francesco Saverio Nitti all'epoca del suo ingresso in magistratura, gli aveva detto di essere praticamente certo che a sessant'anni (cioè appunto nel 1915) sarebbe diventato “*primo presidente della Corte di cassazione*” (l'autostima di Mortara, che lui chiamava autoironicamente “superba umiltà”, aveva dimensioni gigantesche). Ma, considerato che proprio nel 1902 era stato approvato in prima lettura alla Camera un progetto Zanardelli di riforma giudiziaria, che fra l'altro “*unificava la Corte di cassazione, elevando gli stipendi e l'autorità dei suoi membri*”, la “prima presidenza” di cui egli parlava doveva probabilmente intendersi proprio come quella della Cassazione unificata. Decaduto però quel progetto, alla “scadenza” del 1915 Mortara era bensì diventato primo presidente, ma non della Corte “unificata”, bensì della Corte romana.

Non sembra tuttavia che egli ne rimanesse più che tanto deluso, dato che, nella pagina successiva, si legge che “*come primo presidente*”, appunto della Corte di Roma, era divenuto “*il vero ed effettivo capo spirituale e quasi anche temporale della magistratura*”. In sostanza, era forse venuto meno l'auspicato aumento dello stipendio, ma non anche l'aumento di autorità, dato che quella che già aveva acquisito come Presidente della Corte di Roma era la massima immaginabile.

Ciò può indurre a due ulteriori riflessioni sulla vicenda dell'“anticipato pensionamento” di Mortara per effetto del R.D. n. 1028 del 1923, c.d. Decreto Rodinò, che, proprio in concomitanza con la trasformazione della Cassazione di Roma in Cassazione del Regno, “azzerò” tutti i vertici delle (cinque) Corti di cassazione preesistenti, compresa quella romana, sottraendo a Mortara diciotto mesi di residua carriera (l'età della pensione era stata ridotta qualche anno prima da 75 a 70 anni) e privandolo del previsto e “naturale” passaggio alla prima pre-

sidenza della Corte unificata. Provvedimento normativo *ad personam*, si è detto (soprattutto da parte di Cipriani), motivato dall'intento del nuovo regime fascista di liberarsi di un magistrato tanto autorevole quanto scomodo e "sovversivo".

Prima riflessione: agli occhi di Mortara – ma dunque anche oggettivamente, dato che nessuno meglio di lui poteva sapere come stavano le cose – la "unificazione" della Corte Suprema, da lui stesso tanto auspicata ed enfatizzata, aveva in realtà un valore ideale e simbolico molto superiore al suo valore effettivo, dato che essa, come si è visto, si era di fatto già largamente realizzata con le remote leggi del 1875, del 1877 e del 1888.

Seconda riflessione: se è vero che Mortara (come ci ricorda Franco Cipriani) nel breve periodo in cui si era trovato ad essere anche Ministro Guardasigilli (nel governo Nitti, dal giugno 1919 al maggio 1920), aveva a sua volta presentato un disegno di legge di riforma giudiziaria, che prevedeva tra l'altro l'unificazione della Cassazione civile, e aveva dichiarato che, se quel disegno fosse diventato legge, egli, per evitare che si pensasse che l'aveva presentato per diventare primo presidente della cassazione unificata, si sarebbe dimesso dalla magistratura (altra prova della "superba umiltà" e dell'orgoglio luciferino che lo caratterizzavano), allora il suo pensionamento anticipato contemporaneamente alla legge "unificatrice" del 1923 era un esito sostanzialmente conforme ai suoi intendimenti, ancorché realizzato in forme meno nobili.

Del resto, secondo le cronache del tempo, i rapporti tra il primo presidente Mortara e gli avvocati del foro romano erano diventati così conflittuali, soprattutto a causa della sua alterigia e della sua insofferenza, che forse non gli dispiaceva troppo, paradossalmente, entrare a farne parte (come di fatto entrò, passando molto tempo, dei residui anni della sua vita a litigare, nelle aule della "sua" Corte, con il nemico di sempre Vittorio Scialoja).

8. Piero Calamandrei dalla *Cassazione civile* all'Assemblea Costituente

Veniamo ora al quinto dei nostri protagonisti, Piero Calamandrei. Ahimé, sono così anziano da averlo personalmente sentito parlare, con il suo inconfondibile accento fiorentino, quando nel 1955, a Milano, presso la Società Umanitaria, tenne una conferenza rivolta proprio a noi studenti liceali, ancora ricordata (e ne esiste una registrazione) con il titolo di *Discorso sulla Costituzione*.

Considerato però che proprio per celebrare il centenario dalla pubblicazione del suo *opus magnum* sulla Cassazione civile, si è tenuto nello scorso novembre, presso la Corte, un importante convegno con molti prestigiosi relatori, vorrei limitarmi qui a dire poche parole sulla posizione da lui assunta in seno all'Assemblea Costituente, quando si discusse della questione se inserire

nella Carta Costituzionale, e con quale contenuto, una norma sulla nostra Corte Suprema.

In materia di Cassazione unificata, subito dopo la fine della seconda guerra mondiale avevano cominciato a spirare, per usare un'espressione di Tito Carnacini, "venti di fronda", in quanto alcuni giuristi autorevolissimi come Aurelio Candian e Enrico Allorio, due miei amatissimi maestri, e poi Enrico Redenti, avevano proposto una diversa articolazione territoriale della Corte, suggerendone la collocandone di una sezione al nord e di una al sud del Paese, e c'era addirittura qualcuno, come il Presidente della Corte d'Appello di Torino Domenico Peretti Griva, che patrocinava *sic et simpliciter* il ritorno alla situazione anteriore al 1923.

Questa disputa fu però superata dai lavori dell'Assemblea Costituente, dove, in sede di commissione, anzi di sottocommissione, Calamandrei propose nel dicembre 1946 di inserire nella Costituzione un articolo così formulato: "*Al vertice dell'ordinamento giudiziario, unica per tutto lo Stato, siede in* [puntini di sospensione] *la Corte di cassazione istituita per mantenere la unità del diritto nazionale attraverso la uniformità della interpretazione giurisprudenziale*", nonché "*per regolare le competenze fra i giudici*".

Si trattava, come si vede, di una parafrasi o di un sunto dell'art. 65 dell'Ordinamento giudiziario del 1941, tuttora vigente, dove però la menzione di Roma come sede della Corte è sostituita da puntini di sospensione, probabilmente perché Calamandrei voleva darsi carico della risalente preoccupazione (manifestata, ricordiamo, anche da Mortara) che la vicinanza del vertice dell'ordinamento giudiziario alla sede del potere esecutivo fosse pericolosa. Infatti, ancora un paio di anni prima Arturo Carlo Jemolo aveva proposto di spostare la Corte a Pisa, città tranquilla e di nobili tradizioni anche giuridiche.

La proposta di Calamandrei incontrò tuttavia vigorose resistenze da parte di altri deputati, motivate sostanzialmente con due argomenti: la legge "unificatrice" del 1923 era stata un "colpo di mano" del regime fascista, coerente con i suoi propositi accentratori e imperialistici; le vecchie Corti regionali avevano dato *illo tempore* ottima prova di sé, e meritavano di essere resuscitate.

In realtà, il primo argomento era pretestuoso, dato che, come si sapeva e sappiamo, la legge del 1923 aveva semplicemente ratificato una situazione largamente in atto già da decenni, e l'unificazione della Corte Suprema era stata patrocinata da giuristi di epoche ben anteriori al fascismo, o insospettabili di connivenza con il regime fascista, come Lodovico Mortara e lo stesso Calamandrei. Quanto al rimpianto per le vecchie Corti "regionali", esso tradiva palesemente gli interessi corporativi e le ambizioni campanilistiche degli avvocati dei relativi fori, e in particolare dei numerosi legali piemontesi e siciliani deputati all'Assemblea Costituente.

Calamandrei replicò, tra l'altro osservando che l'unicità del vertice del potere giudiziario avrebbe potuto contrastare le tendenze centrifughe innestate dall'ordinamento regionale *in itinere*. Alla fine tuttavia si rassegnò a ritirare la proposta: il che d'altra parte faceva sì che le cose rimanessero così com'erano, in forza del vigente Ordinamento giudiziario.

La discussione riprese comunque un anno dopo, nel novembre 1947, nella sede "plenaria" dell'Assemblea, dove Calamandrei rinnovò la sua precedente proposta, sostituendo i puntini di sospensione con l'esplicita menzione della città di Roma. Nuovamente si manifestarono tuttavia resistenze, analoghe a quelle di cui si è detto, alle quali contribuirono personaggi di notevole rilievo, come Vittorio Emanuele Orlando (da sempre, come si è già detto, paladino dell'antica Corte di Palermo), e Palmiro Togliatti, segretario del partito comunista e già Ministro della giustizia nel governo Parri e nel primo governo De Gasperi, il cui intervento, dopo qualche accenno all'opportunità che la giurisprudenza mantenesse "*un legame vivo col popolo*", finiva per tradire, inaspettatamente, soprattutto la nostalgia per la giovinezza trascorsa a Torino, dove si era laureato in giurisprudenza nel 1915 (quando ancora era operante la Corte di cassazione sabauda), niente meno che con Luigi Einaudi, con una tesi in diritto tributario.

Ancora una volta, dunque, su deliberazione maggioritaria dell'Assemblea, la questione venne lasciata cadere, e ne rimase una flebile traccia solo nella VII Disposizione transitoria della Costituzione, dove si dice che "*fino a quando non sia emanata la nuova legge sull'ordinamento giudiziario in conformità con la Costituzione, continuano ad osservarsi le norme dell'ordinamento vigente*": che, infatti, vigono ancora oggi.

Il giudizio civile di cassazione nel suo aspetto funzionale: *ius constitutionis e ius litigatoris*

Come magistrato che da più tempo opera nelle aule della Corte di cassazione è stata a me affidata l'apertura di questo incontro, che si propone di riflettere intorno alla storia dell'Istituzione, alla sua attualità ed al futuro che si prospetta. Tutto questo più di cento anni dopo l'intuizione di Calamandrei, trasfusa nella sua ponderosa opera.

Paolo Spaziani – il nostro storico del processo e degli insigni processualisti del passato – ha sapientemente scandito i passaggi di queste giornate di studio, nella presentazione e nei temi di conversazione a ciascun relatore affidati.

Nella crisi in cui da decenni si dibatte l'Istituto, avere ben ferme nozioni delle sue origini e degli uomini che contribuirono a renderla quale oggi (almeno formalmente) risulta essere aiuta a ragionare sulla funzione che svolge, sulla sua utilità sociale oltre che giuridica, sul suo posizionarsi nel mutato contesto ordinamentale.

In quest'ordine di idee, l'intervento del professore Cavallone ci ha rappresentato quale sia stata l'importanza storica – nel disegno che fu prima di Pisanelli, poi di Mortara ed infine di Calamandrei – del passaggio dalla pluralità delle Corti alla Cassazione non solo unica ma, soprattutto, posta in rilievo di supremazia rispetto ad ogni altra giurisdizione. Il pensiero di quelli e di altri giuristi troverà attuazione nel r.d. n. 601 del 1923 (che istituisce l'unico consesso con sede in Roma) e nell'Ordinamento giudiziario approvato con r.d. n. 12 del 1941, che all'art. 65 attribuisce alla Corte Suprema di Cassazione il compito di assicurare *“l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni ...”*.

La visione di Calamandrei

La visione di Calamandrei costituisce il ponte tra la tradizionale concezione post-unitaria e la nuova concezione costituzionale repubblicana della Corte di cassazione, alla quale, in estrema sintesi, è attribuita doppia funzione. Una negativa, quella nomofilattica di controllo sul giudice (in buona sostanza, il controllo sul controllore), destinatario del più generale precetto di ordine costituzionale che gli impone di giudicare secondo legge sostanziale e processuale; una positiva, ritrovata nell'esigenza che su tutto il territorio nazionale l'interpretazione

della legge sia la medesima, evitando, così, che un determinato giudice la violi, oppure la applichi falsamente ad una fattispecie per cui quella stessa legge non sia prevista. Per questo, è attribuito alla Corte il potere di “*distruggere*” (è questo il termine che l’Autore usa) la sentenza che abbia disatteso ai doveri di corretta ed uniforme interpretazione della legge.

L’idea di Calamandrei è rivoluzionaria nel momento in cui si allontana dai modelli di tribunali di terza istanza e di duplice controllo merito/legittimità che contraddistinguevano le Corti di cassazione nazionali prima dell’unificazione del 1923. Egli è consapevole che il terzo grado di giudizio di merito è lusso insostenibile per una società moderna e dinamica, sicché configura un giudizio di carattere “*occasionale*”, nel senso, appunto, che la fattispecie concreta, la singola lite tra cittadini, costituisca l’occasione perché la Corte enunci il principio di diritto che possa in futuro valere per tutte le stesse fattispecie. Attribuisce, dunque, alla Corte ed al suo giudizio la funzione pubblicistica, che soddisfa l’interesse della collettività alla formazione del precedente (*ius Constitutionis*), parallelamente a quella più direttamente privatistica, tendente a soddisfare l’interesse delle parti alla soluzione della controversia (*ius litigatoris*). Il chiaro intento dello Studioso è quello di esaltare la prima delle due funzioni, nel culto *weberiano* del precedente, quale strumento predittivo per i litiganti e, conseguentemente, deflattivo del contenzioso.

Questi sono alcuni degli indici dai quali emerge la funzione eminentemente pubblicistica del giudizio di cassazione: esso è preceduto dal passaggio attraverso una stretta griglia di improcedibilità ed inammissibilità; presuppone un ricorso dalla forma rigida e vincolata ed una procura speciale, che sia coeva o successiva alla sentenza impugnata; ammette il solo deposito di atti che riguardino la nullità della sentenza impugnata oppure l’ammissibilità del ricorso stesso; è previsto l’intervento del procuratore generale in ogni causa ed al procuratore generale stesso è data la possibilità di impugnare per cassazione sentenze che le parti non abbiano impugnato o non abbiano potuto impugnare (affinché non ne sia tratto l’esempio); non è la sentenza della Cassazione a passare in giudicato, bensì quella del giudice del rinvio (in ipotesi di cassazione), oppure quella del giudice *a quo* in ipotesi di rigetto o dichiarata inammissibilità del ricorso (solo successivamente è stato ammesso che la Cassazione possa decidere – in ristrettissime ipotesi – nel merito ed è, dunque, questa decisione che ha la forza di passare in giudicato); la Corte può decidere di pronunziare il principio di diritto anche in ipotesi di inammissibilità del ricorso.

Ne è venuto fuori un procedimento di estrema snellezza, agile e veloce. Modernissimo per l’epoca. Nel giudizio di cassazione, il ricorso è tutto, è il crogiuolo stesso in cui si agita l’intera dinamica processuale. I motivi lì espressi cristallizzano l’impugnazione. Le eventuali memorie per l’udienza non possono contenere

motivi aggiunti. Il ricorso è notificato alla controparte e nei termini depositato innanzi al giudice di legittimità. Segue, ad opera della cancelleria, l'avviso di fissazione dell'udienza, che mette le parti in termine per depositare eventuale memoria. Nel giorno dell'udienza o dell'adunanza la causa è decisa, siano presenti o non le parti. Di fatto questo giudizio ha natura oppositoria: non è più in gioco il rapporto processuale tra le parti. Il vero bersaglio è la sentenza impugnata: il verdetto consiste nello stabilire la sua tenuta, oppure la sua caducazione.

Questi principi confluirono venti anni dopo la pubblicazione dell'opera di Calamandrei nel codice di procedura civile e nell'Ordinamento Giudiziario. La Carta fondamentale diede poi rilievo costituzionale alla Corte di cassazione, stabilendo all'art. 111 che *“Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge”*. Restando escluse da questa regola le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, le quali possono essere impugunate per cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.

È indubbio, dunque, che il legislatore costituente configurò la Magistratura ordinaria quale pilastro del nuovo ordinamento repubblicano, dedicandole l'intero Titolo IV (dopo i Titoli dedicati al Parlamento, al Presidente della Repubblica ed al Governo) e ponendo al suo vertice la Corte di cassazione, con funzione di garante della esatta interpretazione della legge. Questo è il senso che può essere attribuito all'art. 111, benché nel suo testo non sia stato trasfuso l'intero dettato dell'art. 65 dell'Ordinamento Giudiziario e non siano state, dunque, appieno proclamate le idee di Calamandrei in tema di Corte nomofilattica. La Corte dei conti ed il Consiglio di Stato sono definiti organi ausiliari del Governo.

Ecco che in questo corso di studi ancora una volta ci troviamo ad interrogarci su quanto sia rimasto non solo dell'ormai centenario disegno calamandreiano, ma anche dell'intero sistema configurato dal legislatore costituzionale e da quello ordinario.

L'antico lamento

Dopo il mio, si susseguiranno gli annosi e consueti lamenti. Soprattutto Franco De Stefano e Antonio Scarpa ci faranno intuire, non senza velo di melancolia, che quello dello studioso fiorentino è probabilmente rimasto un sogno irrealizzato o forse realizzato finché l'economia italiana nel secondo dopoguerra non s'è trasformata da rurale in industriale, da statica a dinamica, i traffici si sono moltiplicati. Allora, qualsiasi sistema giuridico ha cominciato ad incrinarsi per poi implodere, mentre il contenzioso giudiziario ha subito un'insostenibile esplosione. Così, i nodi sono venuti al pettine ed hanno di fatto inceppato non solo la funzione nomofilattica della Corte, ma lo stesso adempimento del suo

ordinario compito giurisdizionale. I ruoli si sono riempiti a dismisura, il numero delle cause pendenti è lievitato, come è lievitato il numero dei provvedimenti annualmente emessi, i tempi di definizione delle controversie si sono dilatati senza più controllo e comunque ben oltre i limiti imposti dal principio di ragionevole durata del processo, costituzionalizzato nel 1999.

Il paradosso sta nel fatto che lo stesso art. 111 Cost., il quale dovrebbe rappresentare la costituzionalizzazione del principio di nomofilachia, s'è convertito in grave ostacolo a tale funzione. I lavori preparatori della Carta fondamentale ci dicono che fu proprio Calamandrei a volere quel testo, quale sintetico precipitato della sua idea di cassazione come tutela dello *ius constitutionis*; tuttavia, la generalizzata previsione d'impugnazione avverso tutte le sentenze e la circostanza che il codice di rito poneva tra i motivi di ricorso, oltre alla violazione e falsa applicazione di legge, anche la nullità del processo ed i vizi della motivazione (i nn. 4 e 5 dell'art. 360 c.p.c.), hanno fatto sì che, ad opera della stessa giurisprudenza della Corte, s'è prodotta una decisiva curvatura in termini di garanzia soggettiva e tutela dello *ius litigatoris*. Giurisprudenza che, peraltro, ha incrementato a dismisura la categoria dei provvedimenti impugnabili.

Che la crisi sia antica è dimostrato dal fatto che già nel 1988 i vertici della Cassazione lanciarono un grido d'allarme circa le condizioni di collasso in cui era ridotta la Corte. Si trattava di un appello (poi noto come la *Bozza Brancaccio/SgROI*) in cui i due magistrati definivano l'Istituzione un "*non senso*" rispetto alle altre corti supreme europee, nella misura in cui era composta da un numero spropositato di magistrati, era afflitta da insostenibili pendenze e rendeva un numero di provvedimenti incompatibili con il suo essere (in tesi) una Corte di legittimità. Eppure quella dell'epoca era una Corte che pronunciava 9.000 provvedimenti civili l'anno, a fronte dei più di 30.000 di questi ultimi anni, ed il suo organico di magistrati era di gran lunga più ridotto rispetto a quello odierno.

Il legislatore, in realtà, è intervenuto un numero elevato di volte in questi ultimi decenni. A partire dagli anni '90 del secolo scorso fino alle accelerazioni imposte dalle novelle del 2006 del 2009, del 2012 e del 2016. A detta di tutti i commentatori s'è trattato di interventi tra loro contraddittori e spesso contraddittori al loro stesso interno. Talvolta s'è esaltato lo *ius constitutionis*, altre volte s'è virato verso lo *ius litigatoris*.

I quesiti di diritto, introdotti nel 2006 come requisito d'ammissibilità, sono stati eliminati nel 2009 dalla legge n. 69; quest'ultima ha, però, introdotto il 360-bis c.p.c. che si sperava essere il vero grimaldello per spazzare via tutto l'arretrato che non avesse valenza nomofilattica. Ma lo strumento non risulta essere stato in concreto utilizzato dalla Corte.

Trasformando la maggior parte dei provvedimenti emessi da sentenze in ordinanze (quelle rese a seguito del rito camerale) si auspicava che gli stessi

fossero resi con una motivazione sommaria, limitata alla mera citazione dei precedenti sostanziali o processuali ed alla veloce dichiarazione d'inammissibilità di questioni di mero fatto. Si sono pure ripetutamente predisposte *stringhe motivazionali* alle quali l'estensore avrebbe dovuto adeguarsi in fattispecie (quelle non di rilievo nomofilattico) che non richiedessero una più compiuta motivazione. Il tentativo è altrettanto ripetutamente abortito, con la conseguenza che ordinanze dichiarative di inammissibilità o che rigettano il ricorso, per il rilevato adeguamento della sentenza impugnata a consolidati precedenti di legittimità, possono continuare a dipanarsi per decine di pagine.

Si è creduto che fosse possibile risolvere il problema dell'arretrato attraverso la costituzione di una apposita sezione filtro (introdotta dalla stessa legge del 2009), ossia attraverso un sistema di spoglio che consentisse di separare le cause che hanno valenza nomofilattica da quelle che non l'hanno; le prime da risolvere in pubblica udienza presso le sezioni di competenza tabellare per materia, le seconde in sede camerale presso la stessa sezione filtro. Senonché, nel 2016 è stato introdotto il rito camerale di *default* anche presso le sezioni ordinarie, con la conseguenza che la sezione filtro si rivela non solo inutile (lo stesso spoglio lo si può esercitare presso ogni sezione con il medesimo esito camerale) ma gravosa. Infatti, il rito camerale presso la sesta sezione filtro si svolge attraverso la preventiva comunicazione alle parti della proposta del relatore; comunicazione che non è, invece, prevista per il rito camerale in sezione. L'unico effetto di questi scriteriati innesti processuali è che attualmente la Corte conosce ben tre riti di base (ciascuno con la previsione di termini diversi): quello dell'udienza pubblica, quella dell'adunanza camerale presso le sezioni ordinarie e quello della adunanza camera presso la sezione sesta. A questo si aggiungono appositi riti per specifiche materie di contenzioso.

Nel 2012 è stata introdotta la possibilità di dichiarare l'inammissibilità dell'appello per mancanza di una ragionevole probabilità di essere accolto. La novella (in verità poco utilizzata dalle corti di merito) ha comportato che tutte le impugnazioni delle parti vanno rivolte verso la sentenza di primo grado mediante ricorso per cassazione. Cosicché, depotenziando l'appello, s'è fatto in modo che la sopravvenienza della Corte è ulteriormente aumentata. Senza considerare che in alcune materie, come la Protezione Internazionale, l'appello è stato affatto soppresso, con la conseguenza che solcare le porte della Cassazione è, per la parte insoddisfatta, inevitabile.

Fatto sta che, nonostante i numerosi interventi legislativi, la pendenza, che a dicembre 2018 ammontava a 111.000 unità, ammonta a dicembre 2020 a 120.000 unità, nonostante il blocco trimestrale imposto dalla pandemia.

Frattanto, in questi ultimi decenni l'organico della Corte è cresciuto a dismisura (quanto a magistrati addetti al Massimario, consiglieri e presidenti di

sezione), superando il numero di 500 unità. A questi si aggiungano i magistrati ausiliari applicati alla sezione tributaria. Poi, un progetto di questi giorni prevede l'aggiunta di altri magistrati (forse 100) non togati da applicare, anch'essi, alla sezione tributaria.

Si tratta del più grande ufficio giudiziario nazionale, che impegna quotidianamente una impari lotta nel tentativo di abbattere i numeri dei processi pendenti. Il quale è talmente elevato che – sia in campo sostanziale, sia in campo processuale – dappertutto si annidano contrasti.

Per decenni la corsa ai numeri ha fatto mancare sia la visione complessiva del fenomeno, sia un progetto che guardi al futuro. Alla fine hanno vinto i numeri, nel senso che sono diventati il formante stesso della Cassazione, l'hanno deformata alle loro esigenze, hanno appannato il senso della Corte del precedente, del bisogno ineludibile di una giurisprudenza predittiva ed al tempo stesso deflattiva. Al contrario, sempre più frequentemente si verifica il paradosso che contrasti consapevoli o inconsapevoli o, comunque, la manifesta instabilità degli orientamenti siano forieri della spropositata amplificazione del contenzioso.

Non si è più riflettuto su quello che attualmente è la Corte di legittimità, rispetto a quello che le chiede di essere il mondo del diritto e la società civile contemporanea. Non s'è riflettuto sul fatto che essa non può nostalgicamente essere quello che ideò Calamandrei cento anni fa, ma che neppure può restare imprigionata nella palude del “*non senso*”. Una mancanza di idee che, in realtà, è mancanza di dibattito, è soggezione, da parte di tutti, anche degli stessi magistrati della Corte, ad una soma dalla quale sembra impossibile liberarsi. Idee che sicuramente non possono attendersi dall'attuale legislatore, ma che neppure sembrano essere seriamente elaborate ed avanzate dalla Magistratura, dal Foro e dall'Accademia. Così, tutti insieme rischiamo di continuare ad agitarci all'infinito in questa inesorabile deriva.

L'attuale assetto Giurisdizionale – dalla Nomofilachia alle Nomofilachie

Proprio in questi giorni, nell'aggirarmi tra gli scritti del Maestro, mi sono imbattuto in un suo memorabile discorso tenuto a Milano nel gennaio del 1955, nel quale, tra l'altro, diceva: “*Però, vedete, la costituzione non è una macchina che una volta messa in moto va avanti da sé. La costituzione è un pezzo di carta: la lascio cadere e non si muove. Perché si muova bisogna ogni giorno rimetterci dentro il combustibile, bisogna metterci dentro l'impegno, lo spirito, la volontà di mantenere queste promesse, la propria responsabilità ...*».

E proprio da quest'ultimo spunto partirei per porre al centro della discussione un ineludibile dato, dal quale non può prescindere se si vuole volgere lo sguardo verso il futuro della Cassazione e della Magistratura ordinaria tutta. In

più di 70 anni l'assetto centralistico delineato dal Costituente per la Magistratura ordinaria e per il suo organo di vertice che è la Cassazione si è di fatto, gradualmente offuscato. È il caso di dire che alla Costituzione di carta sé sostituita e contrapposta la Costituzione vivente. Un nuovo assetto in cui accanto alla nomofilachia (una volta unica e suprema) della Corte di cassazione si sono stratificate una serie di nomofilachie. A partire da quelle dei Tribunali sovranazionali, per arrivare a quelle del giudice amministrativo e delle Autorità di Garanzia. Perfino l'Arbitro Bancario, che nasceva come mero e veloce risolutore bonario di controversie, s'è trasformato in organo che afferma principi giuridici in ambiti vitali per l'economia del Paese; principi che spesso (lo abbiamo constatato in un recente incontro di studi organizzato dalla Formazione del CSM presso la Corte) contrastano con quelli dettati dalle Sezioni Unite. A questo si aggiunga che i provvedimenti delle stesse Autorità Garanti sono soggetti non al controllo del giudice ordinario, bensì a quello del giudice amministrativo. Giudice amministrativo che, a sua volta, s'è visto attribuire dal codice del processo amministrativo numerosissime e relevantissime materie di giurisdizione esclusiva (sottratte, dunque, al giudice ordinario), oltre, soprattutto, l'intera materia del risarcimento del danno (a diritti ed interessi) da provvedimento illegittimo. Anche i rapporti con la Corte costituzionale (dei quali poi ci parleranno Mario Morelli e Luigi Salvato) hanno operato recentemente una intensa virata.

D'altronde, basta esaminare le statistiche delle pendenze in Corte per rilevare che nello spazio di dieci anni le sopravvenienze e le pendenze presso le tre sezioni cd. *Generaliste* (la prima, la seconda e la terza), nonché presso la sezione Lavoro, sono drasticamente diminuite, risolvendosi, peraltro, spesso in questioni bagatellari, raramente di rilievo nomofilattico; mentre sono in maniera esponenziale aumentate quelle di competenza della sezione tributaria (che ha finito per assorbire la metà dell'intero contenzioso pendente) e quelle in materia di Protezione Internazionale.

Questa stratificazione di nomofilachie ed il venir meno, nel quadro ordinamentale, della centralità della magistratura ordinaria è frutto del profondo rinnovamento politico sociale delle moderne comunità europee. Bisogna riconoscerlo ed analizzarlo così com'è, ma, al contempo, occorre riflettere su quali siano le esigenze del cittadino contemporaneo, quale sia il nuovo catalogo dei suoi diritti, quale garanzia occorra offrirgli rispetto alle sempre più violente prevaricazioni del mercato e dell'economia globale. Quale sia il ruolo che tuttora svolge il giudice ordinario in questo contesto. Occorre che la comunità degli operatori del diritto elabori nuovi modelli processuali che soddisfino esigenze di rapidità ed, al contempo, di profonda attenzione per sempre rinnovate posizioni giuridiche.

Che fare?

Dopo tutto quanto premesso, occorre pur guardare verso un orizzonte. Mi limito a pochi accenni su prospettive che meriterebbero lunghe ed approfondite meditazioni in altre sedi. Fermo restando, ovviamente, che siamo tutti d'accordo sul fatto che al Paese tuttora serva un giudice della nomofilachia e che non consideriamo l'art. 65 dell'O.G. un obsoleto rottame. Mi limito ad esporre alcune prospettive, senza abbracciare nessuna di esse.

Certamente c'è poco da attendersi da nuovi esperimenti organizzativi interni alla Corte. Tutto lo sperimentabile è stato sperimentato. Gli stessi magistrati dichiarano e dimostrano di essere allo stremo. Da ciascuno di loro, che redige mediamente 200 provvedimenti l'anno, non può esigersi di più; peraltro, ciascuno opera nella soggezione ad un ritmo di lavoro che paradossalmente contrasta con i tempi di studio e speculazione che, in tesi, sono propri del giudizio di legittimità.

Piuttosto, bisogna riflettere su un nuovo giudizio di cassazione, rimodulato dal legislatore ordinario nel rispetto del precetto costituzionale di cui all'art. 111, mettendo in campo alcune proposte che in questi ultimi anni sono state avanzate. Soprattutto, siccome la copertura costituzionale riguarda la sola violazione di legge, è indispensabile che l'accesso alla cassazione sia ristretto a questo vizio. Si è visto che la novella del 2012, che ha trasformato il n. 5 dell'art. 360 c.p.c. da *vizio della motivazione* in *omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio*, ha sortito scarso effetto. Il nuovo testo comunque consente al ricorrente di virare sul fatto, allo scopo di conseguire un terzo grado di giudizio del merito. D'altronde, lo stesso vizio di *falsa applicazione* consente (lo noteranno i relatori che mi seguono) una vistosa e insostenibile deriva sul merito.

Abbiamo visto che i lunghi tempi del processo civile, in generale, e del processo di cassazione, in particolare, fanno sì che l'interpretazione nomofilattica di una determinata disposizione normativa intervenga molti anni dopo il verificarsi della fattispecie che ha dato origine alla controversia. Controversie sempre più frequentemente seriali, siccome conseguenti a provvedimenti normativi improvvisati e di settore, difficilmente inseribili in un sistema giuridico. Provvedimenti che, spesso, quando arrivano all'interpretazione della Corte, hanno cessato la loro efficacia, oppure sono stati abrogati, oppure sono stati travolti da successiva normazione. Intanto negli anni si susseguono le interpretazioni fornite dai giudici del merito, talvolta palesemente errate o, comunque, contrastanti tra loro. Sappiamo quanto non sia infrequente, su tutto il territorio nazionale, che giudici aventi ufficio nella medesima stanza propendano per diverse soluzioni della stessa questione contrapposte tra loro. Sappiamo pure che, in questo caso, da parte degli avvocati si auspica che la causa vada assegnata ad uno o all'altro dei

giudici che fornisca alla questione una soluzione confacente alle proprie istanze. Intanto, quando dopo anni interviene l'uniforme ed esatta interpretazione della legge (auspicata dall'art. 65 dell'O.G.) il danno è fatto, molte parti hanno finito per l'ingiustamente soccombere, il contenzioso, in mancanza di predittività giurisprudenziale, è esploso all'infinito. Tutto questo avviene spesso in tema di diritti fondamentali del cittadino, quali il diritto alla salute, alla casa, alla personalità, al suo rapporto con il Fisco.

Il problema è stato risolto sin dal 1991 dal codice di procedura civile francese, che ha introdotto la cd. *saisine pour avis*, istanza interpretativa che qualsiasi giudice può rivolgere alla Corte di cassazione quando si trova ad affrontare l'esegesi di una disposizione normativa che non abbia ancora una copertura nomofilattica. È una sorta di preventivo incidente di legittimità che consente di fornire immediatamente l'esatta ed uniforme interpretazione della legge alla quale possano adeguarsi tutti i giudici che la medesima questione si trovino ad affrontare. Meccanismo, questo, che potrebbe essere agevolmente introdotto nel nostro ordinamento, con straordinari effetti deflattivi del contenzioso, e che vede un embrione nell'art. 420-bis del c.p.c. ("*Accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti e accordi collettivi*").

Per andare oltre, c'è chi ha auspicato lo stesso ricorso per cassazione come una sorta di incidente di legittimità, sulla scorta dell'incidente di costituzionalità. In questo caso, l'istanza potrebbe essere rivolta allo stesso giudice *a quo*, il quale rimetterebbe la questione alla Corte nomofilattica attraverso il quesito formulato dalle parti o d'ufficio. Il che consentirebbe quel filtro *a monte* che oggi la Corte è costretta a faticosamente eseguire *a valle*.

Al fine di disincentivare la proposizione di ricorsi manifestamente infondati o addirittura temerari potrebbero poi essere assunti dei provvedimenti semplicissimi che non inciderebbero né sul sistema ordinamentale né su quello processuale, traducendosi in elementari strumenti di carattere economico: questi potrebbero variare dal ripristino del deposito in caso di soccombenza, di cui all'abrogato art. 364 c.p.c. al semplice aumento dell'importo del contributo unificato, che, ai sensi dell'art. 13 d.P.R. n. 115/2002 è oggi pari, nel minimo, a 86 Euro. Al riguardo sarebbe auspicabile, per un verso, che questo importo fosse reso (almeno) pari a quello stabilito per i ricorsi dinanzi al Consiglio di Stato (pari, nel minimo, a 650 Euro) e, per l'altro, che fosse superato il criterio per cui esso è parametrato al valore economico della causa, spesso non sovrapponibile all'importanza o alla difficoltà della questione di diritto discussa nel giudizio di legittimità.

Questi accenni sono solo la dimostrazione che esiste la possibilità di uscire dalle attuali forche, che la strada da fare è lunga ma bisogna che la si cominci ad impegnare per restituire alla società una istituzione che concretamente attui i precetti di eguaglianza tra cittadini e di soggezione dei giudici alla sola legge.

**Giudice e Precedente: per una Nomofilachia sostenibile
(Nomofilachia e giurisdizione. La costruzione del diritto vivente.
La forza del precedente tra persuasività e vincolatività.
La rilevanza esterna e interna del principio di diritto)**

SOMMARIO: 1. Prologo. – 2. Giurisprudenza e sistema delle fonti. – 3. Il ruolo del precedente e la certezza del diritto. – 4. La certezza del diritto in tensione dialettica con le esigenze del cambiamento. – 5. Il ruolo del precedente nella disciplina processuale. – 6. La forza indiretta del precedente. – 7. Una nomofilachia consapevole e responsabile. – 8. I progetti tematici. – 9. La rilevanza interna del principio di diritto. – 10. Epilogo.

1. Prologo

In un dibattito complessivo sul ruolo della Corte di cassazione nel sistema giudiziario civile italiano è indispensabile prendere le mosse dalle chiare coordinate costituzionali, che disegnano un giudice soggetto soltanto alla legge ed impongono l'ammissibilità sempre e comunque, contro le "sentenze", del ricorso per cassazione per violazione di legge; ma anche dall'evidente involuzione del sistema nel senso di un incremento esponenziale del contenzioso, segnale preoccupante dell'insoddisfatta domanda di giustizia in un contesto di eccezionale crescente complessità anche nei rapporti tra fonti ed ordinamenti anche su più livelli concorrenti.

La nomofilachia, dall'antico ellenico (i sostantivi *nomos* – legge – e *phylakìa* – guardia – quale sinonimo di *phylaké'*), è appunto la custodia (del retto significato) della legge, in ultima analisi dell'ortodossia (anche in questo caso dall'antico ellenico *orthos* – giusto o corretto – e *doxa* – opinione – da cui già in quella lingua *orthodoxìa*) del diritto. Ci si chiede allora se la nomofilachia, che resta un valore già soltanto per positiva definizione di legge e quindi per scelta del legislatore, possa essere adeguata alle attese della moderna società in tumultuosa evoluzione: come, in sostanza, essa possa dirsi sostenibile in questo ambiente

¹ V. le voci corrispondenti in L. Rocci, *Vocabolario greco-italiano*, Roma, 1939 (prima edizione, costantemente aggiornata; l'ultima è del 2011, con la collaborazione di G. ARGAN e altri).

sociale e culturale, caratterizzato, nel campo giuridico, da un rapporto interattivo tra il giudice ed il precedente giurisprudenziale.

L'esigenza di conciliare la "qualità" e la "quantità" del prodotto giurisdizionale della Corte di cassazione – di come, quindi, questa Corte possa dirsi sostenibile nel sistema anche nel senso di svolgere una funzione utile e coerente – deve farsi carico allora di esaminare senza ipocrisie la situazione attuale², al fine di offrire una risposta che possa dirsi la più in linea possibile col dato normativo vigente e quindi *de iure condito*, senza rinunciare però ad una riflessione anche *de iure condendo*. E sempre in un equilibrio dinamico tra lo *ius litigatoris* e lo *ius constitutionis*, che connotano da sempre il giudizio di legittimità nazionale.

Ma l'analisi non può mancare di un momento progettuale, dinanzi alla constatazione della insostenibilità della situazione attuale, anacronistica in un contesto globalizzato dove si esige affidabilità e prontezza, spesso misurata in nano-secondi, di ogni decisione; ed occorre chiedersi se non sia il caso di tentare una selezione degli obiettivi ragionevolmente raggiungibili nel contesto dato in base ad un ordine assiologico chiaro.

È auspicabile che ogni tentativo di reinterpretazione della struttura processuale vigente e, al suo interno, della nomofilachia sia orientato a considerarla quale suo valore fondante, in costante tensione dialettica tra il principio della soggezione del giudice soltanto alla legge e quello della certezza del diritto quale preconditione del quotidiano percorso verso l'uguaglianza sostanziale e l'effettiva tutela della dignità della persona.

2. Giurisprudenza e sistema delle fonti

Le brevi osservazioni che qui si svolgono si riferiscono al diritto ed al processo civile.

² Innumerevoli i contributi in Dottrina. Tra i recenti interventi diversi dalle trattazioni istituzionali si segnalano: E. SCODITTI, *La nomofilachia naturale della Corte di cassazione. A proposito di un recente scritto sulla «deriva della Cassazione»*, in *Foro it.*, 2019, V, 415 ss.; G. MICCOLIS, *Nomofilachia, Sezioni Unite e questione di «particolare importanza»*, in *Questione Giustizia* on line, all'URL <https://www.questionegiustizia.it/articolo/nomofilachia-sezioni-unite-e-questione-di-particolare-importanza>; G. COSTANTINO, *Appunti sulla nomofilachia e sulle «nomofilachie di settore»*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 1443; IDEM, *Per la salvaguardia delle prerogative costituzionali della Corte di cassazione*, in *Foro it.*, 2018, 71; IDEM, *Il giudizio di cassazione tra disciplina positiva e soft law*, in *Giur. It.*, 2018, 777-784. In senso francamente critico, B. SASSANI, *La deriva della cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 43 ss. e in www.judicium.it, 3 giugno 2019; B. CAPPONI, *La Corte di cassazione e la «nomofilachia» (a proposito dell'art. 363 c.p.c.)*, ivi, 6 aprile 2020; F. AULETTA, *Sulla dubbia «opportunità» e i limiti certi della pronuncia d'ufficio ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c. etc.*, in www.judicium.it, 8 luglio 2019, in nota critica a Cass. 12 febbraio 2019, n. 3967.

Può definirsi una conclusione pacifica che l'ordinamento giuridico italiano non annovera la giurisprudenza dei giudici comuni – al di là quindi di quella costituzionale – nel sistema delle fonti del diritto, poiché anche i provvedimenti giudiziari che enunciano “principi di diritto” hanno il solo ruolo di comprimari nell'interpretazione delle norme giuridiche: la giurisprudenza comune, pertanto, mantiene una funzione essenzialmente dichiarativa e non altera, né integra la norma interpretata.

Soltanto in via mediata, peraltro, è accettata l'idea della dottrina e della giurisprudenza come fonti integrate di diritto³: ed in tanto può accettarsi tale conclusione, in quanto l'una e l'altra sono obiettivamente in grado di influire, talvolta in modo determinante anche negli ordinamenti che non vi riconoscono un ruolo formale, sulla conformazione concreta delle regole di diritto e sul sistema delle loro interazioni.

È certo tuttavia che la giurisprudenza, neppure quando si presenta in quella sua *species* peculiare che è il precedente in senso stretto⁴ (e che, in via descrittiva, può indicarsi nella pronuncia riferita ad un caso plausibilmente suscettibile di generalizzazione o di apprezzabile reiterazione e quindi idonea a regolare una serie potenzialmente indefinita di fattispecie analoghe o simili), non implica, neppure quando è articolata sull'enunciazione esplicita di un principio di diritto, la codificazione di una norma di dettaglio a corredo di quella interpretata, ma si mantiene invece, formalmente e sostanzialmente, entro la struttura e la funzione di un'enunciazione della regola di giudizio applicata, benché suscettibile di applicazione in fattispecie uguali o analoghe⁵.

L'ordinamento italiano, come tutti quelli tradizionalmente ricondotti alla struttura di *civil law*, non riconosce formalmente al precedente giurisprudenziale, quand'anche proveniente dagli organi di vertice delle rispettive giurisdizioni, un carattere vincolante in senso stretto, nel senso di imporsi quale regola di giudizio a sé stante al decidente di casi diversi: e pure la Corte costituzionale riconosce alla giurisprudenza una funzione essenzialmente dichiarativa⁶.

³ Per tutti e per utili approfondimenti e richiami anche bibliografici e storici, v.: N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, 1153-1167; G. GORLA, voce: “Giurisprudenza”, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 489.

⁴ Nella sconfinata letteratura sul tema si può segnalare, per un primo approccio e guida ad ulteriori approfondimenti, A. CARLEO (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato – i precedenti*, Bologna, 2018; tra i molti classici, una menzione può farsi a G. GORLA, voce: “Precedente giudiziale”, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1990.

⁵ G. AMOROSO, M.R. MORELLI, *La “funzione nomofilattica” e la “forza” del precedente*, in M. ACIERNO, P. CURZIO, A. GIUSTI (a cura di), *La Cassazione civile – lezioni dei Magistrati della Corte suprema italiana*, III ed., Bari, 2020, 466.

⁶ Per tutte, v. Corte cost. 12 ottobre 2012, n. 230, in *Giur. cost.*, 2012, 3440, la quale parla di “effica-

D'altra parte, non è nuovo il rilievo che il riferimento al precedente non è più, da tempo, una caratteristica peculiare degli ordinamenti di *common law*, essendo ormai diffuso anche in quelli di *civil law*, allo stesso modo in cui nei primi è sempre più diffuso il ricorso alla legge scritta e ad una vera e propria codificazione di sempre maggiori settori del diritto⁷.

Eppure, sebbene nel sistema non operi il canone di *stare decisis*⁸ tipico degli ordinamenti di *common law*, la circostanza che un principio di diritto risulti nel tempo fissato in una massima di diritto non è senza effetti: un indirizzo costante e ripetuto negli anni comporta la formazione di una situazione qualificata come di "diritto vivente", che esprime la norma di legge contestualizzata dai principi di diritto che ad essa afferiscono; situazione questa che crea affidamento nella tendenziale stabilità del quadro normativo e nella certezza dei rapporti giuridici.

cia non cogente, ma di tipo essenzialmente 'persuasivo'" delle pronunce delle Sezioni Unite della Corte di cassazione.

⁷ M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 03, 709.

Non manca però chi ammonisce come, benché quello della convergenza sia il modo di vedere più sofisticato al giorno d'oggi, sarebbe bene che non lo fosse troppo, poiché nello stile, nel tono, negli atteggiamenti e persino, in buona misura, nella struttura formale, i sistemi di *common law* differiscono in maniera significativa da quelli di *civil law* (F.F. SCHAUER, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard College, 2009, trad. it. *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, Roma, 2016, 156).

⁸ Al riguardo, v. P. CURZIO, *Il giudice e il precedente*, in *Questione giustizia*, 2018, 4, 37 ss., oppure in https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/il-giudice-ed-il-precedente_578.php, § 1, ove ulteriori ampi richiami:

- a H.J. MERRYMAN (VOCE: *Common law (paesi di)*, III, *Diritto degli Stati Uniti d'America*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VII, Roma, 1990), il quale sottolinea che «Lo *stare decisis* può essere inteso sia come una regola giuridica vera e propria in virtù della quale i giudici sono tenuti a seguire i precedenti giudiziari, sia come un principio di *policy* (dettato, cioè, da ragioni di giustizia e di convenienza, epperò privo di uno specifico rilievo normativo), per cui casi simili dovrebbero essere decisi nello stesso modo»; ma pure che «nell'esperienza statunitense i giudici considerano lo *stare decisis* più come un principio di *policy* che come una regola di diritto; riconoscono i vantaggi derivanti dall'affidamento fatto sui precedenti a fini di stabilità e prevedibilità del diritto, nonché di efficienza dell'amministrazione della giustizia; ma, là dove si presentano ragioni sostanziali che giustificano una soluzione diversa, il precedente può essere distinto, modificato o, meno frequentemente, eliminato (*overruled*), sicché per i giuristi nord-americani, rappresenta un'esagerazione parlare di «precedente strettamente vincolante (*binding precedent*)».

- a P. STEIN, *Common law (paesi di)*, I *Diritto inglese*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. VII, ove si afferma che la regola ha una declinazione particolarmente rigorosa nell'esperienza inglese, ma si ricorda che nel 1966 la *House of Lords* annunciò che in casi eccezionali si sarebbe discostata dalle proprie precedenti decisioni, ove avesse ritenuto giusto farlo; più ampia la possibilità di deoga nel diritto statunitense.

Nel nostro ordinamento giuridico, caratterizzato dalla complessità dell'insieme delle norme che lo compongono, l'attività interpretativa della giurisprudenza svolge una funzione di completamento delle norme stesse che, pur nella dialettica delle possibili diverse soluzioni interpretative, confluisce infine a realizzare la "uniforme interpretazione della legge" e la stessa "unità del diritto oggettivo nazionale", di cui è menzione nel richiamato art. 65 ord. giud. (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12).

Tale è il diritto vivente, categoria da tempo ben nota sul piano del giudizio di costituzionalità, tanto che la Consulta, cui si deve la teorizzazione della relativa dottrina⁹, tende a dichiarare inammissibili o manifestamente inammissibili le questioni sollevate dal giudice rimettente su un presupposto interpretativo contrastante con il diritto vivente.

In primo luogo, solo in tempi relativamente recenti si è rafforzata normativamente in Italia l'obbligatorietà dell'enunciazione del principio di diritto in caso di cassazione ed il relativo istituto è stato rivitalizzato con le riforme del giudizio di legittimità, nonostante le perplessità di parte della Dottrina.

Ai limitati fini di queste riflessioni, può proporsi operativamente e descrittivamente il principio di diritto come una *species* del *genus* del precedente giurisprudenziale, in cui l'enunciazione della regola di diritto applicata in concreto dal giudicante è esplicita e formale, anche a fini di immediata identificazione ad opera vuoi del giudice del rinvio, vuoi della generalità dei consociati cui essa è diretta.

È vero che soprattutto l'enunciazione del principio di diritto in termini generali ed astratti si presta ad una generalizzazione tale da offrirne una funzione integratrice del comando contenuto nella norma, non soltanto esplicativa del suo contenuto, ma appunto di produzione della norma da applicare alla fattispecie concreta e, di conseguenza, ad una serie potenzialmente indefinita di fattispecie analoghe future o diverse: con caratteri, così, di per sé assimilabili a quelli della norma stessa.

Ed è altrettanto vero che il principio di diritto, anche al di là della sua formale enunciazione, può comunque ricavarci dalla ragione posta a base della singola decisione del giudice: anzi, normalmente integrando la motivazione appunto la stessa esposizione dei passaggi argomentativi che, dal giudizio di fatto, hanno condotto il giudicante a quello conclusivo di diritto e, quindi, alla regolazione della fattispecie.

Tuttavia, nell'ordinamento italiano il principio di diritto, come il (più o meno autorevole) precedente giurisprudenziale pure non articolato nell'enunciazione

⁹ Per tutti, M.R. MORELLI, *Il "diritto vivente" nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1995, II, 169.

esplicita di una regola generale ed astratta e che si limiti ad applicarla rimettendo all'attività dell'interprete la sua enucleazione, non è tecnicamente vincolante e non ha il rango di fonte del diritto. E suole dirsi che la sua valenza sta nella sua persuasività, cioè nella sua idoneità, per la coerenza del processo decisionale e motivazionale espresso, a convincere la platea potenzialmente indefinita di operatori del diritto in generale e dei futuri decisori in particolare¹⁰.

3. Il ruolo del precedente e la certezza del diritto

L'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sul ruolo del precedente nell'ordinamento è vastissima¹¹.

La stabilità della giurisprudenza è solitamente ricondotta alle esigenze imposte dai principi generali di uguaglianza e della certezza del diritto: e, quanto al primo, è intuitivo che uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge significa anche uguaglianza dinanzi alle interpretazioni della legge, uguaglianza di trattamento in sede giurisdizionale¹².

Dal canto suo, la certezza del diritto può definirsi un bene giuridico autonomo, riconosciuto in quanto tale dalla generalità degli ordinamenti e pure da quelli sovranazionali¹³, come l'Unione europea ed il sistema della Convenzione

¹⁰ G. AMOROSO, M.R. MORELLI, *op. cit.*, 467, ove si riconosce al principio di diritto “un ruolo specifico e autonomo nel processo decisionale e motivazionale del giudice, affiancandosi alla tecnica argomentativa di concatenazioni logiche discendenti (secondo un modello sillogistico-deduttivo) o ascendenti (secondo un modello dogmatico-sistematico)”; e ciò in quanto “il riferimento al precedente consente un percorso argomentativo orizzontale che non è né deduttivo, né sistematico, ma di mero rinvio” (con richiamo a M. TARUFFO, *op. cit.*, 710, dove si parla di “struttura topica” dell'argomentazione: i precedenti rappresentano i *tòpoi* che orientano l'interpretazione nella complessa fase della ricerca della norma da applicare e che sostengono l'interpretazione adottata come valida nell'ambito dell'argomentazione giustificativa). In definitiva, “il giudice indica il luogo – il precedente – in cui sono sviluppate le argomentazioni a sostegno del ‘principio di diritto’ assunto come regola di giudizio della fattispecie”.

¹¹ Sulla tematica del precedente giurisprudenziale la letteratura può dirsi sterminata; basti qui un richiamo, tra innumerevoli, a: M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007; R. RORDORF, *Magistratura giustizia società*, Bari, 2020, pp. 321 ss.; G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pubbl.* 2017, 1, 21, ovvero in *Contratto e impresa*, 2017, 2, 367 ss.

¹² G. GORLA, voce: “Precedente giudiziale”, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1990, *cit.*, 6, parla di «principio di uguaglianza qui inteso come uguaglianza di trattamento (giurisdizionale) di casi simili, cioè delle persone che agiscono in questi casi».

¹³ Basti qui un richiamo – per la sterminata dottrina, a G. LORENZI, *La certezza del diritto*, in *Foro it.* 1956, IV, 73 ss., nonché, in giurisprudenza – a Cass., S.U., 17 dicembre 2018, n. 32622, che sottolinea, con altri riferimenti alla giurisprudenza nazionale, come quel principio sia un cardine dell'ordinamento giuridico anche eurounitario, siccome teso a garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti

europea sui diritti dell'Uomo e le libertà fondamentali, attraverso la giurisprudenza delle sue Corti: ma la ragionevole prevedibilità, intesa ormai sempre più diffusamente come autentica calcolabilità¹⁴, del diritto è diventata obiettivo centrale degli ordinamenti, che, sia pure sotto la spinta incessante di mercati aggressivi e globalizzati, la esige quanto meno quale preconditione per la parità di trattamento in casi uguali, con la riscoperta e l'interpretazione evolutiva o adeguatrice del principio di uguaglianza in senso formale e sostanziale.

Tanto è verosimilmente dovuto alle caratteristiche che stanno via via acquistando gli scambi economici e giuridici in una dimensione globale e tecnologica del diritto, ma si correla al principio della calcolabilità e della ragionevole durata in termini di prontezza della risposta di giustizia ed alle prospettive, ancora allo stato indefinite, dell'applicazione dell'automazione anche al mondo giuridico ed alle sue articolazioni tradizionali, non ultime quelle della decisione¹⁵.

Il medesimo principio si correla intimamente a quello della tutela dell'affidamento: se qualcuno sa che in una determinata situazione vale una certa regola adeguerà i suoi comportamenti; e, facendo affidamento sui precedenti, vengono compiuti atti e attività. Ma il mutamento di giurisprudenza colpisce, con invalidità degli atti o forme di responsabilità, chi, avendovi fatto affidamento, è ora parte soccombente nel giudizio che porta alla nuova decisione; ed il cambiamento plausibilmente colpirà anche altre persone che nel frattempo, prima delle nuove decisioni, hanno compiuto un simile atto o tenuto un determinato comportamento¹⁶.

giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia (CGUE 3 settembre 2009, in causa C-2/08, Olympicclub; CGUE 30 settembre 2003, in causa C-224/01, Kobler; CGUE 16 marzo 2006, in causa C-234/04, Kapferer). Nella giurisprudenza della Corte EDU, tra moltissime, v., per limitarsi ad una delle più recenti, Corte EDU, IV sez., 12 gennaio 2021, Albuquerque Fernandes c/ Portogallo (ric. n. 50160/13; al suo punto 70 si legge, in particolare che il diritto di accesso al giudice è vulnerato nella sua sostanza quando non persegue la certezza del diritto e la buona amministrazione della giustizia), oppure la tradizionale Corte EDU, G.C., 20 ottobre 2011, Nejd et Perihan Sahin c. Turchia, § 55.

¹⁴ P. CURZIO, *op. loc. ult. cit.*, con richiami a N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, nonché ad A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, cit.

¹⁵ Per un primo approccio, v., *si vis*, F. DE STEFANO, *L'intelligenza artificiale nel processo?*, in *www.giustiziainsieme.it*, dal 6 marzo 2020, reperibile all'URL <https://www.giustiziainsieme.it/scienza-logica-diritto/892-l-intelligenza-artificiale-nel-processo> (ultimo accesso 3 febbraio 2021). Tra molti altri, v., per tutti: A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna 2017, *passim*; A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019, soprattutto pp. 111 ss.; E. BATELLI, *Giustizia predittiva, decisione robotica e ruolo del giudice*, in *Giust. civ.*, 2020, 2, 280; C. CASTELLI, D. PIANA, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in *www.questionegiustizia.it* dal 15 maggio 2018, reperibile all'URL https://www.questionegiustizia.it/articolo/giustizia-predittiva-la-qualita-della-giustizia-in-due-tempi_15-05-2018.php (ultimo accesso 3 febbraio 2021).

¹⁶ P. CURZIO, *Il giudice e il precedente*, cit., § 6.

In generale, ogni persona ha diritto di sapere *a priori* quali saranno le conseguenze giuridiche delle sue scelte e dei suoi comportamenti; in proiezione giudiziale, colui che inizia un giudizio ed investe le sue risorse, impegnando al tempo stesso risorse del sistema giustizia, deve poter calcolare, o quanto meno, ragionevolmente prevedere l'esito della controversia. La ragionevole prevedibilità della soluzione di un giudizio è una componente, non secondaria, del diritto di difesa costituzionalmente garantito. Essa inoltre, inducendo a rinunciare a giudizi il cui esito prevedibile è negativo, si riflette sul sistema giustizia evitando inutili appesantimenti e, di conseguenza, si riflette sugli altri giudizi che, meno numerosi potranno essere trattati con maggiore attenzione e rapidità. In ultima analisi, vi è un nesso tra ragionevole prevedibilità e i principi del giusto processo e della sua ragionevole durata.

Sono, in definitiva, sempre più pressanti le esigenze di riduzione dei margini di oscillazione e quindi di imponderabilità delle decisioni giudiziali, perché si richiede al diritto, onde consentirgli di perseguire la sua funzione di regolatore dei rapporti di forza in un contesto di effettiva e sostanziale uguaglianza, un'intima coerenza non più solo in sede di elaborazione, ma soprattutto al momento della sua applicazione, la quale è infine sentita come irrinunciabile nei traffici giuridici odierni¹⁷.

Ogni scelta giurisprudenziale, incidendo sull'assetto normativo complessivo, ha quindi un costo in senso tecnico (non solo economico e non sempre immediatamente traducibile in termini pecuniari): ed ogni consociato si attende gli elementi per computarlo, al fine di assumere consapevolmente le corrispondenti scelte della propria quotidiana condotta.

L'esponenziale incremento degli scambi, reso possibile non solo e non tanto dalla dimensione globalizzata dei mercati, ma soprattutto dall'impiego sempre più diffuso e capillare di strumenti di comunicazione di anno in anno sempre più sofisticati e comunque nuovi ed impensabili rispetto a poco tempo prima, ha moltiplicato in modo altrettanto esponenziale la domanda di giustizia.

La risposta che il sistema deve essere in grado di apprestare deve possedere connotati tali da scoraggiare i suoi agenti dal rivolgersi a strumenti o sistemi alternativi o da scongiurare che, peggio ancora, essi restino senza alcuna tutela, abbandonati ad una moderna giungla di sfrenata anomia, dove assai semplicemente viga la legge del più forte e si regredisca quindi al mondo preistorico.

¹⁷ Sull'effettività della tutela del diritto, anche nel suo momento esecutivo, v. per tutti Cass., S.U., 14 dicembre 2020, n. 28387, nonché, *si vis*, F. DE STEFANO, *Il giudice dell'esecuzione e la governance del processo esecutivo*, in *Riv. esecuzione forzata*, 2020, 1, 1.

Non è un caso che sempre maggiore attenzione è riservata alla decisione robotica, sia negoziale che giudiziale, nel senso di automatizzata o standardizzata, ad ulteriore netta riduzione dell'imponderabilità delle conseguenze delle umane azioni, sia nel fisiologico momento dello sviluppo delle autoregolamentazioni tra i privati, sia nella patologica evenienza del malfunzionamento degli strumenti da questi elaborati per disciplinare i loro rapporti. In sostanza, l'aspirazione ad un diritto "automatico" – è significativo che un simile lemma può bene intendersi nell'accezione di "pertinente ad automa" o di "elaborato dall'automa" – altro non è che l'estrinsecazione di una sempre maggiore esigenza di stabilità o certezza del diritto, anche nel senso della sua prevedibilità.

Del resto, nessuna norma può dirsi coerente al suo scopo di regolare un'attività umana, se non è in grado di offrire una chiara prefigurazione al soggetto a cui è diretta sia delle condotte che da quello si attendono, sia delle conseguenze della mancata ottemperanza al comando così impartito.

In questo quadro, un delicato equilibrio va ricercato tra la parità di trattamento e la soggezione del giudice soltanto alla legge, salvaguardando l'incoercibile esigenza di uguale regolamentazione di fattispecie uguali ed al contempo l'irrinunciabile libertà di coscienza di chi deve giudicare: a volere riprendere ricostruzioni ormai classiche, sia nel giudizio di fatto che in quello di diritto il giudice civile non è mai pienamente libero, nel senso di svincolato da regole di varia natura, comunque impostegli appunto dalla legge, cui solo pure egli è soggetto.

Nel giudizio di fatto (e quindi nella ricostruzione della fattispecie da sussumere nella norma e cui applicare quindi quest'ultima nel significato), egli deve comunque applicare regole di inferenza tali da assicurare una coerenza tra premesse e conseguenze che reggano al vaglio di plausibilità, ad evitare una mera apparenza di motivazione che neppure oggi, pur dopo la severa limitazione del controllo di legittimità introdotta con la riforma del 2012, sfuggirebbe al vaglio della Corte suprema: e tanto per potere pur sempre rispondere a quell'esigenza di corrispondenza del giudizio – nella specie, di rappresentazione e cioè di raffigurazione di un fatto necessariamente anteriore ed esterno al processo all'interno di questo – a quello di una generalità indistinta di consociati in un dato contesto storico per così dire obiettivizzato, nel cui nome del resto la decisione è presa.

Nel giudizio di diritto, reso ogni giorno più arduo dall'intrico di norme anche su più livelli in settori sempre più specialistici e connotati da un tecnicismo esasperato, vigono poi regole, sostanziali e procedurali in senso lato, di singolare complessità e sempre maggiore raffinatezza, i meccanismi della cui interazione sono assai spesso di non agevole individuazione e la cui attitudine alla generalizzazione è messa a dura prova da una molteplice multiformità dell'ordinamento che nelle epoche passate non si riscontrava.

4. La certezza del diritto in tensione dialettica con le esigenze del cambiamento.

Una decisione o una serie di decisioni possono essere ripensate in adesione alle critiche della dottrina o degli stessi operatori pratici, che ne hanno sollecitato una rimeditazione; oppure era certamente indubbia la loro congruenza con la temperie culturale, sociale e giuridica del tempo della loro emanazione, ma non anche nell'evoluzione successiva di una di queste: sul rapporto tra disposizione e norma incide sensibilmente il fattore tempo¹⁸ e, con esso, la dinamica della realtà fenomenica che si vuole regolare e che, per sua naturale predisposizione, tende ad evolversi, svilupparsi o modificarsi.

Può essere mutato il contesto normativo con la modificazione di altre e correlate norme, idonee ad interagire con quelle poste a base delle decisioni di un tempo: in tal caso, mutato il sistema, si esige un adeguamento dell'interpretazione del suo assetto, in base appunto ad una interpretazione sistematica rinnovata; può essere cambiato il contesto culturale e sociale in cui la disposizione è destinata ad applicarsi e a produrre i suoi effetti, la cui evoluzione è direttamente proporzionale all'ampiezza dei concetti e dei riferimenti adoperati, o alla loro sensibilità alla trasformazione dei costumi, dei valori o delle tecniche¹⁹.

L'ordinamento deve lasciare spazio all'evoluzione della giurisprudenza, come la realtà che questa governa naturalmente si evolve e si modifica; ma le ragioni per il cambiamento devono essere forti, consapevoli e convincenti: devono essere in grado di prevalere sulle ragioni della stabilità, a loro volta importanti e con implicazioni di ordine costituzionale²⁰.

In primo luogo, non è stata mai modificata la norma fondamentale dell'ordinamento giudiziario in base alla quale la Corte di cassazione «assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge».

¹⁸ Come pure, con indubbia autorevolezza, sottolinea P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, 111 ss., riflettendo su Cass., S.U., 2 agosto 1994 n. 7194; v. ora ID., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017.

¹⁹ Come ricorda P. CURZIO, *op. ult. cit.*, § 5, questa evoluzione dei significati diviene ancora più accentuata in periodi come quello attuale in cui – come ha scritto Ulrich Beck nel suo libro rimasto incompiuto – il mondo non sta semplicemente cambiando, ma è nel mezzo di una “metamorfosi”, cioè di una trasformazione radicale in cui vecchie certezze della società moderna vengono meno e nasce qualcosa di radicalmente nuovo, che è necessario indagare puntando lo sguardo su ciò che sta emergendo dal vecchio, cercando d'intravedere, nel tumulto del presente, le strutture e le norme future (U. BECK, *La metamorfosi del mondo*, Bari-Roma, 2016).

²⁰ P. CURZIO, *op. loc. ult. cit.*, il quale sottolinea come, del resto, l'interpretazione sia sempre stata un'attività complessa, ma aggiunge che essa, oggi, lo è più che mai, per la iperproduzione normativa, per la pluralità delle fonti del diritto da coordinare e per la molteplicità dei giudici, nazionali, europei e internazionali, che vi partecipano, in un processo a più voci, a volte non collimanti, in interazione tra loro:

Con l'uso di questa duplice espressione il legislatore mostra di essere consapevole che di una disposizione a volte possono essere date ragionevolmente più interpretazioni: se fosse stato convinto che l'interpretazione esatta è necessariamente unica, avrebbe parlato solo di esattezza dell'interpretazione²¹; invece, la duplicazione delle espressioni e dei concetti – e quindi l'endiadi – indica che, anche nelle ipotesi in cui sia possibile più di una soluzione ermeneutica, deve comunque essere garantita l'uniformità dell'interpretazione, all'evidente fine di evitare che, con argomenti analogamente persuasivi, siano date risposte diverse in giudizi su casi simili.

L'ordinamento affida alla Corte di cassazione il compito di garantire questa declinazione del principio costituzionale di uguaglianza: i suoi precedenti hanno pertanto anche questa particolare valenza. Ma in generale il sistema giudiziario, in tutte le sue articolazioni, deve muoversi in questo senso²²: un sistema per definizione deve dare risposte coerenti tra loro.

L'ordinamento giuridico deve dare alle domande di giustizia dei cittadini risposte unitarie e coerenti tra loro: stabilità e coerenza devono essere prioritariamente garantite; e mutamenti di giurisprudenza possono allora giustificarsi per ragioni gravi, così pesanti da controbilanciare e prevalere su esigenze rispondenti a principi di ordine costituzionale.

Tutto ciò è sempre stato, ma forse oggi se ne sente maggiormente la necessità; lo stesso intensificarsi del dibattito dottrinale sul tema del precedente è indice di questa particolare sensibilità. La riflessione giuridica risente naturalmente di dinamiche culturali e sociali più ampie, che oggi registrano un sentimento di perdita e spaesamento, che si tende ad affrontare guardando al passato, ricercando continuità in luogo di fratture; persino nella psicoanalisi si riscopre il valore di concetti come quello di “eredità” quale momento fondante dell'evoluzione: una declinazione, in fondo, del concetto di precedente²³.

²¹ Come si esprimeva – sottolinea P. CURZIO, *op. ult. cit.*, § 6 – l'art. 122 del primo ordinamento giudiziario dello Stato italiano (r.d. 6 dicembre 1865, n. 2626).

²² Per G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Contratto e impresa*, n. 2, 2017, p. 368, «la nomofilachia moderna non può essere che “orizzontale”, “circolare” e “cetuale”. Essa trova il naturale punto di sintesi nella Corte di cassazione, ma è promossa dai giudici di merito, i primi a confrontarsi con la fluidità sociale; e torna ai giudici di merito, che misurano gli effetti pratici della giurisprudenza di legittimità. Non le magistrature soltanto, bensì tutto il ‘ceto dei giuristi’ fa nomofilachia. Fondamentale è il ruolo critico della dottrina, alla quale compete l'analisi delle soluzioni e l'elaborazione delle alternative».

²³ Come nota P. CURZIO, *op. ult. cit.*, § 7, citando, rispettivamente: Z. BAUMAN, *Retropia*, Bari-Roma, 2017, ovvero S. BOYM, *The Future of Nostalgia*, New York, 2001; M. RECALCATI, *Il complesso di Telemaco. Genitori e figli dopo il tramonto del padre*, Milano, 2013.

Probabilmente vi è un rapporto tra complessità del sistema normativo ed esigenze di coerenza e affidabilità giurisprudenziale. Quanto più aumentano articolazione e disordine del quadro normativo tanto più si percepisce l'esigenza di una giurisprudenza che sia in grado di ricucire le maglie della rete, di ridurre le aporie, di dare senso e coerenza al sistema. In analoga misura, più aumenta il soggettivismo dei giudici, il loro proporsi come monadi autoreferenziali, tanto più è sentita l'esigenza di una risposta convergente e coerente alla domanda di giustizia²⁴.

E se questo è vero in generale, lo è ancor di più con riferimento alle regole processuali: il processo è il luogo in cui più che mai deve essere garantita l'esigenza di certezza e stabilità delle regole del gioco²⁵.

5. Il ruolo del precedente nella disciplina processuale

Può dirsi che il ruolo del precedente di legittimità – e quindi della nomofilachia – è oggi disegnato da una serie di dati normativi testuali: quasi una forma attenuata della regola di *stare decisis*²⁶ dopo le riforme del 2006 (d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40), del 2009 (l. 18 giugno 2009, n. 69), del 2012 (art. 54 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. con l. 7 agosto 2012, n. 134) e del 2016 (d.l. 31 agosto 2016, n. 168, conv. con l. 7 agosto 2016, n. 197) soprattutto del giudizio di legittimità, ma anche della disciplina sulle motivazioni del provvedimento civile.

Il sistema si regge, in sostanza, da un lato sulle norme specificamente volte alla tendenziale unificazione della giurisprudenza, cioè gli artt. 374 e 420-*bis* c.p.c., nonché all'enfatizzazione della forza del precedente: da un lato e quanto a quello di legittimità, gli artt. 384, 363 e 360-*bis* c.p.c.; dall'altro e in generale, l'art. 118, co. 1, d.a.c.p.c.

Va però sottolineato che soltanto per il giudice del rinvio, nella specifica sede sua propria disciplinata dagli artt. 392 e seguenti c.p.c., incontra un vincolo positivamente stabilito, quanto al principio di diritto. Neppure dà luogo ad un precedente in senso tecnico l'istituto disegnato dall'art. 420-*bis* c.p.c.²⁷, assimila-

²⁴ Ancora una volta, P. CURZIO, *op. loc. ult. cit.*

²⁵ G. COSTANTINO, *Tutela dei diritti e regole del processo. Introduzione al XXXI Congresso della A.I.S.P.C.*, in *Riv. dir. proc.* 2017, 1418.

²⁶ G. AMOROSO, M.R. MORELLI, *op. cit.*, pp. 472 ss.

²⁷ Per un inquadramento complessivo, v. diffusamente P. CURZIO, *Nomofilachia e autonomia collettiva*, in M. ACIERNO, P. CURZIO, A. GIUSTI (a cura di), *op. cit.*, pp. 313 ss., oppure in G. AMOROSO, M.R. MORELLI, *op. cit.*, pp. 476 ss.; per approfondimenti, v. G. IANNIRUBERTO, *L'accertamento pregiudiziale sull'interpretazione, validità ed efficacia dei contratti collettivi*, in G. IANNIRUBERTO, U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*, II ed., Milano, 2010, 111 ss., nonché P. CURZIO, *Il giudizio di cassazione*, in AA.VV., *Processo del lavoro*, in P. CURZIO, L. DI PAOLA E R. ROMEI (diretta da), *Pratica professionale. Lavoro*, Vol. VI, Milano, 2017, 270 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

bile piuttosto ad una sorta di rinvio pregiudiziale o di costituzionalità, o, a voler operare un parallelo con altri ordinamenti, ad una *saisine par avis* del diritto processuale francese²⁸; ma è limitato al campo della contrattualistica collettiva ed esita in una sentenza interpretativa in via pregiudiziale.

Incide sulle modalità di ordinaria elaborazione della giurisprudenza successiva, di merito e di legittimità, la previsione della possibilità di motivare col richiamo ai precedenti, di cui all'art. 118, co. 1, d.a.c.p.c.: questi assurgono quindi a strumento di motivazione semplificata e, al tempo stesso, a parametri di giudizio ai quali è sufficiente un rinvio, con esenzione del giudicante dalla riproduzione di evidentemente analoghi snodi argomentativi.

Si tratta di norma sistematica di grande rilievo, riferita ad una generalità potenzialmente indefinita di provvedimenti di merito, introdotta da non molto nel nostro ordinamento nel tentativo di contenere l'inarrestabile tendenza all'espansione delle motivazioni. È ora consentito di redigerle con richiamo ai precedenti conformi: e questo sia da parte dei giudici del merito con rinvio a precedenti anch'essi di merito²⁹, purché – beninteso – reperibili a garanzia della trasparenza della decisione e del diritto di difesa delle parti (e restando immutato l'onere di riprodurli nelle successive impugnazioni), sia nel giudizio stesso di legittimità, per il caso di adozione di forme semplificate di motivazione³⁰.

²⁸ Artt. 1031-1 a 1031-7 n.c.p.c. francese; artt. L. 441-1 a L. 441-4 e R. 441-1 codice dell'organizzazione giudiziaria francese. Fonte: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_15/presentation_saisine_avis_8018/textes_applicables_240/

Tra gli interpreti è corrente l'identificazione degli scopi dell'istituto in:

- permettere l'unificazione più rapida dell'interpretazione della regola – o delle regole – di diritto di nuova introduzione;
- prevenire il contenzioso, soprattutto delle impugnazioni, per l'immediata definizione della portata della legge da parte della giurisdizione di ultima istanza.

²⁹ Cass. 31 gennaio 2019, n. 2861 (Ord.); in senso analogo, v. Cass. 6 settembre 2016, n. 17460. È sottolineata la funzionalizzazione di tale modalità redazionale allo scopo di massimizzare, in una prospettiva di riduzione dei tempi di definizione delle controversie, l'utilizzazione di riflessioni e di schemi decisionali già compiuti per casi identici o caratterizzati dalla decisione di identiche questioni.

³⁰ Specificamente per i precedenti di legittimità Cass. 4 luglio 2012, n. 11199, sancisce che, nel giudizio di cassazione, l'adozione del modello della motivazione semplificata nella decisione dei ricorsi – sorto per esigenze organizzative di smaltimento dell'arretrato e di contenimento dei tempi di trattazione dei procedimenti civili entro termini di durata ragionevole, nel rispetto del principio di cui all'art. 111, secondo comma, Cost. – si giustifica ove l'impugnazione proposta non solleciti l'esercizio della funzione nomofilattica, ponendo questioni la cui soluzione comporti l'applicazione di principi già affermati in precedenza dalla Corte e dai quali questa non intenda discostarsi; né l'utilizzazione della motivazione semplificata è preclusa dalla particolare ampiezza degli atti di parte, ove detta ampiezza – che, pur non trasgredendo alcuna prescrizione formale di ammissibilità, già collide con l'esigenza di chiarezza e sinteticità dettata dall'obiettivo di un processo celere

In questo caso, il precedente acquista una sua forza intrinseca, in quanto esonera il giudicante successivo dall'attività di specifica motivazione, ove beninteso il relativo contenuto possa essere analogo. La capacità conformativa della giurisprudenza successiva è quindi riferita sia al momento della decisione, sia a quello della concreta estrinsecazione dei passaggi argomentativi a suo sostegno; si rivolge al momento della motivazione, ma, ovviamente, offre un indiretto stimolo al decidente a verificare l'idoneità e sufficienza del richiamo a quei passaggi, auspicabilmente dissuadendolo dalla convinzione della ineluttabilità di una ripetizione, spesso pedissequa o peggio meramente di rifinitura e rielaborazione di quelli (non solo in genere più faticosa, ma anche foriera del rischio di esaltare impropriamente le conseguenze di divergenze o sfumature semantiche adottate).

Significativamente ricondotto all'oggetto del provvedimento impugnato ed al mezzo di impugnazione posto in campo contro di esso è da segnalare l'istituto dell'inammissibilità del ricorso per cassazione per suo contrasto con un orientamento di legittimità, previsto dal n. 1 dell'art. 360-*bis* c.p.c.

Questo elemento esige oramai, nuovamente ricondotto com'è nell'alveo della sua testuale definizione ad una ipotesi di inammissibilità in senso tecnico³¹ (sia pure per ragioni di merito), che parti e giudice del merito si facciano carico di quell'orientamento o di quella giurisprudenza ove vogliano confutarla o superarla, con un onere di argomentazione rafforzato, dovendo gli uni e l'altro prendere in considerazione critica gli argomenti a sostegno di quelle conclusioni e non bastando loro i richiami a quelli contrari già disattesi. Il riferimento della norma alla giurisprudenza della Corte di cassazione, senza altre specificazioni, esclude la necessità di una particolare costanza di reiterazione, riconoscendosi l'applicabilità dell'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c. anche ad ipotesi di un unico precedente, quand'anche remoto, purché congruo e convincente³²: a dimostrazione che l'autorevolezza e la persuasività di quello può bene ricondursi non tanto alla frequenza statistica della sua reiterazione, quanto all'intrinseca sua congruenza ed

– neppure sia proporzionale alla complessità giuridica o all'importanza economica delle fattispecie affrontate, e si risolva in un'inutile sovrabbondanza, connotata da assemblaggi e trascrizioni di atti e provvedimenti dei precedenti gradi del giudizio.

³¹ Il riferimento è a Cass., S.U., 21 marzo 2017, n. 7155 in *Giur. it.*, 2017, p. 1583 ss., con nota di D. CASTAGNO, *Le Sezioni unite (re)interpretano l'art. 360-bis, n. 1, c.p.c.*; in *Foro it.*, 2017, I, c. 1181 ss., con nota di G. COSTANTINO, *Note sulla 'inammissibilità sopravvenuta di merito': dal ricorso 'antipatico' al ricorso 'sarchiapone'*. Tra gli interventi in materia si segnala anche V. CAPASSO, *Il ricorso per cassazione avverso... la giurisprudenza. Contro uno stare decisis 'all'italiana'*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, 2, 627.

³² Cass. 22 febbraio 2018, n. 4366 (ord.). Peraltro, Cass. 2 agosto 2017, n. 19190, esige un onere di confutazione solo degli orientamenti consolidati nella materia oggetto di controversia.

alla sua sostanziale accettazione nella pratica successiva, che potrebbero essere state tali da non suscitare mai la necessità di ribadirlo.

Il precedente delle Sezioni Unite vincola poi la singola sezione semplice, che è obbligata – sia pure senza la previsione di una sanzione e, certamente, senza che possa configurarsi un errore revocatorio ex art. 395, n. 4, c.p.c., potendo semmai trattarsi di un *error in procedendo* (in quanto tale insindacabile se commesso dalla Corte di legittimità) e mai di un errore di fatto – a rimettere la questione alle stesse Sezioni Unite. Nella pratica, un tale vincolo è con una certa attenzione rispettato dalle sezioni semplici, le quali, quanto meno nei casi liminari, comunque si preoccupano generalmente di adottare una tecnica simile al *distinguishing* degli ordinamenti di *common law*, sottolineando le differenze tra le fattispecie tali da giustificare lo scostamento dall'apparente precedente rafforzato. È da escludere una qualsiasi forma di impugnazione alle Sezioni Unite delle pronunce delle sezioni semplici con esse in contrasto: ed è auspicabile comunque che, per il senso di leale ossequio alle norme dell'ordinamento che ci si attende da un giudice e a maggior ragione da quello di legittimità, una norma processuale di tale delicata portata sia spontaneamente osservata senza la necessaria deterrenza di una sanzione.

Più ampio discorso andrebbe fatto per l'enunciazione del principio di diritto: sia nella fattispecie, ormai generalizzata, per il caso di rigetto del ricorso, sia nell'altra, rivitalizzata appunto con la riforma del 2006, prevista dall'art. 363 c.p.c., nella duplice versione della pronuncia di ufficio direttamente dalla Corte in caso di inammissibilità del ricorso e di quella su richiesta del Procuratore generale della Repubblica presso la Corte di cassazione. Entrambi meriterebbero ben altro approfondimento, ma è da notare che la Corte di legittimità si è occupata sovente dell'istituto, a dimostrazione del recupero di una certa sua vitalità, sia pure dipendendo dalle determinazioni del Procuratore generale la maggiore o minore ampiezza della sua applicazione e nonostante le preoccupazioni e, talvolta, le vigorose critiche di parte della Dottrina.

6. La forza indiretta del precedente

Pur in assenza di un obbligo di conformazione, vi è un'innegabile influenza del precedente "autorevole": l'autorevolezza può derivare da una serie di elementi, estrinseci o intrinseci.

Quelli estrinseci concernono il giudice che lo ha emesso. A parte le sentenze che possono incidere direttamente sulle previsioni legislative, come quelle della Corte costituzionale o della Corte di giustizia dell'Unione europea, è indubbio che, di massima, si attende che l'autorevolezza cresca in relazione alla posizione del giudice nell'ordine giudiziario e che le decisioni della Corte di cassazione abbiano una particolare valenza come guida nell'interpretazione della legge, sic-

come rese dall'organo funzionalmente preposto alla nomofilachia e collocato al vertice del sistema delle impugnazioni.

Quelli intrinseci attengono alla qualità della motivazione del provvedimento che forma il precedente: il grado di persuasività degli argomenti, la sua chiarezza e linearità³³; per persuadere occorre essere certamente chiari, ma anche adottare argomenti congruenti e che si facciano carico, se possibile, anche delle tesi contrastanti, offrendo una soluzione ragionata e meditata, quand'anche opinabile, auspicabilmente finalizzata alla risoluzione del caso concreto, sia pure facendo chiara enunciazione di principi generalizzabili.

L'aspirazione alla completezza, apprezzabile in vista dello *ius constitutionis*, può nuocere alla fruibilità del discorso ed alla limpidezza delle conclusioni, oltre a innescare talvolta più conflitti di quanto non possa sopirne; ma questo dipende, beninteso, dalla personalità del singolo decidente e dalle sue personali doti di estensore.

Il precedente autorevole si pone poi in un rapporto di tensione dialettica tra le ragioni della stabilità e quelle del cambiamento: e, sostanzialmente, l'uno e l'altra sono espressione evidente della funzione della giurisprudenza³⁴.

Un ruolo importante può riconoscersi al precedente nel momento in cui la sua considerazione esplicita nella motivazione da parte del decidente è imposta da norme che non incidono in maniera diretta sul procedimento decisionale in senso stretto e sul contenuto e gli eventuali vizi del provvedimento che ne costituisce l'esito, ma solo in via indiretta, nel connotare l'attività intellettuale del giudice che sta determinandosi in un senso o nell'altro.

In questo modo, il precedente è rivestito di un'indubbia sua forza o efficacia cogente, nel senso di essere in grado di orientare in concreto la decisione, sia pure senza potersi prospettare come un vincolo formale; e si tratta allora di una forza evidentemente indiretta, sebbene verosimilmente molto più significativa, in ragione

³³ Sull'autorevolezza del precedente incide anche il rapporto tra concisione e qualità della decisione. «La concisione della esposizione dei fatti rilevanti, delle norme e dei principi giuridici applicati, rende in modo più sicuro percepibili le ragioni di fondo della decisione. Non è solo questione di stile, è segno di un modo non esoterico ma democratico di esercizio della funzione»: così P. VITTORIA, *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in M. ACIERNO, P. CURZIO, A. GIUSTI (a cura di), *La Cassazione civile – lezioni dei Magistrati della Corte suprema italiana*, II ed., Bari, 2015, 466). Più di recente, L. CAVALLARO, *Forma e contenuto della decisione*, in M. ACIERNO, P. CURZIO, A. GIUSTI (a cura di), *La Cassazione civile – lezioni dei Magistrati della Corte suprema italiana*, III ed., Bari, 2020, 452 ss.

³⁴ Molto interessante ed utile per riferimenti e spunti, quale primo approccio alla vasta letteratura, istituzionale e non, può rivelarsi il contributo di M. CONDORELLI, L. PRESSACCO, *Overruling e prevedibilità della decisione*, in *Questione Giustizia on line*, all'URL https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/overruling-e-prevedibilita-della-decisione_584.php (ultimo accesso 03/02/2021).

degli effetti sulla persona del singolo decidente, attraverso la definizione dei suoi obblighi professionali in senso stretto, le cui violazioni siano tali da esporlo a responsabilità civile o disciplinare e quindi connotino di giuridicità l'ossequio che, entro certi limiti, l'ordinamento comunque richiede al giudicante o almeno si attende da lui.

Un'indubbia forza del precedente è, benché solo indirettamente, riconosciuta da un duplice elemento di matrice giurisprudenziale, elaborato dalla stessa Corte di legittimità nell'individuazione, da un lato, dei contorni della responsabilità dello Stato per grave violazione di legge da parte dei giudici nell'interpretazione di questa ai sensi della legge n. 117 del 1988 e, dall'altro, delle fattispecie di illecito disciplinare del magistrato per violazione di legge.

Il primo regola la delicata materia della discrezionalità del giudice nell'interpretazione delle norme e nel suo obbligo di motivazione: premesso che – come avviene anche a livello sovranazionale – non è mai richiesta una risposta puntuale del singolo giudice ad ogni singolo argomento sottopostogli dalla parte, una motivazione qualunque non è mai sufficiente ad escludere l'illegittimità della condotta del giudicante e la responsabilità dello Stato ai sensi della legge 13 aprile 1988, n. 117 (già nel testo anteriore alle modifiche apportate dalla legge 27 febbraio 2015, n. 18); infatti, a fondare una responsabilità dello Stato (prima e del singolo giudice poi), occorre che la decisione non appaia frutto di un consapevole processo interpretativo, oppure che contenga affermazioni ad esso non riconducibili perché sconfinanti nel provvedimento abnorme o nel diritto libero e pertanto caratterizzate da una negligenza inesplicabile, prima ancora che inescusabile, in vari momenti dell'attività prodromica alla decisione, in cui la violazione non si sostanzia negli esiti del processo interpretativo, ma ne rimane concettualmente e logicamente distinta, ossia quando l'errore del giudice cada sulla individuazione, ovvero sulla applicazione o, infine, sul significato della disposizione, intesa quest'ultima come fatto, come elaborato linguistico preso in considerazione dal giudice che non ne comprende la portata semantica. La "ribellione" ai precedenti giurisprudenziali non determina, cioè, di per sé responsabilità, perché il precedente giurisprudenziale, pur se proveniente dalla Corte di legittimità e finanche dalle Sezioni Unite, e quindi anche se è diretta espressione di nomofilachia, non rientra tra le fonti del diritto e, pertanto, non è di norma vincolante per il giudice; tuttavia, in un sistema che valorizza l'affidabilità e la prevedibilità delle decisioni, l'adozione di una soluzione difforme dai precedenti non può essere né gratuita, né immotivata, né immeditata, ma deve essere frutto di una scelta interpretativa consapevole e riconoscibile come tale, ossia comprensibile, ciò che avviene più facilmente se sia esplicitata a mezzo della motivazione³⁵.

³⁵ Cass., Sez. U., 3 maggio 2019, n. 11747, in *Giur. it.*, 2019, 11, 2420, con nota di A. TEDOLDI, *Re-*

Costituisce poi illecito disciplinare una grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. a) e g), del d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, che si risolva nella mancata applicazione di norme anche solo processuali: l'attività interpretativa non attinge l'illecito disciplinare solo se resa evidente da chiara condotta di motivazione, idonea a rendere le ragioni della decisione verificabili *a posteriori*, anche mediante l'adesione ad una scelta ermeneutica riconducibile ad un orientamento minoritario, purché reso evidente da un percorso argomentativo valutabile ed impugnabile così come previsto dalla legge; in sostanza, esclude l'illecito la circostanza che l'adottata scelta ermeneutica non sia implausibile e che cioè non sia tale da qualificare abnorme il risultato dell'interpretazione, solo in tali casi si può intendere superato il limite dell'insindacabilità sancita dall'ultimo comma dell'art. 2 del d.lgs. n. 109 del 2006³⁶.

7. Una nomofilachia consapevole e responsabile

In questo contesto, il ruolo di una Corte suprema in grado di elaborare una nomofilachia sostenibile dovrebbe allora quello di una Corte suprema consapevole e responsabile, nel duplice senso di attenta ad evitare contrasti involontari e pronta a rendere conto dinanzi alla collettività delle proprie scelte, ad un tempo prudente custode dell'uniformità e sensibile interprete delle esigenze del cambiamento, concentrata nel rendere un prodotto fruibile anche in termini di qualità e tentando di influire sulla quantità deprimendo, con la chiarezza e talvolta la secchezza dei propri arresti, la domanda di giustizia di legittimità.

sponsabilità civile del giudice, clausola di salvaguardia e "patafisica" del diritto; oppure anche in *Nuova giur. comm.* 2019, 6, 1310, con nota di C. AMATO, *Quando l'errore condanna il giudice alla responsabilità per illecito civile*. Nello stesso senso, Cass. 5 giugno 2020, n. 10832.

Prima dell'introduzione del vincolo "relativo" del precedente, la giurisprudenza affermava già che il giudice che intendesse discostarsi dagli orientamenti del giudice della nomofilachia dovesse motivare specificamente la propria scelta: cfr., in questo senso, Cass., sez. III pen., 23 febbraio 1994, n. 1999, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Cassazione penale*, n. 6; Cass. civ., sez. lav., 13 maggio 2003, n. 7355, in *Foro it.*, 2004, I, 1237, e giurisprudenza *ivi* richiamata, cui *adde* Cass. civ., 3 dicembre 1983, n. 7248, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Legge*, n. 25.

La mancata motivazione della scelta di discostarsi da un orientamento consolidato è stata configurata come un'ipotesi di responsabilità civile del giudice: cfr., in questo senso, Cass., sez. I civ., 30 luglio 1999, n. 8260, in *Foro it.*, 2000, I, 2671, con nota di C.M. Barone e Cass., sez. I civ., 20 settembre 2001, n. 11859, *id.*, 2001, I, 3556, con nota di richiami. In argomento, cfr. anche F. ANGELONI, *Ancora sul precedente di Cassazione: questa volta sotto il profilo della responsabilità civile del magistrato che lo disattende senza indicare le ragioni della propria decisione*, in *Contratto e impresa*, n. 1/2001, pp. 30 ss.

³⁶ Sulla prima parte: Cass., S.U., 18 giugno 2020, n. 11868. Sulla seconda, in motivazione, Cass., S.U., 9 aprile 2010, n. 8428.

L'effettiva applicazione delle norme sull'enunciazione del principio di diritto è essa stessa complessivamente molto prudente.

In via di fatto, nella sua forma pienamente ufficiosa quell'enunciazione è in linea di tendenza evitata oramai, dopo una prima caustica reazione negativa da parte della Dottrina nei primi anni di applicazione, quando il principio che dovrebbe essere enunciato andrebbe a favore del ricorrente nei cui confronti pure è pronunciata l'inammissibilità.

È stata sancita espressamente l'incompatibilità dell'enunciazione del principio di diritto di ufficio col rito camerale di sezione ordinaria, ma nulla vieta alla sezione semplice (compresa la sesta, cui è istituzionalmente devoluta ogni questione su inammissibilità o improcedibilità o manifesta infondatezza o fondatezza) di farvi luogo, o, in alternativa ed ove ritenga sussistere una questione di massima di particolare importanza, di rimettere il ricorso alle Sezioni Unite³⁷: alle quali è stato, almeno in via di prassi, finora devoluto l'esame delle non moltissime richieste del Procuratore generale ai sensi dei primi due commi dell'art. 363 c.p.c.

Del resto, un altro ed apprezzabile *self restraint* un vincolo al mutamento di giurisprudenza, quanto meno in materia processuale, le Sezioni Unite della Corte di cassazione si sono imposte riconoscendolo opportuno solo quando l'interpretazione fornita dal precedente risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa o dia luogo a risultati disfunzionali, irrazionali o ingiusti, poiché l'affidabilità, prevedibilità ed uniformità dell'interpretazione delle norme processuali costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di giustizia del processo³⁸.

Certo, il *revirement* non è mai di per sé solo precluso, nemmeno nella giurisprudenza sovranazionale, purché appunto siano apprestati strumenti per i giu-

³⁷ Cass. 10 febbraio 2020, n. 3096 (ord.), sul punto specifico avallata da Cass., S.U., 14 dicembre 2020, n. 28387; in questa, ribadita la piena discrezionalità della Corte nella loro valutazione, si ricordano i requisiti della richiesta del P.G. (Cass., S.U. 18 novembre 2016, n. 23469; Cass. S.U., 23 luglio 2019, n. 19889):

- l'avvenuta pronuncia di almeno uno specifico provvedimento giurisdizionale non impugnato o non ulteriormente impugnabile, tanto meno per Cassazione;
- un interesse della legge, quale interesse pubblico o trascendente quello delle parti della specifica controversia, all'affermazione di un principio di diritto per l'importanza di una sua enunciazione espressa;
- la reputata illegittimità del provvedimento stesso (o, in caso di pluralità di provvedimenti divergenti, di almeno uno di essi), quale indefettibile momento di collegamento ad una controversia concreta.

³⁸ Cass., S.U., 6 novembre 2014, n. 23675 (ord.), in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Procedimento civile*, n. 146: nella specie, applicando l'enunciato principio, le Sezioni Unite hanno confermato l'indirizzo di cui alla propria sentenza n. 9535 del 2013, circa l'individuazione del momento di litispendenza nei procedimenti introdotti con citazione, malgrado la richiesta di chiarimenti avanzata da una Sezione semplice pochi mesi dopo quella pronuncia.

stizibili atti a tutelarne l'affidamento quanto meno in materia processuale. Ma l'approfondimento della tematica condurrebbe davvero lontano, involgendo il tema della *prospective overruling* o comunque degli effetti immediati dei mutamenti di giurisprudenza radicali: i quali non attengono, se non altro in senso stretto, al principio della stabilità del precedente.

È certo che sulla motivazione semplice o semplificata gli sforzi della Prima Presidenza della Corte suprema di cassazione si sono appuntati da almeno dieci anni: basti pensare alle note del Primo Presidente di questa Corte del 22/03/2011 e del 14/09/2016, la prima delle quali a seguito di un interessante esperimento di autoformazione in forma di laboratorio per una riflessione sulla struttura della motivazione della sentenza civile di Cassazione, culminato in un "dodecalogo" per la sua redazione, voluto dall'allora Primo Presidente Ernesto Lupo³⁹.

Certamente, motivazione semplice o semplificata è funzionale ad una facilitazione nella redazione dei provvedimenti.

Ma è altrettanto certo che non si esaurisce in questo la nomofilachia, tanto meno una nomofilachia sostenibile: redigere provvedimenti agili non deve significare solamente poterne scrivere un numero infinitamente o indefinitamente maggiore, ma deve servire a liberare risorse per concentrarsi sulle questioni nuove e ad attivare motivazioni davvero sommarie nei casi agevolmente riconducibili ai precedenti. Del resto, la concentrazione degli sforzi motivazionali nei casi pilota non è una novità nemmeno nel panorama sovranazionale: già la Corte europea dei diritti dell'Uomo assicura la priorità ai ricorsi in materie caratterizzate dal *well-established-case-law*, in cui cioè sussiste una giurisprudenza già consolidata, che consente una definizione perfino con una composizione ridotta del Collegio decidente.

Il metodo delle cause pilota deve tendere non ad aumentare o rendere più produttiva la risposta di Giustizia di legittimità, ma a deflazionare, rendendola per quanto possibile priva di necessità (se non di ragione), la domanda di Giustizia di legittimità.

Una giurisprudenza stabile e rapida almeno sulle questioni principali, semmai accompagnata da un uso non più troppo timido, sebbene pur sempre prudente, di strumenti quali le condanne ai sensi dell'art. 96 co. 3 c.p.c., dovrebbe poter servire senz'altro a ridurre il contenzioso e a riservare le limitate risorse

³⁹ Ricordato, da ultimo, in E. LUPO, *La Cassazione civile vista dai suoi giudici*, intervista di F. DE STEFANO, in www.giustiziainsieme.it dal 01/10/2020, all'URL <https://www.giustiziainsieme.it/it/le-interviste-di-giustizia-insieme/1318-la-cassazione-civile-vista-dai-suoi-giudici-recensione-di-ernesto-lupo-a-la-cassazione-civile-lezioni-dei-magistrati-della-corte-suprema-italiana-terza-edizione-bari-2020-a-cura-di-acierno-curzio-e-giusti> (ultimo accesso 03/02/2021).

umane a disposizione alle fattispecie serie e degne di attenzione, evitando che le oscillazioni ed il tempo necessario per la definizione inducano, in una perversa spirale, sempre più qualunque giustiziabile ad azzardare la via del ricorso per cassazione, nella sia pur tenue possibilità di una pronuncia favorevole nel *mare magnum* di provvedimenti. E si potrà evitare di demotivare anche i giudici del merito, i quali, dinanzi all'instabilità intrinseca di cui può dare impressione la Corte di legittimità, potrebbero restare privi di qualunque riferimento affidabile e, al contempo, ritenersi svincolati da ogni precedente, prefigurandosene una permanente instabilità.

8. I progetti tematici

Analogo meccanismo è tentato ormai da quasi tre anni almeno in una delle Sezioni della Corte di cassazione, ad iniziare dalla materia dell'esecuzione civile e poi via via in quella delle locazioni e della responsabilità sanitaria: un tale meccanismo è inteso a recuperare al giudice di legittimità un suo istituzionale ruolo nomofilattico e definito dalla stampa “un esempio di *best practice* nel settore giustizia, per coniugare le ragioni del diritto con quelle dell'economia, rafforzando la funzione della Cassazione nell'assicurare un'uniforme interpretazione della legge”⁴⁰.

Il “Progetto” (che, nella stessa giurisprudenza di legittimità, è definito la «metodologia organizzativa ... volta alla rilevazione e concentrazione delle questioni nuove o che presentano specifiche “criticità” in apposite udienze dedicate»⁴¹) mira a correggere gli effetti della tradizionale impostazione del giudizio di cassazione come “occasionale”, nel senso che la controversia tra privati (incentrata sullo *ius litigatoris*) costituisce per la Corte soltanto un'occasione per svolgere la sua funzione nomofilattica (finalizzata invece allo *ius constitutionis*) e dipende quindi dal caso la concreta articolazione del ruolo delle singole udienze. Con la prassi applicativa del Progetto, invece, si attribuisce centralità alla programmazione, sia pure – beninteso – in relazione al concreto carico di lavoro pendente ed alle questioni comunque portate alla cognizione della Corte dalla mutevole e imponderabile iniziativa dei singoli litiganti, poiché è lo stesso giudice di legittimità che, selezionate le questioni attualmente più rilevanti o dibattute, individua una

⁴⁰ L. NEGRI, *Con il «Progetto esecuzioni» priorità alle cause più rilevanti*, in *IlSole24Ore*, 22 novembre 2018, 34. Ci si permette un richiamo a F. DE STEFANO, *I primi due anni del “progetto esecuzioni” della terza sezione civile della Cassazione*, in *www.inexecutivis.it* all'URL <https://www.inexecutivis.it/approfondimenti/2020/luglio/i-primi-due-anni-del-progetto-esecuzioni-della-terza-sezione-civile-della-cassazione/> (ultimo accesso 03/02/2021).

⁴¹ Così già Cass. 17 ottobre 2018, n. 26049 (ord.), oppure Cass. 28 dicembre 2018, n. 33647 (ord.).

controversia idonea a fornire l'opportunità di pronunciare una decisione idonea ad orientare le future determinazioni dei giudici di merito (e non solo a correggere le pronunce già emesse) e, così, di assicurare l'uniforme interpretazione del diritto nazionale e per di più di farlo tempestivamente.

La prassi tende a una razionale e mirata gestione delle pendenze in una determinata materia mediante l'individuazione, il più possibile compartecipata da tutti gli operatori del diritto (attraverso l'interazione con forum specializzati, convegni e riviste giuridiche), delle questioni di maggior rilievo o più controverse negli uffici di merito.

La ricerca – condotta dal gruppo di lavoro istituito in seno alla Sezione (composto dai magistrati dell'Ufficio del Massimario destinati alla collaborazione nell'attività di spoglio e classificazione dei processi, da alcuni Consiglieri e Presidenti di Sezione esperti del settore) – individua le questioni che assumono rilievo nomofilattico in quanto:

- riguardano tematiche di sicura attualità e rilevanza, ma non ancora approfondite;

- patiscono divergenti interpretazioni dei giudici di merito oppure incertezze e dubbi indotti da giurisprudenza di legittimità oscillante o eccessivamente remota o la cui tenuta deve essere rimeditata in ragione di mutati contesti ordinamentali;

- hanno impatto sistematico e di ricaduta immediata sulle procedure pendenti, a causa delle conseguenze applicative nel quotidiano lavoro dei giudici dell'esecuzione forzata e dei loro ausiliari.

All'individuazione delle questioni seguono:

- 1) il reperimento, preferibilmente con mezzo informatico, tra le cause pendenti in Sezione (in precedenza oggetto di attenta schedatura da parte dei magistrati destinati allo spoglio e alla classificazione), di quelle che siano portatrici di una o più di quelle stesse questioni;

- 2) l'accorpamento di quelle controversie in più udienze dedicate;

- 3) la divulgazione agli operatori del settore di un calendario di udienze che faccia esplicita menzione dei temi trattati, così che i giudici di merito possano, a loro volta, razionalmente gestire il proprio ruolo;

- 4) l'applicazione dei principi elaborati in seno al Progetto in successive ordinanze con motivazione davvero sommaria⁴².

⁴² Uno dei molti esempi di rinvio al precedente è dato da Cass. 28 agosto 2020, n. 18006 (ord.), in cui la motivazione si riduce a: "la tesi della ricorrente è infondata, alla stregua dei principi elaborati da Cass. 10/06/2020, n. 11116, alla cui motivazione va qui fatto integrale richiamo: ...; nemmeno in base ai contrari argomenti sviluppati in ricorso può dirsi inficiata la validità delle

Parallelamente, il P.G. presso la Corte di cassazione, dopo avere promosso una consultazione degli uffici di merito con invito a formulare segnalazioni, propone alla Corte i ricorsi nell'interesse della legge, ai sensi dei primi due commi dell'art. 363 cod. proc. civ.

9. La rilevanza interna del principio di diritto

Per concludere, solo pochi cenni alla rilevanza interna del principio di diritto, intesa come vincolo specifico al giudice del rinvio nella sede sua propria del giudizio disciplinato dagli artt. 392 a 394 c.p.c.: riguardo alla quale è indispensabile un rinvio alle trattazioni istituzionali e specialistiche e sulla quale qui ci si sofferma solo per rimarcare le differenze con la rilevanza esterna del principio di diritto fin qui esaminata, vale a dire quella che quest'ultimo ha in relazione a processi diversi da quello in cui è stato enunciato e tra soggetti diversi dalle parti o dai loro aventi causa a qualsiasi titolo.

È, tale vincolo, un istituto tipico dell'ordinamento nazionale, visto che quello da cui è stato importato, cioè quello francese, non prevede un obbligo immediato del giudice del rinvio di conformarsi al principio di diritto affermato dalla Cassazione, ma soltanto in un secondo momento, qualora, a seguito della sua "ribellione" o non condivisione, la stessa Corte di legittimità pronunci in *Assemblée Plénière* (si tratta quindi di un procedimento particolarmente rafforzato: che se, da un lato, esalta l'indipendenza del giudice del merito, dall'altra si inserisce in un sistema in cui le ribellioni alle pronunce di legittimità, sebbene tecnicamente ammissibili, sono praticamente rarissime).

Nell'elaborazione nazionale, esso integra una fattispecie di vero e proprio vincolo interpretativo per il giudice: è imposto al giudice di rinvio dopo la pronuncia di cassazione (secondo il disposto dell'art. 384, secondo comma, c.p.c., analogo a quello, in materia penale, posto dall'art. 627, terzo comma, c.p.p.).

È un vincolo interpretativo che ha superato il vaglio di costituzionalità fin da epoca ormai risalente⁴³; ma è un vincolo interno al processo e consegue ad un suo sviluppo particolare: la regola di giudizio è fissata prima della sua applicazione alla fattispecie concreta. Questo scarto diacronico⁴⁴ crea

conclusioni raggiunte dalla richiamata recentissima pronuncia e dell'esautiva disamina della fattispecie sotto ogni suo aspetto condottavi, a cui basta allora in questa sede un integrale richiamo".

⁴³ Corte cost. 2 aprile 1970 n. 50; in tempi più recenti, quanto al vincolo previsto dal codice di rito penale, v. Corte cost. 17 novembre 2000, n. 501, in *Giur. cost.*, 2000, 3870. Si segnala, sull'art. 384 c.p.c., anche Corte cost. 20 giugno 2013, n. 149 (ord.).

⁴⁴ In tali sensi, G. AMOROSO, M.R. MORELLI, *op. cit.*, p. 468.

una preclusione processuale: la regola di giudizio, pervenuta nella dialettica processuale, attraverso i vari gradi del giudizio, all'enunciazione del principio di diritto da parte della Corte di cassazione non può più essere posta in discussione non già in ragione di un'applicazione fuori sistema del principio di *stare decisis*, ma perché le parti ne hanno già discusso nel processo fino a quando e nei limiti in cui le regole del processo lo consentono. Pertanto, la violazione del principio di diritto da parte del giudice del rinvio determina una nullità della sentenza e la espone al successivo ricorso per cassazione sotto questo specifico profilo.

È poi consolidata la giurisprudenza di legittimità nel ritenere comprese nella preclusione derivante dall'enunciazione del principio di diritto tutte le questioni – di fatto e di diritto – logicamente sottese ed il cui esame deve aversi per necessariamente svolto in senso congruente col principio stesso⁴⁵.

Di recente, poi, quanto alla prosecuzione in sede civile del giudizio di danni già iniziato in sede penale, la giurisprudenza civilistica ha rivendicato, non senza critiche della Dottrina, la totale autonomia dei principi applicabili in sede di rinvio disposto ex art. 622 c.p.p.

Si noti che della conformità del principio di diritto a Costituzione il giudice del rinvio può dubitare, rimettendo gli atti alla Consulta e conseguendo se del caso pronuncia di accoglimento, anche quando in ipotesi il diritto vivente abbia condotto al suo superamento: in altri termini, il principio di diritto fissato al giudice del rinvio sopravvive ai mutamenti di giurisprudenza successivi⁴⁶, ma non a quelli assimilabili ad un autentico *ius superveniens*, quali le pronunce della Corte di Giustizia di Lussemburgo.

Tuttavia, tali ipotesi di rilevanza interna del principio di diritto, proprio perché in ultima analisi riconducibili al sistema di preclusioni, non dissimilmente del resto da quelle che si verificano in caso di sentenza non definitiva all'interno dello stesso grado, interessano in modo relativo l'interprete che si interroga sulla valenza del principio di diritto.

⁴⁵ In sostanza, in caso di ricorso per cassazione avverso la pronuncia del giudice di rinvio per violazione della precedente statuizione di annullamento, il sindacato della S.C. si risolve nel controllo dei poteri propri del suddetto giudice, poteri che, nell'ipotesi di rinvio per vizio di motivazione, si estendono non solo alla libera valutazione dei fatti già accertati, ma anche alla indagine su altri fatti, con il solo limite del divieto di fondare la decisione sugli stessi elementi già censurati del provvedimento impugnato e con la preclusione rispetto ai fatti che il principio di diritto eventualmente enunciato presuppone come pacifici o accertati definitivamente (tra le ultime, Cass., S.U., 3 settembre 2020, n. 18303).

⁴⁶ Corte cost. 16 marzo 2007, n. 78, in *Foro it.*, 2009, I, 1000.

10. Epilogo

In esito a queste brevi e disorganiche considerazioni dovrebbe risultare chiaro come sia preliminare ad ogni altra riflessione quella sull'utilità effettiva di una rincorsa fordista all'esaurimento della domanda di giustizia di legittimità con un parallelo o perfino pari incremento della sua risposta: in sostanza, occorre interrogarsi senza infingimenti sull'utilità effettiva degli sforzi per adeguare la produttività della Corte suprema di cassazione, che già di per sé è – con il suo carico spaventoso – un *unicum* nel panorama degli ordinamenti giudiziari occidentali, ad una domanda ormai fuori controllo, alimentata non solo da una conflittualità esasperata e propria della temperie culturale nazionale, ma anche, in un quadro di scarsa chiarezza di idee ed obiettivi forse tra gli stessi operatori del diritto, da scelte legislative miopi od incongrue – non ultima, di recente, quella di devolvere direttamente alla Corte di legittimità il solo controllo di impugnazione in materia di protezione internazionale in un contenzioso già di per sé dalle dimensioni epocali – e dall'evidente natura viziosa del circolo che si viene ad instaurare.

L'uniformità del diritto nazionale deve restare un presidio irrinunciabile di uguaglianza sostanziale tra i consociati; se l'approccio dinamico ed evolutivo della multiforme esperienza giurisprudenziale è assolutamente essenziale alla vitalità stessa della giurisdizione ed alla sua libertà ed indipendenza, nondimeno essenziali sono la stabilità delle risposte dei giudici e l'affidamento che vi devono riporre tutti.

Una stabilità come garanzia di uguaglianza, non come paralisi o fossilizzazione; ma al tempo stesso stabilità attraverso una tendenziale coerenza, che postula ed esige evoluzioni, ma auspicabilmente ponderate ed attente: vanno scongiurate continue oscillazioni o esercizi di rifinitura ed esasperata ricerca degli affinamenti dei precedenti. Va evitato il rischio di ridurre, col pretesto della pienezza della sua libertà, la determinazione del decidente ad un accidentale episodio di personale elaborazione di una norma astratta e, quindi, alla fortuita o casuale espressione di una discrezionalità così incontrollabile da rasentare l'arbitrio od un estenuato e narcisistico esercizio accademico.

La possibilità di assicurare l'uniformità del diritto nazionale passa, in un sistema come quello italiano, allora per una funzione nomofilattica incentrata sulla chiarezza e sulla saldezza degli interventi giurisprudenziali e sul ruolo che quelli della Corte suprema possono svolgere sull'esercizio della giurisdizione da parte dei giudici di ogni ordine e grado; ma con questi numeri richiesti alla Corte la sua giurisprudenza va incontro ad una instabilità ed inaffidabilità intrinseca, dovuta all'impossibilità materiale di garantire una coerenza anche solo sincronica – ed a maggior ragione diacronica – tra le sue pronunce.

Il vero e proprio esercito di giudici – in continua espansione, visti i cospicui incrementi della pianta organica pure necessitati dall'incalzare del soverchiante

carico delle pendenze – chiamato ad affrontare l'arretrato e l'affannosa rincorsa ad un incremento della produttività marginale che resta obiettivamente inesigibile (e poco dignitoso di per sé solo per una Corte suprema) potranno forse anche conseguire un ulteriore aumento del già mirabolante carico di provvedimenti prodotti per anno, visto che pure nell'*annus horribilis* della pandemia si sono superati i trentamila provvedimenti civili pubblicati.

Ma, a parte ogni considerazione sui tempi biblici necessari per ridurre sensibilmente, se non anche per azzerare, l'arretrato in condizioni di aumento in progressione geometrica delle sopravvenienze annue, è forse il momento di valorizzare per quanto possibile i pochi strumenti a disposizione per tentare di reggere il passo con l'emergenza costituita dall'esplosione della domanda di Giustizia di legittimità e dalla circostanza che questa è ormai fuori controllo.

E tanto anche a costo di privilegiare non già l'aumento vertiginoso della produzione dei provvedimenti, ma la loro qualità, nell'auspicio che una nuova condivisione di obiettivi tra gli operatori del diritto possa condurre ad una giurisprudenza in grado di fornire alla collettività dei consociati risposte credibili, superando la sgradevole sensazione che essa possa costituire un azzardo che vale sempre la pena tentare, un'alea da correre, per ogni tipo di diritti o di pretese, senza farsi carico della drammatica limitatezza delle risorse.

Occorrerà, quindi, chiedersi se e fino a che punto una Giustizia – di legittimità, ma non solo – come sta diventando la nostra sia un lusso che possiamo permetterci, ma pure quale sia l'obiettivo che si vuole perseguire.

Semplificazione anche nell'interazione, con il prezioso strumento dei Protocolli, utili momenti di riflessione comune nel solco dell'esperienza degli Osservatori; e perfino nella individuazione di contenuti minimi, anche se standardizzati, per ritrarre quanto di positivo c'è nell'esperienza della procedura civile eurounitaria, fondata su formulari preziosi per l'individuazione condivisa di quanto effettivamente serve alla parte per esporre le sue ragioni ed al giudicante per valutarle.

Occorrerà tentare di superare l'evidente incapacità di intesa già solo sull'individuazione degli elementi indispensabili alla comprensione della fattispecie in esame, sia per i giudici che per gli avvocati; occorrerà, almeno per i giudici, tentare di resistere ad atteggiamenti culturali, che giustificano un'incessante rivisitazione di conclusioni già raggiunte, anche faticosamente ed in via di approssimazione sostanzialmente condivisa: tendenza alla rivisitazione sorretta dalla presunzione di essere in grado di fornire la propria risposta nuova e sola corretta, ma tale in concreto da produrre, con una vera e propria eterogenesi dei fini, l'incremento ad un tempo, con un'autentica babele, dell'ingovernabilità della realtà fenomenica e dello sconcerto degli operatori pratici e soprattutto dei cittadini, nel cui nome questa Giustizia pur sempre viene amministrata.

Ma non bisogna, con franchezza, tralasciare che questo atteggiamento è al contempo concausa ed effetto di una mancanza di orizzonti ed obiettivi chiari, quasi un ripiegamento intimistico su se stessi dinanzi all'impressione dell'inautenticità dei propri sforzi ed al conforto che parrebbe dare l'idea di apportare, non potendo modificare un andamento generalizzato, un minimo contributo con la rifinitura e la sterile rimediazione o riedizione dell'esistente, sola ad essere considerata attingibile: ciò che imprime un'ulteriore impronta al carattere vizioso del circolo, per cui il giurista, che già di suo indulge all'esasperazione analitica della singola fattispecie e non sempre è capace di cogliere le esigenze del sistema, ancora di più si rifugia in questi esiti nella più o meno cosciente consapevolezza di non riuscire ad attingere una visione dinamica e soprattutto di respiro ordinamentale.

Solo una condivisione quanto più ampia possibile del ruolo della giurisprudenza e di una Corte che ha tra le sue funzioni istituzionali la nomofilachia, con attenzione costante alle ricadute concrete nel mondo reale e non soltanto nell'iperuranio della perfezione formale di un sistema astratto, potrà inverare nei fatti l'indispensabilità dell'uno e dell'altra per l'uguaglianza effettiva e sostanziale di tutti davanti alla legge e quindi per l'ordinato vivere quotidiano, compito primario del Diritto anche nel moderno mondo, articolato su mercati sempre più aggressivi e violenti, ipertecnologico e globalizzato.

Perché *«il giudice, il quale sa che scopo della sua funzione non è di risolvere eleganti problemi teorici per amor della scienza, ma di portare certezza giuridica nei conflitti di interessi che insorgono nella vita pratica, comprende che, specialmente in certe vexatae quaestiones di diritto processuale [...] una giurisprudenza costante è preferibile, nell'interesse dei privati, a una giurisprudenza giusta»*⁴⁷.

La nomofilachia sostenibile dovrebbe quindi orientarsi all'individuazione dei principi generali mediante motivazioni secche e, in presenza di precedenti complessivamente accettabili, anche soltanto meramente assertive; e non dovrebbe essere orientata ad un incremento progressivamente costante della produzione dei provvedimenti, visto che già adesso questa ha raggiunto dimensioni ingestibili e spesso mortificanti, ma alla ristrutturazione ed al riordino della domanda di Giustizia di legittimità e quindi delle sopravvenienze, fino al suo ridimensionamento in termini esigibili: una prudente ed accorta selezione dei propri interventi nomofilattici ed una maggiore confidenza nella valenza e nell'intrinseco valore dei propri stessi precedenti, riservando le elaborazioni ai mutamenti o agli adeguamenti indispensabili imposti dalla sostanziale differenza della fattispecie concreta.

⁴⁷ P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile – vol. II*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *Opere giuridiche*, vol. VII, Napoli, 1976, 67.

La Corte di cassazione non deve chiedere di potere scrivere o produrre di più, ma di scrivere o produrre meglio, in modo che sia poi sufficiente scrivere o produrre meno; e deve tentare di persuadere e mettere in luce la superfluità di continue o sterili rimediazioni: probabilmente solo in tal modo la nomofilachia può in concreto continuare ad essere sostenibile, in quanto funzionale a fondare l'affidamento dei consociati sull'impegno dei loro giudici nel garantire il maggiore possibile livello di garanzia dei diritti, a partire da quelli fondamentali e, tra questi, da quelli che la Costituzione definisce inviolabili.

**Nomofilachia e giurisdizione. La costruzione del diritto vivente.
La forza del precedente tra persuasività e vincolatività.
La rilevanza esterna e interna del principio di diritto.**

SOMMARIO: 1. Premessa: che ci direbbe Virgilio Andrioli?. – 2. L'entrata un po' da sprovveduti nel circuito del precedente. – 3. Precedente, pensaci tu ! (l'art. 118 disp. att. c.p.c., ovvero: motivazione e precedenti). – 4. La codificazione della nomofilachia.

1. Premessa: che ci direbbe Virgilio Andrioli?

Nel bellissimo volume (ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, 1979), su cui studiai la parte generale ed il processo di cognizione per il mio esame di procedura civile all'università, in effetti ormai quasi trentacinque anni fa, erano fatte alcune affermazioni che all'epoca nessuno metteva in discussione, e non soltanto per l'assoluta eccellenza dell'autore di quelle pagine:

- la Corte di cassazione, oltre che giudice dei conflitti di giurisdizione e di attribuzione, svolge innanzitutto la funzione di assicurare la esatta ed uniforme interpretazione della legge e l'unità del diritto oggettivo nazionale (art. 65 r.d. 30 gennaio 1941 n. 12 e art. 111, allora comma 2, Cost.);

- il ruolo di custode del diritto affidato alla Corte di cassazione costituisce proiezione dell'art. 3 Cost., essendo l'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge offesa da sentenze che impongano ai casi uguali assetti diversi;

- l'unico strumento offerto dall'ordinamento per la perfezione della funzione nomofilattica è tuttavia il ricorso del procuratore generale nell'interesse della legge ai sensi dell'art. 363 c.p.c.;

- peraltro, i documenti in cui si esprime la nomofilachia sono le decisioni della Corte, le quali rivestono una diversa autorità a seconda che siano quelle che regolano la giurisdizione e la competenza, o quelle che, pronunciando sul ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, o comunque risolvendo questioni di particolare importanza, enunciano il principio di diritto (talvolta altresì mediando fra la premessa maggiore legislativa e il caso concreto da sussumere in essa), ovvero quelle, pure ulteriori alle ultime indicate, che hanno comunque efficacia vincolante ai sensi dell'art. 393 c.p.c., o quelle in cui la Corte

si limiti a correggere la motivazione in diritto della sentenza impugnata, o quelle che si riducono a rigettare il ricorso (o ancora, quelle, aggiungerei noi oggi, che pronunciano anche sul merito della causa);

- all'individuazione dell'interpretazione delle norme di diritto emergente da questa vasta gamma di decisioni della Suprema Corte provvede l'Ufficio del Massimario e del Ruolo, le cui massime, a meno che non riproducano il principio di diritto enunciato ex art. 384 c.p.c., "non esimono coloro che ne prendono visione dall'onere di risalire alla motivazione della sentenza, dalla quale sono state estratte", giacché, se è vero che l'operazione di massimazione è cosa utilissima, che impone di individuare la ragione giustificatrice della pronuncia e di cogliere il nesso fra caso giudicato e norme applicate, "i suoi prodotti non hanno se non valore mnemonico";

- in ogni metodo di giurisprudenza tendenzialmente costante c'è il forte rischio correlato alla esigenza di individuazione della *eadem ratio*, in difetto della quale il *dictum* anteriore non può considerarsi precedente di fatto, altrimenti corrompendosi l'interpretazione conforme in applicazione livellatrice, affatto confortata quest'ultima dall'art. 3 Cost.;

- la mancata identificazione del precedente, o l'inottemperanza al medesimo, non possono essere motivi di annullamento della sentenza di merito, giacché il precedente di fatto non si inserisce quale diaframma fra norma di diritto applicabile e caso concreto, né tanto meno la Cassazione è tenuta a rispettare i propri precedenti, ma deve assoggettarli a riesame;

- la giurisprudenza uniforme ispirata non della continua verifica della *eadem ratio*, ma dall'acritico ossequio al precedente di fatto, visto come ammantato da una presunzione assoluta di legittimità, è espressione della prudenza, intesa come utilizzazione della esperienza altrui (che poi, se il precedente davvero rivela la medesima efficacia euristica dell'esperienza, verrebbe a mente il richiamo fatto da TARUFFO ad un aforisma di Oscar Wilde, secondo cui "esperienza" è soltanto il nome che ciascuno dà ai propri errori);

- la contestabilità del precedente è garantita anche dal citato art. 65, non essendo diverse, ai fini dell'esatta osservanza della legge, "le posizioni dei giudici sottordinati e della Cassazione".

Quanto rimane attuale oggi la descrizione del quadro ordinamentale che emergeva in queste riflessioni di Andrioli? Quanto, invece, esse ci inducono ormai soltanto a constatare che non siamo stati in questi decenni capaci di capirne gli ammonimenti tristemente presaghi?

Una manovra tattica a tenaglia, strategicamente organizzata dal legislatore e dalla giurisprudenza, sembra aver accerchiato pressoché tutti i postulati su cui fondava quella illuminata teorica circa i ruoli della nomofilachia e del precedente giurisprudenziale, attaccandoli frontalmente e sulle ali, così da precluderne ormai tutte le più virtuose direzioni operative.

2. L'entrata un po' da sprovveduti nel circuito del precedente

La storia del ruolo del precedente giurisprudenziale nel nostro ordinamento processuale civile ha origini antiche e sembra anche superfluo ripercorrerla oggi che pare giunta ad un epilogo ormai irretrattabile, per quanto non necessariamente felice.

Costituiva un vanto per i giudici italiani fino forse a mezzo secolo fa distinguere fra l'obbligo di decidere casi uguali in modo uguale, che discende già dal principio di eguaglianza, e l'obbligo di osservare, invece, i precedenti propri o di altre corti, stante che per l'art. 101 Cost. il giudice è soggetto soltanto alla legge. Oggi verrebbe quasi quasi da aggiungere che il giudice deve certamente altresì attuare il giusto processo ed assicurarne la ragionevole durata (art. 111 Cost.), ma pur sempre per come tali valori sono regolati alla legge, e non in base ad un'attività spirituale ricognitiva o creativa, che diviene espressione di un "diritto libero", talvolta anche in antitesi con quanto la legislazione positiva abbia prescritto.

Se nel sistema statunitense e in quello inglese il "*precedent*" è, invece, "*binding*" è perché in essi la "*case law*" è fonte del diritto obbligatoria per tradizione o per legge. Questa constatazione distintiva nei decenni trascorsi rendeva orgogliosi gli studiosi e gli operatori italiani, perché, ad esempio, per i giudici inglesi la regola dello *stare decisis* veniva giustificata come metodo utile ad educarli alla cautela ed alla conservazione. Viceversa, negli Stati Uniti, dove è più contestata dai giudici l'adesione al sistema del precedente vincolante, è oggetto di costante critica proprio lo *judicial activism*, prospettato come fenomeno eversivo ed antidemocratico (ALPA).

D'altro canto, proprio nei sistemi di *common law*, teorizzando la distinzione tra *obiter dictum* e *ratio decidendi*, si ammoniscono i giudici a non esprimere loro opinioni e a non curarsi di decidere casi futuri, dovendo preoccuparsi di risolvere soltanto il singolo caso in esame.

È però anche vero che il giudice inglese del "caso seguente" possiede nel proprio armamentario strumenti che gli consentono di smentire l'efficacia persuasiva del precedente, anche «verticale», adoperando il *distinguishing* o l'*overruling*. Identiche vie di fuga ha il giudice americano, del quale si sostiene che, in pratica, egli "segue il precedente solo quando non ritiene opportuno discostarsene" (TARUFFO). I giudici italiani sono così entrati nel circuito del "precedente" un po' da sprovveduti. Siamo stati anche attratti dalla rosea prospettiva di rendere "giuridicamente calcolabili" le nostre decisioni, confidando nel miraggio della diminuzione del carico del contenzioso negli uffici giudiziari: un sogno utopistico, a guardare ancora oggi il dato dei procedimenti civili pendenti davanti alla Corte di cassazione.

Non siamo ancora tutti d'accordo, del resto, su cosa costituisce un "precedente" nel nostro sistema. Anche una sentenza di merito o soltanto le decisioni della

Cassazione? E poi, tutte le decisioni della Cassazione, anche quelle in cui è stato accolto o rigettato un ricorso manifestamente fondato o infondato, rese a norma degli artt. 375, comma 1, n. 5, e 380-bis c.p.c.? O quelle rese comunque con ordinanza perché non è stata ravvisata alcuna particolare rilevanza della questione di diritto su cui pronunciare, ai sensi dell'art. 375, comma 2, e 380-bis. 1, c.p.c.? O soltanto quelle in cui sia enunciato il principio di diritto a norma dell'art. 384 c.p.c., o addirittura solo quelle delle sezioni unite che abbiano enunciato il principio di diritto componendo un contrasto o risolvendo una questione di particolare importanza, che sono poi insormontabili dalla sezione semplice in base all'art. 374, comma 3, c.p.c.?

L'idea diffusa nella pratica giudiziaria è che la Corte di cassazione sia, nel nostro sistema processuale, essa stessa consapevole produttrice e abituale fruitrice dei precedenti giurisprudenziali. Solo che non sta alla Corte di cassazione stabilire *ex ante* se la pronuncia che si appresta a rendere è, o meno, destinata a preconstituire un precedente per le generazioni future, come invece suppone semplicisticamente la logica aziendalistica sottesa alla riforma introdotta con il d.l. n. 168 del 2016, convertito in l. n. 197/2016. È il giudice del caso seguente che decide se sussiste tra questo ed il caso pregresso quella identità di *ratio* che impone, o per lo meno consiglia, di fare buon uso del precedente.

Tale identità di *ratio* tra i due casi, che giustifica l'applicazione del precedente secondo la valutazione discrezionale affidata al giudice del caso successivo, comunque non è, né può mai essere, pure identità dei fatti, perché se due vicende sono davvero indiscernibili, esse sono allora nient'altro che la stessa vicenda: *eadem sunt, quorum unum potest substitui alteri salva veritate* (TARUFFO, ma prima ancora LEIBNIZ). In tale prospettiva, non avrebbe nemmeno senso parlare di un "precedente di legittimità", visto che la forza del precedente si radica unicamente sulla *materially identical facts*.

D'altro canto, se i giuristi di *common law* ricavano la norma dal raffronto tra il caso in esame e le soluzioni date in passato a casi simili, sicché sono proprio le sentenze che creano il diritto, nel nostro ordinamento i giuristi traggono la norma in via di deduzione da regole scritte generali contenute nelle leggi, e perciò i precedenti giudiziari non potrebbero vincolare, ma solo persuadere in ragione dell'autorità da cui provengono.

Nel nostro sistema, il precedente giudiziale assume le sembianze di un modello ibrido interspecifico: dalla fattispecie astratta della legge di diritto positivo il giudice trae la regola che decide sulla fattispecie concreta e ad un tempo arricchisce di contenuti quella fattispecie astratta per le future applicazioni di essa ad altre singole fattispecie concrete.

L'astratta enunciazione o interpretazione di una regola di diritto contenuta in una pronuncia della Corte di cassazione non può, quindi, preconstituire un prece-

dente in senso proprio, questo essendo, piuttosto, l'applicazione data alla legge in relazione al fatto concreto oggetto di lite.

Tanto meno rappresenta un precedente la massima che sia estratta da una sentenza della Cassazione, allorché non vi sia attenzione al fatto deciso (il che nella massima, secondo le tecniche redazionali in uso al Massimario, non si fa, tranne che, ma con la sintesi di un paio di righe, allorché si adottino i modelli stilistici della "massima di specie" o della "massima con fattispecie"). L'ordinamento brasiliano, che, ad esempio, attribuisce efficacia *erga omnes* alla *súmula vinculante* formulata dal *Supremo Tribunal Federal*, radica tale potere su un espresso riconoscimento costituzionale.

Le maglie ristrette del sindacato di legittimità sul fatto, soprattutto a seguito della riformulazione dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., hanno poi reso più frequente l'invocazione da parte dei ricorrenti del vizio di cui al numero 3 dell'art. 360 c.p.c., il che però implica anche la necessità per la Corte di enunciare il principio di diritto ai sensi dell'art. 384, comma 1, c.p.c., che sarà anche più probabilmente massimato, col rischio di generalizzare la singola soluzione quale prototipo decisorio valido per i casi futuri, seppur adottata senza prestare alcuna attenzione al fatto ed alla motivazione della sentenza di merito. Il caso concreto appare, così, mera occasione per la creazione del principio di diritto, il quale si erge al di sopra dei fatti.

Un'altra complicazione sta nella distinzione che abitualmente si fa fra *ratio decidendi*, ovvero il nucleo della pronuncia che applica la norma ai fatti del caso concreto, cui soltanto sarebbero riferibili gli effetti del precedente, ed *obiter dictum*, che è invece ogni altra enunciazione o argomentazione che il giudice abbia espresso in sentenza trascendendo dal caso deciso. Gli *obiter* non dovrebbero mai costituire un precedente per le decisioni successive né essere censiti in massime mentitorie. Tale distinzione è tuttavia assai complessa nella pratica, né vale ad escludere del tutto l'efficacia persuasiva che pure un *obiter dictum* possa rivelare per il giudice chiamato a decidere il caso successivo: si transita così, vien detto, in un sistema di *stare consultis*, neppure più di *stare decisis* (SASSANI).

Ove si ravvisi il vincolo, o quanto meno l'efficacia persuasiva, del precedente di Cassazione consistente soltanto nella astratta elaborazione di una regola di diritto formulata in termini generali, la sentenza della Corte sovraordinata è intesa, in realtà, come norma universale suscettibile di applicazione deduttiva: possiamo averne vantaggi in termini di calcoli matematici, ma dobbiamo ammettere gli svantaggi che sono inevitabilmente correlati ad ogni deriva autoritaria e burocratica nell'esercizio della giurisdizione, il tutto, direi, senza incidere nemmeno in maniera positiva sull'attuazione del principio di eguaglianza sostanziale.

3. Precedente, pensaci tu! (l'art. 118 disp. att. c.p.c., ovvero: motivazione e precedenti)

L'art. 118, comma 1, disp. att. c.p.c., come modificato dalla legge 18 giugno 2009, n. 69, dispone che “la motivazione della sentenza di cui all'articolo 132, secondo comma, numero 4), del codice consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi”. Quest'articolo, che dalla periferia del codice si è spostato al centro del sistema (IRTI), eleva il riferimento ai precedenti conformi a criterio di legalità e logicità della sentenza. Ci aveva già provato l'art. 16, comma 5, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, sui procedimenti in materia societaria, a prevedere una motivazione della sentenza in forma abbreviata, mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e la concisa esposizione delle ragioni di diritto, anche in riferimento a precedenti conformi. Si tratta di un percorso legislativo che Cass. sez. un. 16 gennaio 2015, n. 642, ha ritenuto “ormai reso inevitabile anche dalla necessità di dare concreta attuazione al principio costituzionale di ragionevole durata del processo” (e qui taluno obietta: ragionevole durata, *«que de crimes on commet en ton nom!»*).

Ora, la nozione di «precedente conforme» non sottende né la *vis imperativa* del giudicato né l'«autorità» della sentenza invocata in un diverso processo, di cui discorre l'art. 337, comma 2, c.p.c.: essa viene adottata dal legislatore “in funzione di una progressiva semplificazione dell'attività motivazionale del giudice decidente”, il quale è autorizzato a fare uso di «schemi decisionali» tratti da precedenti pronunzie dotate di «un'efficacia persuasiva» (COMOGLIO).

Dunque, con l'art. 118 disp. att. c.p.c. il “riferimento a precedenti conformi” diviene una agevole scorciatoia nell'adempimento dell'obbligo di motivazione. In combinato con la riformulazione dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., il rinvio a precedenti potrebbe bastare a passare indenni il sindacato sul “minimo costituzionale” esigibile di motivazione.

Ma è sufficiente davvero, per motivare abbastanza, affermare in sentenza: “l'ha detto lui” (o, semmai, “Lui”, se l'autore del precedente merita la maiuscola reverenziale)?

E poi, per motivare “in riferimento a precedenti conformi”, basta all'estensore indicare gli estremi delle pronunce richiamate per rendere apparentemente “giusta”, o razionalmente giustificata, la propria sentenza? O gli occorre comunque anche esporre i motivi per i quali abbia condiviso le ragioni sostenute nei precedenti menzionati?

E se si tratta di questione di diritto già decisa in modo difforme, la motivazione può riferirsi ai soli precedenti che siano conformi alla decisione che il giudice vuol rendere o questi deve prendere posizione anche sui precedenti in senso contrario?

La giurisprudenza prova a dare risposta a questi interrogativi: la motivazione *per relationem* ex art. 118, comma 1, disp. att. c.p.c., può fondarsi su precedenti non solo di legittimità, ma anche di merito, del medesimo o di altro ufficio, «ricercandosi palesemente per tale via il beneficio della utilizzazione di riflessioni e di schemi decisionali già compiuti per casi identici o caratterizzati dalla risoluzione di identiche questioni» (Cass. 6 settembre 2016, n. 17640); è ben possibile anche il rinvio ad un precedente del medesimo ufficio, sempre che si dia conto dell'identità contenutistica della situazione di fatto e di diritto tra il caso deciso dal precedente e quello oggetto di decisione (Cass. 22 maggio 2012, n. 8053; si veda però anche Cass. Sez. Un. 16 gennaio 2015, n. 642); può andar bene pure così: il giudice dell'impugnazione, dopo aver ricordato un precedente del proprio ufficio reso su una questione analoga ed aver esaminato le singole censure, conclude nel senso che le argomentazioni della sentenza richiamata “rispondono a tutti i motivi d'impugnazione” (Cass. 11 febbraio 2011, n. 3367).

Occorre altresì procedere in modo disincantato ad una consapevole analisi costi/benefici: se posso succintamente motivare uniformandomi ai precedenti che seguono, quanto mi tocca scrivere, invece, se da essi volessi discostarmi?

Ancora di recente, come in un passato ormai remoto, la Corte di cassazione ha sostenuto che, una volta che abbia esposto i motivi della sua decisione, il giudice non deve dimostrare esplicitamente l'infondatezza o la non pertinenza dei precedenti giurisprudenziali eventualmente difformi, poiché la motivazione in tanto può essere viziata in quanto sia di per sé erronea, in fatto o in diritto, in relazione alla fattispecie concreta, non già in quanto eventualmente in contrasto con le ragioni addotte in decisioni riguardanti altre fattispecie analoghe, simili o addirittura identiche (Cass. 26 giugno 2017, n. 15846; Cass. 23 giugno 2008, n. 17026; Cass. 17 marzo 1980 n. 1772).

Si è peraltro affermato dalla medesima Corte che, a fronte di fattispecie del tutto simili, l'uniformazione delle motivazioni delle sentenze rese da giudici diversi in udienze pure diverse è cosa “del tutto comprensibile, se non addirittura opportuna” (Cass. 12 maggio 2020, n. 8782).

Nei repertori impolverati può trovarsi anche qualche monito più esplicito: nell'esercizio del suo potere-dovere d'interpretazione della norma applicabile alla fattispecie sottoposta al suo esame, il giudice è libero di non adeguarsi all'opinione espressa da altri giudici e può anche non seguire l'interpretazione proposta dalla Corte di cassazione, così come può dissentire dalle motivazioni delle pronunzie di rigetto della Corte costituzionale, ma tale libertà non esclude l'obbligo di addurre ragioni congrue, convincenti a contestare e far venir meno l'attendibilità dell'indirizzo interpretativo rifiutato (Cass. 3 dicembre 1983, n. 7248).

In pratica, la condizione del giudice di merito rispetto al precedente di legittimità non è poi assai dissimile da quella in cui si trova il giudice di rinvio

a seguito di cassazione della sentenza: questi deve “uniformarsi al principio di diritto e comunque a quanto statuito dalla Corte” (art. 384, comma 2, c.p.c.) in forza dell’efficacia positiva della sentenza di cassazione, rimanendogli altresì preclusa dall’efficacia negativa della stessa la possibilità di rimettere in discussione pure i fatti che costituiscano il presupposto della pronuncia di annullamento; ogni altro giudice rimane libero nel ricostruire la fattispecie concreta sottoposta al suo esame e nell’individuare la norma ad essa applicabile, ma, se voglia dissentire dall’indirizzo interpretativo seguito dalla Suprema Corte riguardo a tale norma, dovrà addurre ragioni congrue e convincenti per minare l’orientamento giurisprudenziale ripudiato.

Vennero però anche Cass. 28 luglio 1997, n. 7050 e poi Cass. 19 dicembre 2001 n. 16007, a chiarire che non è viziata per violazione di legge la sentenza in cui il giudice di merito non spiega perché non abbia seguito i precedenti giurisprudenziali di legittimità.

Nei primi anni del terzo millennio, tuttavia, l’ostentazione dell’idea del giudice che sia libero nello svincolarsi dai precedenti iniziò ad essere reputata quasi uno sprezzante rifiuto del valore dello *stare decisis* come forte riduttore di litigiosità. Il valore del precedente starebbe proprio in ciò: “esso dispensa il giudice che vi si adegui dall’obbligo di motivare; impone al giudice che voglia discostarsene l’obbligo di motivare convincentemente il rifiuto”. È la giustizia che “piuttosto che ridurre la litigiosità, opera per incrementarla. Si dedica, per così dire, all’autoproduzione di litigiosità (...). Da noi, la volubilità della giurisprudenza agisce come incentivo alla temerarietà” (GALGANO). Si torna indietro fino a Muratori e Verri per arrivare alle ansie dei moderni economisti circa il funzionamento dei mercati, criticando l’incertezza cagionata dall’imprevedibilità delle sentenze e l’anelito dei giudici ad interpretare la legge nel modo migliore possibile, anche a costo di contraddire le altrui e le proprie precedenti interpretazioni. Superata l’era della *legislatio* ed entrati nell’era della *iurisdictio*, all’alba del nuovo millennio pareva imporsi come adeguata una sola soluzione: codificare la nomofilachia.

D’altro canto, per Cass. sez. un. 3 maggio 2019, n. 11747, integra violazione di legge rilevante ai fini della responsabilità civile nell’esercizio delle funzioni giudiziarie la decisione del giudice che, senza motivare, rende una decisione difforme dai precedenti giurisprudenziali, atteso che “la superabilità del precedente non può prescindere dall’obbligo di conoscerne l’esistenza”.

A coloro che parlano di dottrina delle corti e di un diritto vivente giurisprudenziale, mutevole sotto le spinte delle cultura, dell’economia e della politica, rimane a contrapporsi soltanto chi in ciò intravede il rischio di una ibridazione tra formanti, che lascerebbe addirittura trasparire una misurata, quanto consapevole, arroganza (GAZZONI).

4. La codificazione della nomofilachia

Il legislatore italiano degli ultimi quindici anni sembra aver recepito la propaganda ideologica secondo cui l'unico rimedio idoneo a disinnesare la litigiosità ed a ripristinare la calcolabilità economica delle sentenze sarebbe stato quello di codificare la nomofilachia. I risultati di questa scelta si sono, tuttavia, rivelati affatto confortanti, anzi; i procedimenti civili iscritti e quelli definiti ogni anno in Corte di cassazione superano ormai stabilmente la soglia dei trentamila, come la pendenza complessiva supera i centomila. Un dio che è fallito, verrebbe da dire.

Con il d.lgs. n. 40 del 2006 si introdusse il terzo comma dell'art. 374 c.p.c., il quale onera la sezione semplice della Corte di cassazione di rimettere alle sezioni unite la decisione di un ricorso ove ritenga di non condividere un principio di diritto da queste affermato. Le sezioni semplici vengono così private della opzione per l'*overruling* ed il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite rimane per le prime immutabile come l'orbita dei pianeti. Lo scopo della conclamata «supremazia nomofilattica» delle sezioni unite è evidente: ridurre i contrasti di pronunce fra sezioni semplici e lasciare alle sezioni unite la sperimentazione dimostrativa che un'idea vada cambiata. Si può obiettare che così, se i giudici sono costituzionalmente soggetti soltanto alla legge, le sezioni semplici sono soggette altresì, e più di ogni altro giudice, al principio di diritto delle sezioni unite, ma tant'è.

Peraltro, neppure finisce qui. Preservata alle sole sezioni unite la forza del mutevole divenire, per due concorrenti fattori il precedente espresso dal primate nomofilattico può addirittura acquisire l'immutabilità del Logos.

Si è affermato che, a fronte di un ancora recente intervento delle sezioni unite volto a dipanare un contrasto di orientamenti, pur quando meditati rilievi suggeriscano l'opportunità di ripensare la questione, le sezioni unite, ove nuovamente investite, devono avvertire l'esigenza di assicurare un sufficiente grado di stabilità all'indirizzo interpretativo già indicato. Lo *stare decisis*, pur non essendo legge nel nostro ordinamento, è un "valore", o, quanto meno, "una direttiva di tendenza", "in base alla quale non ci si può discostare da una interpretazione del giudice di legittimità, investito istituzionalmente della funzione nomofilattica, senza delle forti ed apprezzabili ragioni giustificative. Insomma, se la lettera della legge consente due diverse interpretazioni, è da preferire sempre quella "sulla cui base si è formata una certa stabilità di applicazione", soprattutto in tema di interpretazione di norme processuali, "non potendo l'utente del servizio giustizia essere esposto al rischio di frequenti modifiche degli indirizzi giurisprudenziali" (Cass. sez. un. 31 luglio 2012, n. 13620).

Detto ancor più esplicitamente: perché si possa invocare un mutamento della giurisprudenza delle sezioni unite, soprattutto, in materia processuale, non ba-

sta contestare la plausibilità dell'interpretazione già fornita dal precedente, ma occorre che la stessa risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa, o che comunque dia luogo a risultati disfunzionali, irrazionali o "ingiusti" (Cass. sez. un. 6 novembre 2014, n. 23675).

In certo senso, se le sezioni semplici soffrono, in virtù del terzo comma dell'art. 374 c.p.c., la «supremazia nomofilattica» delle sezioni unite, le sezioni unite, una volta che si siano pronunciate su un dilemma interpretativo, restano, almeno per qualche anno, schiave di se stesse in nome della stabilità e della certezza.

La salvaguardia della stabilità dell'interpretazione giurisprudenziale delle sezioni unite della Corte di cassazione appare un valore fondante: essa potrebbe garantire più certezza della stessa norma giuridica positiva, la quale di per sé è variabile, giacché esposta alla contingenza della volontà di sistema. Anzi, la fedeltà assoluta dei giudici ai propri precedenti sembra in grado di sconfessare pure lo scetticismo di matrice kelseniana sul «mito» della certezza del diritto, rendendo unica, e perciò finalmente prevedibile, la decisione esatta.

Il mutamento di indirizzo giurisprudenziale ha conosciuto, poi, nell'ultimo decennio, un altro limite, stavolta sotto il profilo effettuale.

Una vita fa leggevamo che, poiché «la funzione assolta dalla giurisprudenza, nel contesto di sillogismi decisorii, non può essere altra che quella ricognitiva dell'esistenza e dell'effettiva portata, e non dunque anche una funzione creativa, della regola stessa», «discende come logico ed obbligato corollario da questa incontestabile premessa che, in presenza di una ricognizione, pur reiterata nel tempo, che si dimostri poi però erronea nel presupporre l'esistenza di una regola in realtà insussistente, la ricognizione correttiva debba avere una portata *naturaliter* retroattiva, conseguendone altrimenti la consolidazione *medio tempore* di una regola che troverebbe la sua fonte esclusiva nelle sentenze che, erroneamente presupponendola, l'avrebbero con ciò stesso creata» (Cass. sez. un. 4 novembre n. 2004, n. 21095). Questo valeva a dire che al mutamento di indirizzo giurisprudenziale rispetto ai precedenti sarebbe inevitabilmente seguito il venir meno retroattivo di ogni efficacia vincolante, anche con riguardo ai rapporti instaurati prima del *rèvirement*.

A far tempo da Cass. sez. un. 11 luglio 2011, n. 15144, sono cambiate molte cose. Quando la Corte intende procedere ad un mutamento di un proprio consolidato orientamento su di una regola del processo, e tale mutamento sia connotato, oltre che dalla imprevedibilità, dall'idoneità a provocare un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte, quest'ultima, avendo fatto ragionevole affidamento sulla stabilità del precedente, non deve risentire delle conseguenze dell'*overruling*. La forza dei precedenti qui è tale da finire per trasformare la funzione stessa della sentenza innovativa: essa, da semplice

strumento dichiarativo di ricerca della norma preesistente da applicare al caso concreto in esame, si evolve, piuttosto, in annuncio solenne di giurisprudenza futura. La Cassazione si avvede che la regola processuale finora dettata era sbagliata, ma stabilisce di continuare ad utilizzarla per tutti i rapporti in corso al fine di non sancire preclusioni o decadenze in danno della parte che di quella regola si era fidata.

Il problema della protezione del legittimo affidamento è, come sappiamo, tipico dei sistemi in cui vige il principio dello *stare decisis*, lì dove, cioè, i precedenti giudiziari sono concepiti come diritto. In particolare, oltre l'affidamento della generalità dei consociati, viene in speciale rilievo l'affidamento della parte che abbia pianificato la sua strategia difensiva dinanzi a quel giudice. È, inoltre, problema correlato alle esigenze di certezza avvertite in quegli ordinamenti che non hanno leggi scritte e perciò auspicano la stabilità e l'uniformità della *law in action*.

Acquisita la consapevolezza della concreta "dimensione integrativo-creatrice della giurisprudenza", la medesima giurisprudenza avverte il timore "di divenire (e di essere avvertita dai cittadini come) un fattore d'irrazionalità e di disordine nel tessuto sociale". Se, perciò, il precedente giurisprudenziale non costituisce tuttora una vera e propria *regula iuris*, che si impone con forza di legge in un successivo giudizio vertente su questioni analoghe, "specialmente per il giudice di legittimità, l'esigenza di tener conto dei propri stessi precedenti si radica nella sua istituzionale funzione e nella conseguente necessità di garantire (almeno tendenzialmente) i valori di coerenza ed uguaglianza dell'ordinamento" (RORDORF).

Beninteso: la tutela da *prospective overruling*, vien detto, sarebbe problema che si pone soltanto per l'affidamento qualificato ingenerato da un costante indirizzo interpretativo della Corte di cassazione, e non invece se formatosi nella giurisprudenza di merito (Cass. sez. 12 febbraio 2019, n. 4135). Inoltre, deve pur sempre trattarsi di mutamenti della giurisprudenza su una regola del processo, e non riguardanti norme di carattere sostanziale (Cass. 10 maggio 2018, n. 11300; Cass. 3 settembre 2013, 20172), come se la scelta repentina di una contrapposta interpretazione in tema, ad esempio, di validità di un contratto o di prescrizione di un diritto non possa a sua volta provocare l'operatività di preclusioni o decadenze e frustrare affidamenti incolpevoli.

Non so se queste risposte siano verità forti o unicamente verità utili. L'esigenza di tutela dell'affidamento creato dai consolidati precedenti giurisprudenziali si pone identicamente, se non in maggior misura, in materia sostanziale. Non distolgono da questa constatazione l'argomento secondo cui per la salvaguardia sull'affidamento in materia sostanziale non si presterebbe utile lo strumento della rimessione in termini, né la spiegazione che ricomprende tra i "costi di transizione" la vanificazione dell'aspettativa dei consociati circa la stabilità di una determinata interpretazione giurisprudenziale.

La cortina dei precedenti di legittimità, con la legge n. 69 del 2009, è poi divenuta strumento per il filtro di ammissibilità dei ricorsi per cassazione. In forza dell'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c., il ricorso (o un suo singolo motivo) è inammissibile quando il provvedimento impugnato abbia deciso le questioni di diritto «in modo conforme alla giurisprudenza della Corte» e l'esame delle censure non offre elementi di tale qualità da minare l'interpretazione consolidata ed indurre il collegio a ripensare il proprio orientamento, per mutarlo o anche soltanto per confermarlo. Si tratta di una inammissibilità del ricorso per ragioni di merito, in rapporto alla quale si eleva a parametro la conformità della sentenza impugnata rispetto alla giurisprudenza consolidata in base a valutazione da operarsi comunque al momento della decisione della Corte di cassazione, pure quando l'orientamento sia mutato a seguito della proposizione dell'impugnazione (Cass. sez. un. 21 marzo 2017, n. 7155). Del resto, al centro del sistema posto dall'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c. non è tanto un requisito genetico di contenuto dell'impugnazione, quanto la supposta superfluità di chiamare la Corte a riesaminare una *quaestio iuris* che essa ha ormai risolto (essendo altrimenti da dichiarare inammissibile il ricorso che perorasse immotivatamente il mutamento di giurisprudenza poi *medio tempore* avversatosi, ed al contrario da dichiarare ammissibile il ricorso conforme all'orientamento affermato all'epoca della sua notificazione, ma difforme dalla nuova interpretazione).

L'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c. lascia però irrisolti interrogativi non meno gravi, né nuovi, per quanto già detto nelle pagine precedenti. Quante sentenze ci vogliono per fare la «giurisprudenza della Corte»? Un precedente fa «giurisprudenza»? (si, risponde, Cass. 22 febbraio 2018, n. 4366, “quand'anche unico e perfino remoto, ma univoco e chiaro”).

È come quel che avviene nel sofisma del sorite, scriveva Taruffo: quanti granelli ci vogliono per fare un mucchio di sabbia, ovvero, quale granello, singolarmente aggiunto, fa divenire mucchio ciò che prima tale non era? La relatività del parametro della «giurisprudenza della Corte», invece individuato dall'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c. come misura di tutte le cose, è evidentemente acuita dalla difficoltà di ricercare nei precedenti un valore assoluto ed oggettivo all'interno di un sistema che lascia alla Corte Suprema la produzione di oltre trentamila decisioni all'anno.

Una identica immagine della Cassazione, vista come “macchina banale”, emerge dal secondo comma dell'art. 375 c.p.c. inserito dal d.l. n. 168 del 2016, convertito in l. n. 197 del 2016, in base al quale la Corte, a sezione semplice (ma, nella pratica seguita, anche a sezioni unite) pronuncia in camera di consiglio, senza l'intervento del pubblico ministero e delle parti (art. 380-*bis*. 1, c.p.c.), in ogni caso, salvo che la trattazione in pubblica udienza sia resa “opportuna” dalla particolare rilevanza della questione di diritto da risolvere (oppure quando, *omisso medio*, la sesta sezione, in esito alla camera di consiglio, abbia ritenuto

che il ricorso non sia né inammissibile, né manifestamente fondato o infondato). È una distinzione di riti che postula una capacità vaticinale del presidente di sezione all'atto della fissazione dell'udienza o dell'adunanza (o del collegio, ove se ne ammetta la facoltà di *repêchage* in analogia all'art. 380-*bis*, comma 3, c.p.c.: ad esempio, Cass. sez. un. 5 giugno 2018, n. 14437), supponendo che sia prevedibile *ex ante* l'idoneità a "fare precedente" di una pronuncia da rendere, ma negli effetti pratici riducendo la funzione nomofilattica, che è garanzia di legalità, al riscontro empirico dell'uniformità della giurisprudenza, sicché l'una non (più) occorre quando, in qualsiasi modo ed a qualsiasi prezzo, si sia comunque conseguita l'altra.

La vulgata vuole che la Suprema Corte possa agevolmente discernere tra esercizio dello *jus constitutionis* e dello *jus litigatoris*, riservando al primo lo scenario della pubblica udienza ed al secondo i toni ben più dimessi della trattazione in camera di consiglio: eppure siffatta distinzione sui predicamenti dell'essere tra *jus constitutionis* e *jus litigatoris* non significa certo che quando la Corte adempie al primo non risolve comunque una lite tra le parti, né che quando provvede al secondo possa disinteressarsi della propria funzione nomofilattica.

Da ultimo, non può trascurarsi l'influenza che un'interpretazione stabilizzata e consolidata fornita dal giudice della nomofilachia spiega altresì sul sindacato di costituzionalità delle leggi, atteso che, in presenza di un "diritto vivente" di matrice giurisprudenziale, com'è noto, la Corte costituzionale si reputa priva della possibilità di proporre differenti soluzioni interpretative (Corte cost., sentenze n. 208 del 2014; n. 338 del 2011; n. 299 del 2005; n. 266 del 2006), dovendo piuttosto stabilire se lo stesso sia o meno conforme ai principi costituzionali. La norma sarà dunque illegittima "così come interpretata dalla Cassazione". Per converso, in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato, il giudice che non voglia discostarsi da esso, prescegliendo una diversa esegesi del dato normativo per adeguarne il significato a precetti costituzionali, ha la facoltà di assumere l'interpretazione censurata in termini di "diritto vivente" e di richiederne, su tale presupposto, il controllo di compatibilità con i parametri costituzionali (Corte cost., sentenze n. 39 del 2018, n. 259 e n. 122 del 2017, n. 200 del 2016 e n. 11 del 2015).

È difficile trarre una conclusione di sintesi dalle pagine pregresse circa il ruolo attuale della nomofilachia e l'efficacia del precedente. Della prima è emersa l'idea che essa sia erogata da un dispositivo ad intermittenza, che la Corte di cassazione dovrebbe interrompere e ripristinare a seconda dei casi da giudicare e delle questioni da risolvere. La forza del precedente sembrerebbe poi giustificata da esigenze preminenti anche rispetto a quella della astratta legalità della decisione, quali la stabilità e la certezza degli orientamenti giurisprudenziali, la calcolabilità degli esiti del processo e la ragionevole durata dello stesso.

Com'è noto, nel 67 a.C., su iniziativa del tribuno della plebe Gaio Publio Cornelio, fu approvato un *plebiscitum* – la *lex Cornelia* –, con il quale venne disposto “*ut praetores ex suis edictis perpetuis ius dicerent*”, intendendosi obbligare i pretori ad attenersi, nell'esercizio della *iurisdictio*, all'editto pubblicato all'inizio del loro anno di funzioni. Lo storico Asconio spiegò che si cercava così di redarguire i pretori, i quali, soprattutto negli ultimi tempi della Repubblica, “*varie ius dicere assueverant*”. La Legge Cornelia mirava, dunque, a conferire la veste di *edictum perpetuum* all'editto proposto da ciascun pretore all'assunzione della carica, negando ai magistrati la possibilità di intervenire su materie della loro giurisdizione in forma di *edictum repentinum*. Si voleva che l'attività editale non dovesse più conformarsi ai mutevoli orientamenti del singolo pretore, e in tal modo ripristinare la stabilità degli editti, non potendocisi più rimettere alla sola *fides* del magistrato.

KRUGER, in *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*, 1888, raccontò, comunque, che la Legge Cornelia non venne mai effettivamente applicata.

Dalla nascita (1924-1928) alla lenta “crisi di un centenario”: (ancora) sull’ufficio del Massimario e del ruolo della Corte di cassazione.

SOMMARIO: 1. Nomofilachia e Ufficio del massimario: dalla funzione allo strumento. Premessa. – 2. Dal concetto al nome. – 3. I primi passi della nuova organizzazione. – 4. Lo stato della S.C. alla vigilia del nuovo ordinamento giudiziario. – 5. Un ufficio del Massimario; non basta un gruppetto di applicati. – 6. Ma il Massimario non basta; c’è necessità di un (altro) Ufficio speciale: quello del Ruolo. – 7. Come si arrivò alla nascita dell’Ufficio del ruolo. – 8. Funzione nomofilattica e ausilio del ruolo. – 9. Funzione nomofilattica e attività di massimazione.

1. Nomofilachia e Ufficio del massimario: dalla funzione allo strumento

Premessa

L’istituzione *Massimario* nasce per l’inveramento della funzione nomofilattica, ossia della specifica attribuzione della Corte di cassazione, secondo il celeberrimo art. 65 (*Attribuzioni della corte suprema di cassazione*) dell’Ordinamento giudiziario del 1941, il cui 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 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».

Non è questa la sede per dire dell’attualità di questa previsione e della conservazione di senso rispetto all’originario stabilimento che venne dai codificatori dell’Ordinamento GRANDI di cui al r.d. n. 12 del 1941, oggetto di revisioni da parte della dottrina¹.

¹ Si veda, per uno scorcio del dibattito processualistico ma anche costituzionalistico, l’interessante e, in gran parte, condivisibile scritto di L. PASSANANTE, *Il postulato del “primo” Calamandrei e il destino della Cassazione civile*, Relazione svolta l’11 novembre 2020, nell’ambito dell’incontro di studio dal titolo *Passato e futuro della Cassazione – A cent’anni dalla “Cassazione Civile” di Piero*

Sappiamo dagli studi di FRANCO CIPRIANI² della sicura collaborazione che PIERO CALAMANDREI diede alla codificazione del 1941-2 e che tale scambio ormai non è più un mistero³; che, grosso modo, dietro quell’innovazione, anche in ambito ordinamentale,

Calamandrei, organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura – Struttura di formazione decentrata della Corte di cassazione (dattiloscritto), specie il § 9 intitolato *L’obsolescenza del concetto di nomofilachia*; ID, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018, 346.

² L’opera storiografica di FRANCO CIPRIANI meriterebbe una trattazione apposita, a cominciare dal suo primo lavoro [*Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d’Italia (1866-1936)*, Milano, 1991, 534]; e poi, mano a mano, a seguire da: ID, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, 1992; ID, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, Napoli, 2007, 327, seguendolo nel percorso – a volte un po’ arzigogolato – dei suoi numerosi (ma sempre appassionanti) saggi che non è il caso di qui di menzionare [se ne veda una rilevante raccolta nel volume: ID, *Scritti in memoria dei patres*, Milano, 2006, 502]; ma che pure costituiscono il prolungamento della sua ricerca storiografica. In particolare, nell’ultimo dei volumi riportato (*Piero Calamandrei e la procedura civile*, Napoli, 2007), si riporta un apposito capitolo saggio (del 1997) dall’inequivoco significato: *La relazione al re scritta da Calamandrei e firmata da Grandi*. Certo esso attiene, particolarmente alla *Relazione* al codice di rito riformato, ma – in numerosi colloqui privati con l’A. – registrai la Sua identica (anche se indimostrata) idea che CALAMANDREI fosse stato anche l’A. della riforma dell’Ordinamento giudiziario.

³ Come già accennato nella nota che precede, la tesi di Cipriani, che ebbe a riferirmi *de visu* in alcuni colloqui, era che quantomeno quell’articolo 65 dell’O. G. Grandi era stata, in realtà, opera di PIERO CALAMANDREI. Non mi pare, tuttavia, che tale affermazione, che pure potrebbe ricevere qualche ulteriore suggestione dopo la lettura di questo mio saggio, sia mai stata da Lui successivamente documentata, se si prescinde dalla nt. 17 al saggio *La relazione al re e l’apostolato di Chiovenda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 749 ss.; ora in ID, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, cit., 123 e ss., ove afferma (a p. 128): «Calamandrei, dopo la caduta del fascismo, fu da più parti accusato di avere collaborato ai codici fascisti. Egli si difese sostenendo di non avere potuto rifiutare, quale professore universitario e quale “allievo e continuatore della scuola di Giuseppe Chiovenda”, l’invito di Grandi a collaborare al (solo) c.p.c. (v. la lettera del 1949 ad Antonio Maxia e quella del 1955 a Luigi Preti, in CALAMANDREI, *Lettere 1915-1956*, a cura di Agosti e Galante Garrone, II, Firenze, 1968, 211 ss., 446 ss.). Sta di fatto che: a) Calamandrei collaborò (quanto meno) anche al codice civile (v. Ministero di Grazia e Giustizia, *Lavori preparatori del codice civile (anno 1939-1941), Progetti preliminari del libro delle obbligazioni del codice di commercio e del libro del lavoro*, I, Roma, 1942, pp. XLII, LIX e LXVII; v. anche, a marzo 1941, CALAMANDREI, *Diario*, cit., I, p. 312); b) Carnelutti e Redenti (che era fascista e che ciò nonostante non si piegò di un millimetro) collaborarono con Grandi in ben diverso modo (v. il mio *Il codice*, cit., cap. I); c) Calamandrei era allievo di Lessona, non di Chiovenda; d) egli, pur invocando in continuazione Chiovenda, “decapitò il sistema chiovendiano proprio nelle sue parti più innovative” (così Proto Pisani, *Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 27). Aggiungo che mi pare più che probabile che Calamandrei abbia collaborato anche a tutte le altre leggi processuali varate in quel periodo: penso al r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, sull’ordinamento giudiziario, al r.d. 16 marzo 1942, 267, sul fallimento, e alla l. 13 giugno 1942, n. 794, sugli onorari degli avvocati.» [NdR: sottolineature mie].

ci fu il ruolo di un importante accademico italiano, PIERO CALAMANDREI⁴; il quale, peraltro, mostra di averne comunque avuto la paternità, se non altro morale, come emerge dalla filigrana dei suoi studi scientifici, ancor oggi i più importanti scritti storico-dottrinali italiani esistenti nella materia, non senza l'importante cooperazione del suo corrispondente pratico, il più importante magistrato dell'epoca, nell'Italia del ventennio: MARIANO D'AMELIO⁵.

⁴ In realtà il lavoro di costruzione della legge ordinamentale fu un pò più complessa e coinvolse una pluralità di ruoli, funzioni e nomi, come si dovrà dimostrare in un altro lavoro, in corso di stesura. Ci si rende conto di ciò anche da un'ulteriore nota di Cipriani (in *Id*, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, cit., p. 123) che afferma: «Devo quasi tutti i documenti qui pubblicati alla cortesia del prof. Gianpaolo Impagnatiello, che nel 2006 ha dovuto recarsi molto spesso a Roma in quanto componente della Commissione per il concorso in magistratura. Lo avevo pregato di fare un salto all' Archivio centrale dello Stato per vedere se si riusciva a capire chi scrisse il T.U. [sic: *NdR*] sull' ordinamento giudiziario e la relativa relazione al re (che a parer mio è fin troppo evidentemente dovuta alla ineguagliabile penna di Piero Calamandrei, al quale il progetto del nuovo ordinamento giudiziario, come era ben immaginabile, fu ovviamente sottoposto: v. Rondinone, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003, p. 405). Non è stato possibile esaminare i documenti sull'ordinamento giudiziario, perché il fondo è in via di sistemazione, ma, in compenso, Impagnatiello è riuscito a scovare un "Appunto per il Duce" di Dino Grandi, che mi sembra piuttosto interessante, e non pochi altri documenti, che ci aiutano a conoscere sempre di più il grande Maestro fiorentino.» [*NdR*: sottolineature mie]. Il documento (una lettera di GRANDI al Duce, del 30 dicembre 1940, dove si accenna all'indennità di funzione riconosciuta ai magistrati che lavorarono alla legge Grandi e al fatto che quella legge distruggeva le guarentigie della Magistratura italiana) è riportata a p. 261, ma CIPRIANI non dice perché, ai nostri fini (e cioè circa il rapporto di co-paternità dell'Ordinamento Grandi con il CALAMANDREI), quel documento sia utile (cosa che a me non pare). Di sicuro n. RONDINONE (*Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003) ha ritrovato una traccia del passaggio dello schema di riforma dell'Ordinamento giudiziario per le mani di CALAMANDREI [sia per un'ovvia esigenza di contemporaneità con la programmata entrata in vigore del codice civile, sia per la consapevolezza dell'opportunità di un coordinamento fra le disposizioni dei due codici (...) già prima dell'esaurimento dei lavori sui singoli Libri del codice civile (luglio 1941), verrà effettuato qualche ulteriore intervento sul testo del codice di procedura (in particolare, vengono scoperti alcuni errori, materiali e non, corretti con l'*Avviso di rettifica* pubblicato nella G.U. del 16 aprile 1941 n. 91). Inoltre, i suoi artefici verranno investiti del raccordo con il nuovo ordinamento giudiziario (di cui, ex GAB/31-154, un primo progetto viene sottoposto a Calamandrei il 5 ottobre 1940; un secondo progetto passa l'esame della Commissione interparlamentare nell'ottobre-novembre 1940; e il testo finale viene approvato con r.d. 30 gennaio 1941 n. 12) (sottolineatura mia: *NdR*). Ma anche questo passaggio non dimostra affatto che il Maestro fiorentino sia stato l'Autore della riforma, al di fuori della ipotizzabile formulazione (oppure revisione) del testo dell'art. 65 che farà poi parte del regio decreto n. 12 del 1941. La questione formerà oggetto di altro lavoro. A contrasto dell'ipotesi della Relazione calamandreiana sulla legge di O.G. si veda A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, 2012, 227, nt. 13, che l'attribuisce a VINCENZO MANZINI, a dimostrazione della maggior complessità della vicenda legislativa specifica.

⁵ MARIANO D'AMELIO nacque a Napoli il 4 novembre 1871. Uditore giudiziario nell'aprile 1893 (a

E, tuttavia, ancora non sappiamo con precisione quali furono i passaggi minuti che portarono⁶ alla formulazione di quella previsione di legge (l'art. 65 O.G.) così felice nella sua formulazione letteraria che è sopravvissuta intatta, ancora oggi, a 80 anni di distanza dalla sua enunciazione; anche se qualcosa – in ordine a quella genesi – è ricostruibile attraverso gli elementi, ormai pubblici, in nostro possesso.

soli 22 anni) presso gli uffici napoletani (Procura Generale e Corte d'Appello), fu aggiunto giudiziario presso il Tribunale di Lagonegro nel 1895. Poi pretore a Ginosa, Marineo e Bisacquino. Venne nominato giudice del Tribunale di Roma nell'aprile 1898 e poi fu giudice e presidente del Tribunale di Massaua e Presidente del Tribunale di appello della Colonia Eritrea, ad Asmara. Tornato in Patria fu vicepresidente del Tribunale di Verona nel 1904 (a 33 anni) e, nello stesso anno, Consigliere della Corte d'appello di Macerata e, l'anno seguente, di Milano. Nel novembre 1911 è nominato (a soli 40 anni) Consigliere di Cassazione. Con la nomina a capo di Gabinetto del Ministro Guardasigilli Vittorio Emanuele Orlando, il 7 febbraio 1909, comincia la carriera nelle altre istituzioni dello Stato e permane in quelle funzioni – con il ministro Fani – fino al giugno 1916, quando passa a dirigere l'Ufficio legislativo presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (dove elabora la maggior parte della legislazione di guerra). Nell'ottobre 1919 passa al Ministero degli Affari Esteri dapprima nella veste di Segretario generale della Commissione per il dopoguerra e poi come delegato del Governo italiano alla Conferenza della Pace a Parigi (1919-1920), infine come rappresentante dell'Italia nella commissione delle riparazioni, creata dal Trattato di Versailles. Il 13 ottobre 1923, non ancora cinquantaduenne, viene nominato Primo presidente della Corte di cassazione, appena unificata, carica che ricoprirà fino al novembre 1941 (cioè fino alla pensione). Ricorda A. AZARA [*Mariano D'Amelio*, in *Riv. di dir. Priv.*, 1943, 262-267 (necrologio)] che «Presidente della Corte Suprema di Cassazione, egli, che aveva appena 52 anni, si venne a trovare a capo di presidenti di sezione e di consiglieri tutti in età maggiore della sua e provenienti dalle diverse Corti regionali». Il 1° gennaio 1924 viene nominato anche Senatore del Regno (del quale sarà Vice-Presidente per la XXVIII legislatura) e Ministro. Direttore della *Rivista di Diritto Pubblico* e della *Giurisprudenza Italiana*, oltre che del *Digesto Italiano*, fu autore di numerose opere, anche monografiche. (ACS, MGG, Fascicoli personali magistrati, III versamento, fasc. n. 66158). Sul ruolo di D'AMELIO nel ventennio A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, cit. *passim*; sulla figura nel suo complesso, cfr. V. CLEMENTE, *Mariano D'Amelio*, in *Diz. Biogr. degli italiani*, v. 32, Roma, 1986, 310-314. Scrive O. ABBAMONTE, *Fra tradizione ed autorità: la formazione giurisprudenziale del diritto durante il ventennio fascista*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, n. 40, 2011, II (*Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale tra Otto e Novecento*), Milano, 2011, 869, che su MARIANO D'AMELIO manca ancora uno studio di rilievo e si tratta di una carenza disdicevole e ne illustra le condivisibili ragioni. Ancora su D'AMELIO, O. ABBAMONTE, *La politica invisibile. Corte di cassazione e magistratura durante il Fascismo*, Milano, 2003, 124-136 (ma, *passim*).

⁶ Rispetto a quella originaria, ossia all'art. 61 dell'OG del 1923, n. 2786 (Ordinamento OVIGLIO), il quale stabiliva – con parole più scarse – che: «La Corte di cassazione è Istituita per mantenere l'esatta osservanza delle leggi ed è unica per tutto il Regno, con sede in Roma.»

2. Dal concetto al nome

Per una ricostruzione di questi passaggi occorre cominciare dall'articolo del Maestro fiorentino su *La Cassazione e i giuristi*, apparso sulla rivista *Il Tribunale* (a. XII, n. 12, del 31 dicembre 1933).

Nel lavoro che qui si esamina (ripubblicato nell'VIII volume delle *Opere giuridiche*)⁷, CALAMANDREI espressamente ricorda ai lettori che ormai «La consultazione sistematica e preventiva dei “massimari” è diventata, per gli avvocati, una parte indispensabile della giornaliera cultura professionale».

Fin qui, nulla di nuovo. Basti richiamare la storica «pubblicazione intrapresa dal fu giudice ALBISINNI dal 1809 al 1865» che, con riguardo alla Cassazione napoletana preunitaria, proprio attraverso il richiamo di massime e casi, operava il rinvio alle decisioni (difficilmente raggiungibili) di quella grande Corte nei circa venti volumi dell'opera encomiabile realizzata, proprio sulla base di massime, dal predetto Ferdinando ALBISINNI, con la *Raccolta con ordine cronologico delle decisioni emesse dalla Corte Suprema di Giustizia in Napoli*, in date comprese tra il 1815 e il 1860⁸.

La novità contenuta nello scritto del brillante processualista fiorentino era nel seguito del suo discorso. Premesso che «queste raccolte di massime, ed anche quelle che pubblicano il testo integrale delle decisioni della Cassazione, hanno assunto tanta importanza pratica nella nostra vita giudiziaria, sembra(va) strano – secondo Lui – che ancora non si (fosse) provveduto a dare ad esse quel carattere ufficiale, che garantirebbe, attraverso l'opera di redazione di un apposito ufficio responsabile da istituirsi presso il supremo Collegio⁹ la corretta formulazione delle massime e l'esatto riferimento del testo delle decisioni. In altri Stati – continua Calamandrei – si hanno esempi cospicui di cosiffatta pubblicazione ufficiale di tutte le decisioni pronunciate dai Tribunali supremi, regolatori della giurisprudenza: tutti sanno che quando esiste al vertice dell'ordinamento giudiziario, come esiste da noi, un organo supremo posto a difesa della unità del diritto, le

⁷ P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, vol. VIII con Prefazione di G. PUGLIESE, Napoli 1978, 473 e ss.

⁸ Si veda, F.A., *Giurisprudenza civile ossia Raccolta con ordine cronologico delle decisioni emesse dalla Corte suprema di giustizia in Napoli, pubblicate da Ferdinando Albinini (Graduato Giudice di Gran Corte Criminale ed Archivario della Corte Suprema di Giustizia)*, Napoli, vari anni (I vol. 1849, pp. 497, con massime dal 1809 al 1822 e indice analitico repertoriale; prefazione alle pp. 1-2). Sulla Corte Suprema di giustizia a Napoli, e suo ruolo di FERDINANDO ALBISINNI, interessanti considerazioni in F. MASTROBERTI, *La Corte suprema di giustizia di Napoli dal 1809 al 1860: le diverse fasi di un tribunale controverso*, in (a cura di MASTROBERTI e VINCI) *Le Supreme corti di giustizia nella storia giuridica del Mezzogiorno*, Napoli, 2015, 48 e ss.

⁹ Sottolineature mie.

sue decisioni, oltre che a risolvere il caso concreto, servono ad insegnare agli altri giudici (con una autorità che, per essere di mero fatto, non è per questo, come *ratio scripta*, meno ragguardevole) in qual modo la stessa questione di diritto dovrà essere risolta nell’avvenire in casi simili».

A CALAMANDREI, dunque, non bastavano le raccolte private di massime – come in Italia, fino a non molto tempo prima, era stato fatto –, perché voleva che ve ne fosse una pubblica e ufficiale, come stava avvenendo in altri Paesi, frutto del lavoro di specialisti: gli addetti all’apposito Ufficio deputato a provvedervi. Un ufficio del Massimario, appunto. Nello scritto del 1933, quindi, c’è tutto il concetto; manca solo la parola giusta per denominarlo.

CALAMANDREI concludeva chiarendone il fondamento: «È lo Stato, dunque, che attraverso le decisioni del Supremo Collegio, vuol suggerire alle parti ed ai giudici, per i negozi e per le controversie future, la migliore interpretazione delle proprie leggi: è lo Stato, che destina queste decisioni a esercitare al di là del caso deciso questo generale influsso regolatore sui processi futuri, che solo può farsi sentire attraverso la più diffusa e sollecita pubblicità¹⁰; onde non si comprende come non provveda lo Stato a garantire, coll’opera diretta di organi suoi, questa pubblicazione, la quale in un certo senso integra e perfeziona la pubblicazione delle leggi, che nessuno potrebbe pensare sul serio di affidare alla iniziativa privata!».

Fin qui la riflessione di CALAMANDREI alle soglie dell’anno 1934.

Sette anni dopo, infatti, arriverà la soluzione organizzativa che oggi ben conosciamo, ossia la formulazione dell’art. 68 dell’OG del 1941 creativa dell’*Ufficio del massimario e del ruolo*¹¹.

¹⁰ «bisognerebbe innanzi tutto, a mio credere, istituire la pubblicazione di un *Bollettino ufficiale* della Corte di cassazione, che registrasse in forma sicura le massime desumibili dalle decisioni della Corte, e fissasse così i punti di riferimento essenziali per poter controllare senza possibilità di dubbi l’andamento e le eventuali divergenze della suprema giurisprudenza. Qualcosa di simile esiste già in Austria, dove, presso la Suprema Corte di Revisione, sono tenuti due registri, uno, chiamato *Spruchrepertorium*, nel quale vengono inserite le decisioni di questioni di diritto pronunciate da singole sezioni; l’altro, chiamato *Judikatenbuch*, nel quale sono raccolte le decisioni di un consesso composto di quindici membri, che ha il nome di sezione rinforzata. Una singola sezione semplice, per variare la sua giurisprudenza su una massima già inserita nello *Spruchrepertorium*, deve provocare la decisione della sezione rinforzata; mentre, per variare la giurisprudenza su una massima già inserita nell’*Judikatenbuch*, occorre una decisione plenaria presa da un’assemblea di ventun componenti»: P. CALAMANDREI, *Per il funzionamento della Cassazione unica*, 1927, ora in *Opere*, VIII, cit., 391.

¹¹ Questo il tenore testuale della disposizione: «Presso la corte suprema di cassazione è costituito un ufficio del massimario e del ruolo, diretto da un magistrato della corte medesima designato dal primo presidente. All’ufficio sono addetti, salvo il disposto del terzo comma dell’art. 135, nove magistrati, di grado non superiore a consiglieri di corte d’appello o parificato, cinque dei quali possono essere

E non è nemmeno difficile capire chi ne sia stato l'Autore, come si cercherà di dimostrare nella prosecuzione di questo scritto.

3. I primi passi della nuova organizzazione

Ciò che CALAMANDREI non riferisce nel suo articolo del 1933 (probabilmente perché gli interessano solo le idee da far avanzare, più che gli istituti che le traducono e le forgianno nella storia) è quello che è accaduto già, solo qualche anno prima. Ed è qui che il racconto dell'edificazione delle nuove istituzioni della funzione nomofilattica ci è tramandato da MARIANO D'AMELIO, in un resoconto insospettabile, ossia nella "voce" (*Corte di cassazione*) redatta per l'Enciclopedia italiana Treccani e apparsa nel vol. XI (Roma, 1931)¹².

Riecheggiando le note che già CALAMANDREI aveva espresso, a proposito delle non nascoste difficoltà di assolvere all'importante compito dell'uniforme interpretazione della legge, anche D'AMELIO, in chiara sintonia con il Maestro fiorentino, si spende, nei termini che seguono. «Mantenere l'uniformità dell'interpretazione della legge non è compito facile alla Corte di cassazione – dice D'AMELIO –, specie quando essa, a causa del gran numero dei ricorsi, sia costituita in più sezioni civili e penali e sia obbligata a un lavoro eccessivo e sollecito. Ecco perché tutte le corti di cassazione devono registrare oscillazioni di giurisprudenza, che contraddicono al precipuo loro scopo. Non già che la giurisprudenza della Corte debba irrigidirsi in una serie di massime, da riprodursi quasi meccanicamente ogni volta che si presenti alla Corte la stessa legge da interpretare. Anzi, il pericolo della cristallizzazione della giurisprudenza fu opposto per gran tempo ai progetti per l'unificazione delle cassazioni – sembra di sentire proprio CALAMANDREI –. La giurisprudenza, come ogni organismo vivente, è soggetta a evolversi, e ogni progresso della giurisprudenza, che si trasformi sotto l'influsso della critica giuridica, della dottrina scientifica o delle esigenze sociali è da accogliere con vivo compiacimento. Ecco perché le divergenze, quando rappresentano un meditato cambiamento del pensiero giuridico del collegio, non debbono preoccupare. Quelle che invece debbono a ogni costo evitarsi sono le difformità prodottesi incoscientemente, cioè senza che il collegio sappia che vi sia stata altra decisione di altra sezione o della stessa in senso contrario e senza che abbia

collocati fuori del ruolo organico della magistratura, entro i limiti numerici stabiliti nell'art. 210 del presente ordinamento. Le attribuzioni dell'ufficio del massimario e del ruolo sono stabilite dal primo presidente della corte suprema di cassazione, sentito il procuratore generale della Repubblica».

¹² *Enciclopedia italiana Treccani*, vol. XI, Roma, 1931 (da me consultato nella ristampa del 1949, 535 e ss).

lungamente meditato su di essa prima di ripudiarla. Per fortuna, presso la Corte di cassazione italiana, le oscillazioni, anche nei primi tempi della sua costituzione, sono state rare, benché occorresse provvedere all'unificazione psicologica dei suoi vari componenti provenienti dalle diverse corti soppresse, ciascuna delle quali aveva una tradizionale giurisprudenza, e chiamati d'un tratto a comporre la nuova cassazione unica»¹³.

Quindi: il bilancio dei primi sette anni della Cassazione unificata è positivo; pur senza voler bloccare l'evoluzione del pensiero giudiziale (com'era anche l'intento di CALAMANDREI) occorre evitare il nascere dei contrasti inconsapevoli tra le due sezioni civili della Corte, o tra i vari collegi a cui danno luogo. Di fronte a questa difficoltà, che ha appena cercato di spiegare ad una platea ampia di destinatari (i lettori della Treccani), il più celebre, e mai più eguagliato (e non solo per il primato della durata del suo incarico o per l'età giovane in cui l'assunse), Primo Presidente della storia della Cassazione italiana ci narra di come Egli sia passato all'azione, allo scopo di prevenire le difformità inconsapevoli:

«Nell'intento (...) di evitare addirittura qualsiasi involontaria oscillazione giurisprudenziale e di facilitare nello stesso tempo il lavoro della Corte, sono stati creati nel seno della cassazione due istituti sussidiari¹⁴: l'Ufficio del massimario e l'Ufficio del ruolo.»¹⁵.

Avete letto proprio bene, due uffici e non uno; come poi siamo stati abituati a sentire e considerare.

In realtà, D'AMELIO denomina quelle articolazioni come "uffici", già nel suo scritto del 1931, ma così facendo anticipa di ben dieci anni la denominazione ufficiale (ed anche fortunata, visto che non è più cambiata, dopo quasi un secolo), che arriverà formalmente solo del 1941, mentre – come si vedrà – in quel momento, informale e fondativo, il primo nucleo di magistrati erano solo degli "applicati" presso l'Ufficio del Primo Presidente, all'esercizio delle funzioni che solo l'art. 68 O.G. GRANDI del 1941, assegnerà ad un'apposita organizzazione, avente una sua autonomia e specificità organizzativa, rispetto alla stessa Prima presidenza.

Fino a quel momento nessuno, nemmeno il Maestro fiorentino, aveva mai utilizzato quella denominazione in atti ufficiali, come può vedersi anche dalla raccolta dei saggi dedicati alla Corte di cassazione, scritti a mano a mano che

¹³ M. D'AMELIO, voce *Corte di cassazione*, in *Enciclopedia italiana (Treccani)*, vol. XI, cit., 538.

¹⁴ Sottolineature mie.

¹⁵ M. D'AMELIO, voce *Corte di cassazione*, cit., 538-539.

si passava dalla unificazione delle cd. corti regionali alla crescita organizzativa¹⁶ della Cassazione unificata.

4. Lo stato della S.C. alla vigilia del nuovo ordinamento giudiziario

Facciamo il punto della situazione.

Siamo alla vigilia dell'avvento della legge di riforma dell'ordinamento giudiziario, quell'ordinamento GRANDI del 1941 che denominerà e disciplinerà anche l'organizzazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo. Il Ministero di Grazia e Giustizia¹⁷ diventerà un grande cantiere di riforme, dei codici¹⁸ ma anche della legge di ordinamento giudiziario, per la quale lavorerà il Ministro GRANDI, il quale vuole passare – così come passerà, effettivamente – alla storia. In quell'opera titanica, che ancor oggi costituisce la base della nostra codificazione, il ruolo di regia verrà svolta dal Capo di Gabinetto del Ministro, il magistrato DINO MANDRIOLI¹⁹. Un personaggio di grande statura, del quale non possiamo occuparci, che di

¹⁶ Mi riferisco al già più volte richiamato VIII volume delle *Opere giuridiche (Altri studi sulla Cassazione civile, sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni, con Presentazione* di Giovanni Pugliese) e alla raccolta dei 27 scritti che lo formano. Sul processo di unificazione della Corte di cassazione in Italia, vi è una sterminata bibliografia. Qui ci si limita a segnalare, da ultime: O. ABBAMONTE, *La politica invisibile. Corte di cassazione e magistratura durante il Fascismo*, Milano, 2003, 336; M. MECCARELLI, *Le Corti di cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Milano, 2005, 299; M. PISANI, *La «unificazione» della Cassazione in materia penale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2010, 1338 e ss.

¹⁷ N. BERTINI, *Il Ministero della giustizia e degli affari di culto tra la crisi dello Stato liberale e la stabilizzazione del regime fascista (1919-1932)*, in *Le Carte e la Storia*, 2005, n. 2, 171-201.

¹⁸ N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, cit., *passim*.

¹⁹ DINO MANDRIOLI nacque a San Giorgio di Piano (BO) il 17 gennaio 1883. Entrò in magistratura con DM 9 agosto 1907 (all'età di 24 anni). Svolsse il proprio tirocinio presso la Procura di Bologna e fu destinato come vicepretore al II mandamento di Bologna, dapprima, e a La Spezia, poi. Divenne Giudice aggiunto il 22 gennaio 1909 e fu, pertanto, destinato al Tribunale di Piacenza. Ancora pretore a Crespino, a Pianello Valtidone, a Broni, a Monterotondo e a Pistoia (1922), passò Consigliere di Corte d'Appello il 2 dicembre 1929 a L'Aquila e l'anno successivo a Milano; divenne Presidente di sezione di Corte d'appello (di Venezia) il 27 maggio 1935, all'età – non trascurabile – di 52 anni. Venne destinato alla procura generale della Cassazione, come sostituto procuratore, nel 1939, ma collocato fuori ruolo organico ai sensi dell'art. 1 del RDL 3 giugno 1924, n. 1151 e 158 ord. giud. Oviglio. Diviene sostituto procuratore generale effettivo solo il 26 gennaio 1939. Viene chiamato al ministero di Grazia e Giustizia alle funzioni di Capo di Gabinetto del Guardasigilli Grandi e, da allora, la sua carriera conosce due ulteriori accelerazioni: è nominato Presidente di sezione della Corte di cassazione il 3 aprile 1940 (deliberazione del Consiglio dei ministri, sotto la presidenza del Duce, su proposta del Ministro di Grazia e Giustizia). Resta Capo di Gabinetto anche con il Guardasigilli DE MARSICO. Il suo successore, GAETANO AZZARITI (che fu suo collega durante il

sfuggita, in questa sede. Qui basti solo prendere atto della testimonianza che ci ha lasciato un coprotagonista di quella stagione di riforme, il prof. TITO CARNACINI, allora giovane processualcivilista, allievo del Maestro REDENTI, che, collaborando alla codificazione processuale, noterà che «il gabinetto del guardasigilli» (a capo del quale era stato chiamato MANDRIOLI) poteva proprio dirsi «il cantiere in cui si provvedeva a redigere i nuovi codici civilistici»²⁰.

In quella vigilia di apertura del cantiere di riforme, il Primo presidente ha voluto che la funzione nomofilattica, tanto esaltata da CALAMANDREI e posta alla base dell'unificazione della S.C., si dotasse di strumenti in grado di permetterle il miglior svolgimento possibile dell'unica funzione degna di nota attribuita alla Cassazione.

Il Presidente D'AMELIO ne è tristemente convinto, e ne fa oggetto di pubblico sfogo.

Egli ricorda, al vasto pubblico dei lettori dell'*Enciclopedia italiana* (Treccani), che «La Corte di cassazione, nel suo tradizionale e austero ordinamento, non ha altre attribuzioni. Essa non dà pareri, che siano richiesti per legge, pur avendo spesso dato al governo avvisi tecnici su disegni di legge e specie su progetti di codice, chiesti ad essa come a corpo scientifico, dotato di molta esperienza». Ricorda pure che: «Si è avanzata la proposta di affidare alla Corte di cassazione la convalida delle elezioni dei deputati al parlamento e quella della nomina dei

Ministero), lo fa cessare il 1° agosto 1943 da tali funzioni, assegnandogli un congedo di tre mesi (sino al 31 ottobre 1943). Il 15 agosto 1944 viene sospeso dall'Ufficio perché sottoposto – da parte della Commissione di epurazione per i dipendenti del Ministero della Giustizia a procedimento di epurazione, con la corresponsione del solo stipendio. Chiede il collocamento a riposo anticipato che gli viene dato con effetto dal 29 gennaio 1945 (Presidente Bonomi). Dalle vicende relative all'epurazione uscirà solo il 19 maggio 1950, quando sarà chiamato agli studi legislativi e sei mesi dopo alle funzioni di Presidente di sezione della Cassazione. Cesserà dall'ordine giudiziario il 17 gennaio 1953. [Attingo le notizie biografiche dalla consultazione del Fascicolo personale del magistrato: ACS, MGG, *Fascicoli personali magistrati*, III versamento, Busta n. 67139. Su DINO MANDRIOLI si leggano le pp. 1275-1276 dell'interessante testimonianza scritta di TITO CARNACINI, *Ricordo di tre magistrati (Giuseppe Azzariti – Dino Mandrioli – Leopoldo Conforti)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963, pp. 1273-1278: «A guerra ultimata mi strinse il cuore quando appresi che il MANDRIOLI, proprio per l'opera da lui svolta in sede di riforma dei codici (e chi gli fu vicino sa con quale e quanto spirito liberale egli agisse pur tra le infinite difficoltà del momento!) era stato allontanato dalla magistratura, per lui ragione di vita. Se ne rimase appartato per un quinquennio, in estrema povertà: e dignità, nell'attesa che il Consiglio di Stato, riparatore di tanta ingiustizia, gli restituisse il posto che gli spettava. Così nel 1950 egli poté ritornare alla Corte di cassazione, fino al giorno del suo collocamento a riposo, avvenuto all'inizio del 1953, quando reggeva come titolare la prima, sezione del Collegio supremo. Morì improvvisamente a Milano il 30 settembre 1961»].

²⁰ T. CARNACINI, *Ricordo di tre magistrati (Giuseppe Azzariti – Dino Mandrioli – Leopoldo Conforti)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963, cit., 1273.

senatori, ma essa non ha avuto seguito. La cassazione non esercita oggi altra funzione che non sia strettamente giudiziaria»²¹.

E conclude, quasi sconcolato, richiamando il ruolo che la Cassazione svolge rispetto alle altre magistrature. Essa – dice il Primo magistrato d'Italia – «funziona, è vero come tribunale supremo dei conflitti, (...) ma l'unità sostanziale della giurisdizione e la tutela di quella degli organi ordinari entrati in conflitto con quelli speciali spiegano l'attribuzione di tale ufficio alle sezioni unite della Corte di cassazione». Insomma, anche i giudici speciali “vigilati” – che nessuno si offenda, pare dire ai suoi interlocutori delle magistrature amministrative –, si potranno e dovranno fare una ragione di questa apparente e solo virtuale “invasione di campo”²².

Ma torniamo ai presìdi che D'AMELIO ha escogitato: il Massimario e l'Ufficio del ruolo (Poiché è davvero difficile dubitare che sia stato proprio il Primo magistrato d'Italia, che dialoga con il Primo studioso italiano della Cassazione, a tirare fuori dal cilindro questi due “conigli”, come si vedrà più avanti). Non possiamo,

²¹ M. D'AMELIO, voce *Corte di cassazione*, cit., 539. Non pare esattamente questa, però, la valutazione che del Primo Presidente della Cassazione (e di D'AMELIO, in particolare) dà O. ABBAMONTE, *Fra tradizione ed autorità: la formazione giurisprudenziale del diritto durante il ventennio fascista*, cit., il quale parla di un potente uomo delle istituzioni, onusto di numerosi incarichi in prestigiosi enti, associazioni e istituzioni (869), di intense relazioni di potere, sociali e di omogeneità culturali (nt. 1). L'opposto del ritratto di un “allievo”, ANTONIO AZARA (*Mariano D'Amelio*, cit., *passim*) il quale ricordava che: «Come privato cittadino il d'Amelio condusse sempre una vita di assoluta probità e di modestia, piena però di dignità. La sua bontà e la sua generosità lo spingevano a dare ascolto e pronto aiuto a quanti a lui si rivolgevano. Sembrava, davvero, che, all'infuori della sua funzione giudiziaria, egli non sapesse dire “no” a chiunque gli richiedesse interessamento per i propri guai (267). Lo *ius murmurandi* era da lui benevolmente tollerato, ma nessuno ardiva rivolgergli alcuna diretta protesta, perché egli tutti disarmava con l'esempio, lavorando più di ciascuno dei consiglieri, Uno solo, meno tollerante degli altri del gravoso lavoro, volle una volta portargli personalmente alcuni fascicoli all'unico fine di dimostrarli che il carico era eccessivo. Egli ascoltò pazientemente gli sfoghi del buon vecchio, gli disse che avrebbe provveduto a dargli aiuto, si fece lasciare, per esaminarli, i fascicoli delle cause su indicate e lo pregò di tornare a riprenderli dopo un paio di giorni. Quando quegli ritornò, puntuale all'appuntamento, trovò in ogni fascicolo la minuta della decisione redatta personalmente dal Primo Presidente, che, pur attendendo durante il giorno alle cure del proprio ufficio, aveva lavorato per due intere notti consecutive per alleggerire il compito del suo consigliere, il quale rimase commosso e mortificato al tempo stesso (264)».

²² In realtà, il Primo presidente, concluderà due appositi “trattati di pace”: uno con il Consiglio di Stato (cfr. MARIANO D'AMELIO-SANTI ROMANO, *I Contatti giurisdizionali della Corte di cassazione e del Consiglio di stato*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1929, 181 e ss.) ed un altro con la Corte dei conti (cfr. MARIANO D'AMELIO-GINO GASPERINI, *I Contatti giurisdizionali della Corte di cassazione e della Corte dei Conti*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1930, 242 e ss.). Dei due, solo del primo si tramanda il ricordo nelle non infrequenti dispute tra il G.O. e il G.A., e dei loro sostenitori in dottrina.

in questa sede, parlare del terzo, che meriterebbe una trattazione a parte: le Sezioni unite civili, nella sua nuova declinazione²³. E neppure del quarto: l'Assemblea generale della Corte, suggerito proprio da CALAMANDREI²⁴, ma destinato ad avere uno scarso successo²⁵.

Se si pone attenzione al primo strumento normativo, adoperato per costruire l'embrione di ciò che CALAMANDREI immagina come il necessario complemento della Cassazione, ossia allo strumento introdotto dal decreto-legge 22 febbraio 1924, n. 268 (convertito in legge il 7 aprile 1925, n. 473), si vedrà che la sua istituzione è preceduta da alcuni importanti, quanto allora inconsueti, enunciati che la legge fa, a premessa dell'innovazione, e che attengono proprio alla funzione nomofilattica, vale a dire da questa sorta di risalenti "considerando":

²³ Sulla necessità di un apposito intervento anche sulle Sezioni unite concorderanno ancora sia CALAMANDREI che D'AMELIO. Dirà il Primo: «Quest'idea di utilizzare le Sezioni unite allo scopo di mantenere la uniformità della giurisprudenza (idea che è già accolta dalla nostra legislazione per le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato), trova notevoli precedenti in alcuni disegni di riforma della Cassazione, specialmente in quello TAJANI 1885-1886, in quello pubblicato nel 1892 dal Circolo giuridico di Palermo e nel progetto inedito preparato nel 1900 dal compianto Prof. CARLO LESSONA per incarico del Ministro GIANTURCO; ed è oggi accolta nell'art. 290 delle Proposte MORTARA, il quale dispone che "se le sezioni ordinarie hanno deciso uno stesso punto di diritto in senso difforme, il presidente della Corte, di ufficio o su richiesta del procuratore generale o di una parte, rimette all'adunanza generale la decisione di un nuovo ricorso che riproponga la medesima questione. Le sezioni dovranno in seguito uniformarsi alla massima stabilita nell'adunanza generale, salvo che in altri casi la stessa adunanza generale abbia a modificare la propria giurisprudenza"» [P. CALAMANDREI, *Per il funzionamento della Cassazione unica*, Relazione presentata al Congresso della Società per il progresso delle scienze, apertosi a Napoli il 29 aprile 1924. Pubblicata in *Rivista di diritto pubblico e La giustizia amministrativa* (Milano), S. II, a. XVI, 1924, I, 317-341; ristampata in *Studi*, II, 257-287; ora in *Opere giuridiche*, VII, 369 e ss. Il brano riportato è a p. 390]. Sul recupero del Progetto del Guardasigilli MORTARA da parte dello studioso, aspirante all'ordinariato, PIERO CALAMANDREI e sul diverso atteggiamento tenuto in ordine al *quomodo* della cd. unificazione delle Cassazioni regionali, si è accuratamente soffermato F. CIPRIANI ne *Il progetto del guardasigilli Mortara e i due volumi di Calamandrei*, in *Il Giusto processo civile*, 2008, n. 3, pp. 791-799, superando le posizioni già espresse nel precedente saggio del 1991 ora raccolto nel suo volume (di F. C.), *Piero Calamandrei e la procedura civile*, Napoli, 2007, 70 e ss. Particolare attenzione alla questione delle Sezioni unite civili è stata data, da ultimo, da A. BRIGUGLIO, *Appunti sulle Sezioni Unite Civili*, in *Rivista di diritto processuale*, 2015, 16 e ss.

²⁴ Lasciamo la parola al Maestro fiorentino: «I mezzi accennati finora riguardano soltanto la Cassazione civile; ma sarebbe facile estenderli anche alla Cassazione penale, introducendo anche per essa l'istituto delle Sezioni unite penali; e il sistema potrebbe poi essere completato colla istituzione di una Suprema assemblea generale di tutte le sezioni della Corte, civili e penali, destinata a fissar la giurisprudenza *de apicibus iuris*, sulle questioni interessanti ugualmente la materia civile e quella penale: P. CALAMANDREI, *Per il funzionamento della Cassazione unica*, ivi, 393 [sottolineatura mia: NdR].

²⁵ Si veda quanto rilevava, ad es., l'indimenticato F. CIPRIANI, *Nuovi presidenti e vecchi problemi della Corte di cassazione*, in *Il Foro italiano*, 1999, n. 6, I, 1865-1880.

«per agevolare il compito essenziale della Corte di cassazione del Regno di mantenere l'uniformità dell'indirizzo giurisprudenziale da essa segnato alle altre magistrature, in conformità dello scopo cui è diretta la riforma della Corte di cassazione, rendesi opportuno applicare, presso la Prima Presidenza e la Procura generale della Corte di cassazione alcuni magistrati, i quali, seguendo assiduamente l'attività giurisdizionale delle varie sezioni della Corte, e i lavori degli uffici della Procura generale, ne colgano le concordanze e ne segnalino prontamente le difformità attraverso l'esame metodico delle decisioni e delle motivazioni; onde i capi di e i componenti della Corte di cassazione possano sempre rendersi conto delle tendenze che la giurisprudenza dell'una e dell'altra Sezione vada assumendo (sui vari argomenti) e coordinarle per la migliore e uniforme applicazione della legge».

Anche se non ne abbiamo la prova documentale, è altamente probabile che il testo appena riportato sia stato confezionato negli uffici di Piazza Cavour e nell'*entourage* di D'AMELIO.

Non si tratta dell'invenzione di un'organizzazione stabile, perché le forze reclutate sono solo "applicate", ancora ai sensi dell'art. 158²⁶ della legge di O.G. n. 2780 del 1923 (il cd. ordinamento OVIGLIO), con l'innesto di tre magistrati presso l'Ufficio della Prima presidenza, alle dirette dipendenze del suo capo, ossia del Primo Presidente, «*dal quale riceveranno le istruzioni occorrenti per il loro lavoro*» (così come per quello previsto presso la Procura Generale, alla diretta dipendenza del Procuratore Generale). Si creano così le premesse per la formazione di uno staff tecnico elevato a sostegno della Prima Presidenza della Cassazione, che avrà una sicura continuità nei decenni e arriverà – sia pure in forme cangianti – all'oggi. Tra i compiti iniziali, oltre alle attività di base (innanzitutto, quella di formazione delle massime delle decisioni), come si dirà, cominceranno a trovar corpo forme di rappresentazione dello stato della giurisprudenza di legittimità, in funzione di mappatura dei contrasti e della loro risoluzione.

²⁶ Ecco il testo dell'art. 158: «*Salvo quanto è disposto nell'art. 17, i magistrati ai quali col consenso del Ministro per la giustizia siano conferiti incarichi non previsti tassativamente da leggi o da regolamenti, se per tali incarichi debbano sospendere il servizio giudiziario per un periodo maggiore di due mesi, sono, per motivi di servizio, posti fuori organico.*

Al magistrato posto fuori del ruolo organico verrà corrisposto un assegno pari allo stipendio integrale da lui goduto, compreso il supplemento di servizio attivo e il caroviveri. I magistrati posti fuori del ruolo organico in forza della presente disposizione non devono in ogni caso superare il numero di trenta. Al cessare dell'incarico il magistrato è richiamato nel ruolo organico ed è destinato ad una delle sedi disponibili, a giudizio del Ministro, tenendosi conto, tuttavia, compatibilmente con le esigenze del servizio, delle aspirazioni del magistrato. Gli incarichi conferiti direttamente dal Ministro Guardasigilli per affari dipendenti dall'Amministrazione della giustizia e degli affari di culto non sono compresi nella presente disposizione.»

E tra i (tre) primi magistrati applicati per l'attività riconducibile al massimario, troviamo, *ab initio*, nientemeno che GAETANO AZZARITI²⁷, il quale però – nel corso

²⁷ GAETANO AZZARITI nasce a Napoli il 26 marzo 1881, muore il 5 gennaio 1961. È vincitore del concorso per uditore del 10 giugno 1905 (primo classificato). Resta primo anche dopo l'esame di aggiunto. Uditore presso la Corte di cassazione, è alla procura di Roma nel 1907, pretore a Comacchio nel marzo del 1908 e il 26 aprile 1908 (a 27 anni) al Ministero di grazia e giustizia, dove trascorrerà tutta la carriera. 26 aprile 1908 entra al MGG e lavora nei vari gabinetti ministeriali con i Ministri FERA, RODINÒ, ROSSI e ALESSIO. Nel 1919 entra a far parte dell'istituto ufficio legislativo del Ministero (ove ancora trovasi il suo fascicolo personale, n. 70045, in Archivio del MGG, dal quale traggo le notizie che seguono). Collabora con VITTORIO SCIALOJA il quale, il 30 ottobre 1917 attesterà che G.A. «ha prestato ininterrottamente la sua opera dal luglio 1916 quale mio segretario particolare» (lo S., tra l'altro, lo indicherà quale giudice di primo grado a San Marino incarico per il quale A. chiede e ottiene l'autorizzazione il 6 dic. 1923). Poi con LODOVICO MORTARA il quale, il 31 maggio 1920, nel lasciare la carica di Guardasigilli, scriverà un elogio particolare per G.A. (segretario particolare), assieme a GUGLIELMO GUIDA (capo di gabinetto): «La collaborazione datami in modo superiore ad ogni elogio mi confermò nei sentimenti di stima ed affetto che loro professo». Per G.A. è il secondo elogio tributatogli da MORTARA, dopo l'altro del 31 dicembre 1919, nella lettera diretta a LUIGI CANNAVINA (uno dei Capi più influenti e potenti del Ministero). Nel 1923 è promosso consigliere di Appello. Il 5 gennaio 1925 il Ministro OVIGLIO ringrazia G.A. dell'Ufficio legislativo per le sue «doti di fervida operosità, profonda cultura e acuto ingegno, ampiamente dimostrate dal Consigliere Azzariti, lo hanno reso collaboratore prezioso per lo svolgimento dell'intensa attività legislativa di detto ufficio». Il 15 gennaio 1928 viene promosso Consigliere della Corte di cassazione e diventa Capo dell'ufficio legislativo, con il Ministro ROCCO (con lui sono GIUSEPPE LAMPIS e GAETANO PANDOLFELLI), che scrive al Presidente D'AMELIO affinché non lo utilizzi presso il massimario della Corte di cassazione, dove lo aveva chiamato il 22 gennaio 1924 (a 47 anni), in condominio con il MGG. Le due personalità restano d'intesa che G.A. lavorerà al massimario «nelle sole giornate festive» (*sic!*). Il 9 luglio 1931 gli viene conferito l'ufficio direttivo di Primo presidente della Corte d'Appello di Genova (50 anni). Il 17 luglio 1931 ritorna a capo dell'ufficio legislativo del Ministero (50 anni). Nel 1938 è designato quale Presidente del Tribunale della razza presso il Ministero degli Interni. Il 26 luglio 1943, accettate le dimissioni di ALFREDO DE MARSICO, viene nominato Ministro di Grazia e Giustizia da BADOGLIO e VITTORIO EMANUELE III, carica che manterrà fino al 15 febbraio 1944 «essendo impossibilitato a lasciare Roma» (F. BONINI, *Storia della Corte costituzionale*, Roma, 2006, p. 108). Il 22 dicembre 1943, è collocato a riposo d'autorità dal Ministro RSI PISENTI, ai sensi dell'art. 210 O.G. GRANDI, che ha contribuito a scrivere. Collaboratore del ministro di Grazia e Giustizia, P. TOGLIATTI, durante il ministero PARRI (21 giugno - 10 dicembre 1945) e il primo ministero DE GASPERI (10 dicembre 1945-13 luglio 1946), l'A. fu membro della Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato e della Commissione per la riforma dell'amministrazione, entrambe presiedute da UGO FORTI nell'ambito del ministero per la Costituente, dove il 30 giugno 1946 lo elogiò PIETRO NENNI per il lavoro svolto. Il 21 agosto 1949 viene nominato Presidente del Tribunale superiore delle acque pubbliche (allora di Grado 2°). Il 26 marzo 1951 è messo a riposo per limiti di età, con il «deferente saluto» del Guardasigilli ATTILIO PICCIONI. Il 3 dicembre 1955 è nominato giudice costituzionale dal Presidente della Repubblica GRONCHI. Il 6 aprile 1957 diventa Presidente della Corte costituzionale, votato all'unanimità, carica che mantiene fino al 5 gennaio 1961, data della scomparsa. Nel fascicolo personale, particolarmente nei pareri relativi alle promozioni, si dà

dell'anno 1928 – quando rivestirà già le funzioni di Consigliere della Corte di cassazione e sarà già stato, da tempo, investito del ruolo – creato dal *soft law*, dei provvedimenti Primo presidenziali – di Direzione²⁸ del gruppo degli applicati

atto che AZZARITI è stato segretario delle commissioni per la riforma: della legislazione di diritto privato; e di quella giudiziaria. Su GAETANO AZZARITI (erroneamente chiamato dall'A., Giuseppe) si leggano le pp. 1273-1275 della testimonianza di TITO CARNACINI, *Ricordo di tre magistrati (Giuseppe Azzariti – Dino Mandrioli – Leopoldo Conforti)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963, cit., e A.M. SANDULLI, *Gaetano Azzariti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1961, 441 e ss., nonché più di recente, lo studio di G. FOCARDI, *I magistrati tra la RSI e l'epurazione*, in (a cura di S. Bugiardini) *Violenza tragedia e memoria della Repubblica sociale italiana*, Roma, 2006, part. 320-1, e quello di M. BONI, *Gaetano Azzariti: dal Tribunale della razza alla Corte costituzionale*, in *Contemporanea*, 2014, pp. 577-607, ove è riportata tutta la vicenda che fa da sfondo della *querelle* (che ha avuto anche modo di esprimersi, ancor più di recente, sulle pagine di alcuni quotidiani: GIAN ANTONIO STELLA, *Un antisemita alla Suprema Corte. L'incredibile caso di Gaetano Azzariti*, in *Corriere della Sera* del 4 novembre 2014; articolo a cui ha poi replicato – sulle colonne dello stesso quotidiano – il nipote, GAETANO AZZARITI JR.) sulle sue responsabilità, nell'ambito del ruolo rivestito a capo sia dell'Ufficio legislativo del Ministero di Grazia e Giustizia e sia del Tribunale della Razza [BONI conclude il suo saggio con questa parole: «Giurista di riconosciuto spessore tecnico, egli tuttavia si dimostrò a lungo privo della capacità di discernere tra fedeltà allo stato e sostegno alla dittatura; tra l'essere un apprezzato tecnico del diritto e il divenire strumento della persecuzione di uomini e donne in cerca di salvezza. Dopo il 1946 ebbe la possibilità di esprimere ancora le sue qualità di giurista e di metterle al servizio del nuovo ordinamento repubblicano. Se ciò costituisce (sic) un merito, non dovrebbe tuttavia far dimenticare quella lunga parentesi della sua carriera, in cui decise di insediarsi, al culmine della vetta, all'interno della cabina di comando della macchina persecutoria degli ebrei», ivi, 607]. In generale, sul giurista (e non solo con riferimento alla vicenda del ventennio), si vedano altresì: F. LANCHESTER, *Gaetano Azzariti*, in *Dizionario biografico degli italiani* (Treccani), Roma, 1988, vol. 34, 211-213; A. MENICONI, *Gaetano Azzariti*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, Bologna, 2013, 135 e ss. e ID, *Storia della magistratura italiana*, cit., 213-6.

²⁸ Tale ruolo è attestato in una lettera di D'AMELIO al Ministro ALFREDO ROCCO, in data 20 luglio 1927- Anno V [«Quando fu ideata l'istituzione del Massimario presso la Corte di cassazione, per precipuo scopo di seguire attentamente il movimento giurisprudenziale, scorgerne le eventuali fluttuazioni e vigilare sulla uniformità delle decisioni, nessuna persona mi parve più idonea al delicato e difficile ufficio, che il collega Azzariti. Pregai perciò S.E. il Ministro del tempo (Oviglio: *NdR*) di volere consentire che mi avvalessi dell'opera di lui. S.E. il Ministro che l'aveva prezioso collaboratore, come lo è tuttora per l'opera legislativa, che fa capo al Ministero della Giustizia, non poté consentire alla richiesta; ma permise che l'Azzariti dedicasse, senza incarico ufficiale, al lavoro del Massimario tutto il tempo che avesse disponibile. Da quel tempo (gennaio 1924), ad oggi l'Azzariti, con abnegazione veramente mirabile trascorre le prime ore della giornata nell'ufficio del Massimario di questa Corte, dirigendo il lavoro dei tre magistrati, che si sono addetti, rivedendo e confrontando le massime redatte, e denunciandomi, con vigile cura, ogni deviazione della giurisprudenza, non soltanto nelle decisioni, ma anche semplicemente nei motivi del decidere e redigendo alla fine dell'anno, o facendo redigere sotto la sua guida, un rapporto in cui sono riassunte tutte le sue osservazioni quotidiane. Trattandosi di circa 4000 sentenze all'anno è facile immaginare quale sia il lavoro che egli compie, specie in quelle mirabili sintesi del movimento giurisprudenziale, che sono i rapporti

[tra i quali mette conto di considerare anche i magistrati GIANCARLO FRÈ²⁹ (che lo sostituirà quando andrà via), o GUGLIELMO GUIDA³⁰ e LEOPOLDO CONFORTI³¹ (altro magistrato che ebbe un ruolo di rilievo nel Ministero nel periodo della codificazione)] sarà conteso tra MARIANO D’AMELIO e il Ministro ALFREDO ROCCO³², che lo vuole tenere – in via esclusiva – a capo dell’Ufficio legislativo³³. Si troverà formalmente

annuali». E proseguiva auspicandone la nomina a Consigliere di Cassazione, avendo sacrificato le sue attitudini scientifiche che ne facevano ritenere dovuta la Cattedra universitaria». [la si legga in ACS, *Corte Suprema di Cassazione, Segreteria, Atti diversi* (1890-1945), *Ufficio del Ruolo e Massimario*, Busta n. 45 (per la cui consultazione ringrazio, la d.ssa Daniela Loyola, operosa funzionaria di Sala studio)].

²⁹ Di GIANCARLO FRÈ, studioso di diritto commerciale, sappiamo (dal volume di A. MONTI, *Angelo Sraffa: un antiteorico del diritto*, Milano, 2011) che egli (1894-1968), dopo una brillante carriera in magistratura, dal 1297 abbandona l’istituzione pubblica per entrare nella dirigenza di *Assonime*, dove diventerà Direttore generale nel periodo 1940-1953 (p. 90, ove si richiama anche I. MONTICONE, *I protagonisti*, in *Assonime, una lobby istituzionale*, vol. 6, 66-68). Il suo ricordo è in *Rivista delle società*, v. 13, 1968, 611.

³⁰ Anche GUGLIELMO GUIDA sarà autore di alcuni *Rapporti* (anni 1930) sullo stato della giurisprudenza, redatti sotto la direzione di GAETANO AZZARITI, per quanto si dirà appresso. Nel Rapporto del 1930, espressamente GUIDA dà atto dei mutamenti intervenuti nell’Ufficio ma è diretto, sia pure a distanza, da GAETANO AZZARITI, promosso a Consigliere di Cassazione (p. 2), mentre l’Ufficio ha visto alternarsi i magistrati COCO, ZAPPULLI, ACAMPORA e MANCA, nomi che si ritroveranno, da protagonisti, negli anni a venire nella giurisprudenza della Cassazione. Gli stessi *Rapporti* ha esaminato A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, cit., 202, nt. 40.

³¹ Su CONFORTI, il ricordo di TITO CARNACINI, *Ricordo di tre magistrati (Giuseppe Azzariti – Dino Mandrioli – Leopoldo Conforti)*, cit., 1276-1278; A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, cit., *passim*. Per la richiesta di applicazione del CONFORTI all’Ufficio del Massimario, si veda la risposta positiva di ROCCO a D’AMELIO (in data 20 aprile 1927 contenuta nel fondo archivistico di cui alla nota successiva).

³² Su ALFREDO ROCCO, da ultimo, G. CHIODI, *Alfredo Rocco e il fascino dello Stato totale*, in (a cura di I. BIROCCHI e L. LOSCHIAVO), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma, 2015, 103-128, ove ampia bibliografia sul giurista e Guardasigilli.

³³ Scriverà D’AMELIO (al Ministro ROCCO): «Roma 7 maggio 1929-Anno VII. Cara Eccellenza, non posso non aderire alla tua cortese richiesta che il Comm. Gaetano Azzariti, Consigliere di Corte di cassazione, cessi di prestare quotidiano servizio all’Ufficio del Massimario nelle ore antimeridiane. Per quanto mi sia doloroso dover rinunciare all’opera di questo egregio magistrato, perfetto conoscitore del diritto, tenuto conto di quanto mi hai verbalmente fatto conoscere circa i magistrati fuori ruolo, non desidero che sia distratto altro consigliere per sostituire il Comm. Azzariti. È mio intendimento di assegnare i consiglieri, che saranno destinati a questa Corte, all’effettivo servizio di udienza. Il numero sempre crescente dei ricorsi e la necessità di mantenere l’ufficio in corrente, ora che è quasi esaurito l’arretrato, rende gravoso il lavoro per tutti, particolarmente per i più anziani e per quelli cagionevoli di salute. Mi contenterei pertanto, e ti sarei grato se volessi compiacerti consentirlo, che per qualche tempo ancora il comm. Azzariti proseguisse, sia pure nelle sole giornate festive, ad interessarsi dell’Ufficio del Massimario che per suo speciale merito rende

un accordo, nel senso che AZZARITI lavorerà a Piazza Cavour solo nei «nei giorni festivi» (ossia, ritagli di tempo)³⁴, ma principalmente sarà il fulcro dell'Ufficio legislativo³⁵ del Ministero di Grazia e Giustizia.

La contesa riguardava un giurista di grande valore (com'era stato attestato da tutti i Guardasigilli che si erano avvicendati nei due decenni anteriori all'avvento del regime), divenuto un punto di riferimento di qualunque Ministro della Giustizia, e che non mancherà di lasciare anche il suo segno nell'Ufficio di nuova istituzione³⁶.

prezioso contributo ai lavori della Corte. Non vorrei che le direttive da lui impartite non fossero più esattamente eseguite, specialmente allo scopo di evitare qualche difformità nella giurisprudenza del Supremo Collegio senza che sia preventivamente informato. Con i più sentiti ringraziamenti e cordiali devoti saluti. Dev tuo. M. D'Amelio». [in ACS, *Corte Suprema di Cassazione, Segreteria, Atti diversi* (1890-1945), *Ufficio del Ruolo e Massimario*, Busta n. 45, cit.]. Sulla nascita e il consolidamento dell'Ufficio legislativo del Ministero di Grazia e Giustizia, e sul ruolo che in esso ebbe GAETANO AZZARITI, si veda N. BERTINI, *L'Ufficio legislativo del Ministero della giustizia*, in *Le Carte e la Storia*, 2003, n. 1, 199-206.

³⁴ Il Ministro ROCCO aveva scritto a D'AMELIO: «Roma 2 maggio 1929-Anno VII. Caro D'Amelio, come ti è noto, il comm. Gaetano Azzariti presta servizio nelle ore antimeridiane all'ufficio del Massimario presso codesta Corte e si reca al Ministero nelle ore pomeridiane. Ho acconsentito finora ben volentieri, per farti cosa grata, a tale stato di cose, Senonché, mi pare che un tale accomodamento non sia ulteriormente possibile, a seguito della nomina recentemente avvenuta del comm. Azzariti a capo dell'Ufficio Legislativo presso questo Ministero, ufficio che, per le delicate e complesse attribuzioni, richiede che il predetto magistrato vi presti continuamente la sua opera efficace e solerte. Pertanto, ti prego vivamente di voler esaminare la possibilità di rinunciare ad avvalerti del comm. Azzariti per l'incarico di cui innanzi, prontissimo, da parte mia, a mettere a tua disposizione, in sostituzione di lui, altro magistrato del pari eccellente» (ACS, *Corte Suprema di Cassazione, Segreteria, Atti diversi* (1890-1945), *Ufficio del Ruolo e Massimario*, Busta n. 45, cit.). Per la risposta del Primo Presidente si veda la nota che precede.

³⁵ Istituito nel 1894 [N. BERTINI, *L'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia*, in *Le Carte e la storia*, 2003, n. 1, 199-206], costituì il punto di coagulo di una élite di magistrati che aprì ad alcuni una carriera fortunata: cfr. G. TOSATTI, *I magistrati nei Gabinetti governativi in età liberale*, in *Studi storici*, 2010, n. 4, 843-854; A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, cit., 109-113.

³⁶ Scriverà un testimone di non poco momento, A.M. SANDULLI [*Gaetano Azzariti (in memoriam)*], cit., p. 441, che G.A.: «ancora uditore giudiziario fu chiamato all'organizzazione dell'ufficio del massimario della Corte di cassazione di Roma, e appena qualche anno dopo partecipò, in veste di segretario, ai lavori della commissione istituita presso il Ministero degli esteri per i codici della Colonia eritrea, affiancando con la sua ricercata collaborazione l'opera di un altro altissimo giurista e magistrato napoletano, Mariano d'Amelio, destinato a diventare il primo presidente della Corte di cassazione unificata. Negli ambienti giudiziari e del Ministero della giustizia il nome e il valore di Azzariti, nonostante l'età giovanile, si resero presto noti a tutti, tanto che due tra i più eminenti Guardasigilli che l'Italia abbia avuti, Vittorio Scialoja e Ludovico Mortara, entrambi giuristi e maestri di eccezionale valore, e insuperabili selezionatori di discepoli – lo vollero, fin da quando egli

Egli, infatti, sarà il primo ideatore – nel 1925, con riferimento all’attività giurisprudenziale dell’anno anteriore – di una pubblicazione destinata ad avere successo e a costituire uno strumento di lavoro indispensabile per la nuova Corte di legittimità, unificata: il *Rapporto* annuale sullo stato della giurisprudenza della Cassazione³⁷. Divisa tra una parte relativa alla giurisprudenza consolidata ed una riguardante le cd. discordanze da eliminare.

5. Un ufficio del Massimario; non basta un gruppetto di applicati

Le richiamate premesse, a comprova della circolazione del dibattito tra i due vertici (dell’Accademia e della Magistratura) erano state prese in attenta considerazione dallo stesso CALAMANDREI, in uno scritto anteriore a quello già menzionato, precisamente del 1924 (*Per il funzionamento della Cassazione unica*)³⁸, dove il Maestro fiorentino aveva proposto di «stabilire che, per ogni decisione pronunciata da una sezione semplice, la massima, ufficialmente redatta dallo stesso consigliere estensore o da un apposito ufficio costituito per questo nell’interno della Corte³⁹,

aveva appena vent’otto anni, tra i loro più immediati collaboratori. Da allora si può dire che non vi sia stata riforma legislativa alla quale Azzariti non abbia direttamente o indirettamente collaborato. Divenne uno dei più profondi e pensosi conoscitori della legislazione italiana, in tutte le sue complesse e riposte pieghe, tanto che fin dal 1919 la sua collaborazione fu ritenuta indispensabile all’ufficio legislativo del Ministero della giustizia, e nel 1927 fu assunto alla direzione dell’ufficio stesso, che tenne ininterrottamente per ventidue anni, salvo una parentesi di una decina di mesi tra il 1943 e il 1944. È universalmente noto che egli è stato il più completo, il più attento e il più perfetto conoscitore della nostra legislazione»].

³⁷ La si può leggere, in formato dattiloscritto, in ACS, *Corte Suprema di Cassazione, Segreteria, Atti diversi* (1890-1945), *Ufficio del Ruolo e Massimario*, Busta n. 45. Si veda alla nota precedente, la missiva di D’AMELIO a ROCCO, dalla cui lettura si comprenderà l’importanza di questo lavoro che l’AZZARITI inventò e diresse, anche dalle stanze di Palazzo Firenze (allora sede del Guardasigilli e del suo Dicastero).

³⁸ Relazione presentata al Congresso della Società per il progresso delle scienze, apertosi a Napoli il 29 aprile 1924, venne pubblicata in *Rivista di diritto pubblico e La giustizia amministrativa* (Milano), XVI, 1924, P. I, 317-341 (ossia nella rivista cara a MARIANO D’AMELIO); ristampata in *Studi*, II, 257-287. Ora in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, vol. VIII, Napoli 1978, 369 e ss.

³⁹ Sulla possibilità di avvalersi di una delle due soluzioni sembra recepita l’idea che MARIANO D’AMELIO aveva svolto in un suo editoriale non firmato (*Per l’uniformità della giurisprudenza*, pubblicato, a firma della Direzione, sul *Mon. trib.* del 26 aprile 1924, p. 321) osserverà CALAMANDREI: «della direzione di quel periodico fa parte anche l’illustre primo Presidente della Corte di cassazione Mariano D’Amelio, (e ciò) è veramente notevole perché dimostra quanto stia a cuore del Magistrato che è degnamente a capo della Corte Suprema il raggiungimento della unificazione della giurisprudenza: al quale scopo servono vari provvedimenti di indole interna, ai quali quell’articolo accenna, come la disposizione recentemente presa dal primo Presidente che impone ad ogni sezione di formulare nella stessa udienza la massima delle decisioni che possono aver carattere normativa e di trasmet-

dovesse esser pubblicata nel Bollettino⁴⁰, in quanto contenesse la risoluzione di una questione non presentatasi altra volta alla Cassazione. Ripresentandosi altra volta al giudizio di una sezione la stessa questione che già fosse stata oggetto di una massima inserita nel Bollettino, la sezione decidente, se non volesse riconfermare la giurisprudenza precedente, dovrebbe d'ufficio trasmettere la decisione del ricorso alle Sezioni unite, esponendo le ragioni per le quali essa riterrebbe opportuna una variazione di giurisprudenza: e la decisione delle Sezioni unite dovrebbe anch'essa esser pubblicata sul Bollettino, in una speciale parte del medesimo riservata alle pronunce plenarie⁴¹.

In sostanza, per CALAMANDREI, la Cassazione unica doveva munirsi di un vero e proprio Ufficio, deputato alla massimazione delle decisioni della Corte e alla pubblicizzazione del suo risultato, attraverso la pubblicazione di un apposito Bollettino. Esattamente quello che poi si farà, per il primo punto, con il varo del già richiamato decreto-legge n. 268 del 1924, al quale proposito Egli commenterà: «La meta è esattamente fissata e l'intento è per certo lodevole. Ma i mezzi

terla immediatamente alla presidenza che ne cura la sollecita comunicazione a tutti i consiglieri» [sottolineature mie: *NdR*]. Il che dimostra che l'idea della massimazione a cura dell'estensore, fatta propria dal Primo presidente, venne successivamente mutata in quella della massimazione esterna: il Massimario era nato. (P. CALAMANDREI, *Per il funzionamento della Cassazione unica*, in *Opere*, vol. VIII, cit., 393, nt. 52).

⁴⁰ In conformità con il suo pensiero (cfr. *supra*, nt. n. 10).

⁴¹ E proseguiva così: «*Dopodiché tutti i ricorsi nei quali fosse rimessa in questione la massima stabilita dalle Sezioni unite, dovrebbero esser portati al giudizio delle medesime, alle quali sole dovrebbe esser permesso di variare nell'avvenire la propria giurisprudenza su quel punto. In sostanza, il sistema proposto dal MORTARA, con queste due differenze: in primo luogo, che la registrazione delle massime nel Bollettino ufficiale in forma controllata dalla stessa Corte di cassazione, permetterebbe di verificare, senza le incertezze derivanti oggi dall'ambiguità con cui sono spesso redatte le massime giurisprudenziali, se le questioni sollevate dai successivi ricorsi venissero esattamente ad investire punti già decisi in precedenza; in secondo luogo, che l'intervento delle Sezioni unite non dovrebbe essere ritardato, come propone il MORTARA nel suddetto art. 290, sino a quando si fosse verificata la disformità tra due decisioni di sezione, ma dovrebbe essere provocato senz'altro, per il solo fatto che di una tale disformità vi fosse il pericolo, quando una sezione si trovasse in procinto di risolvere una questione giuridica in senso disforme da quello seguito in una decisione di sezione precedentemente registrata sul Bollettino. In questo modo il Bollettino, che diventerebbe il repertorio ufficiale di tutte le massime della Suprema Corte, conterrebbe in ogni momento, per qualsiasi questione che fosse già stata oggetto di ricorso in cassazione, una sola risposta, rappresentata o da una decisione di sezione che fosse stata in seguito sempre riconfermata da tutte le sezioni, o dalla più recente decisione delle Sezioni unite. La uniformità della giurisprudenza nello spazio sarebbe con ciò assicurata, senza che fosse in alcun modo esclusa, mediante successive decisioni dell'adunanza plenaria, la possibilità delle variazioni nel tempo» (392).*

proposti da questo decreto sono essi rispondenti all'importantissimo fine?»⁴². La risposta la fornirà Lui stesso e in quelle stesse pagine: «Nella sostanza di questo provvedimento (...) c'è indubbiamente del buono: la istituzione di questa specie di osservatorio della interpretazione delle leggi, affidato a quattro magistrati che dovranno essere d'ora innanzi i segnalatori di ogni oscillazione e di ogni dissidio nella giurisprudenza della Suprema Corte, potrà rendere indubbiamente preziosi servizi: anzi, se venisse approvata la mia idea di istituire il Bollettino ufficiale della Cassazione, si troverebbe già per esso, in questo nucleo di magistrati, il naturale e competente ufficio di redazione. Ma, mentre è sicuro che questi quattro magistrati, tutti intenti dalla mattina alla sera ad analizzare e classificare e comparare la giurisprudenza delle varie sezioni, riusciranno ad isolar colla massima precisione i punti di disformità – e questo sarà un notevole vantaggio, perché aver chiara conoscenza dei mali è già un primo passo verso la scelta dei rimedi migliori – non è altrettanto sicuro in qual modo potranno i capi e i componenti della Cassazione, avuta conoscenza delle disformità, agire efficacemente per farle cessare nell'avvenire»⁴³.

Esclusa la possibilità di riconoscere «ai capi gerarchici degli uffici della Suprema Corte il potere di sindacare la giurisprudenza delle dipendenti sezioni, e di esercitare, fuori del collegio deliberante, un qualsiasi influsso sulla coscienza dei componenti di una delle sezioni dissidenti, per indurli a rinnegare nell'avvenire la propria opinione e ad uniformarsi a quella seguita dall'altra sezione», perché «il rapporto gerarchico tra il capo di un organo giudiziario e i suoi componenti non può in alcun modo intaccare, in ciò che concerne il potere di decisione, la piena libertà giuridica e morale dei membri del collegio, di fronte ai quali, nel momento in cui si giudica, il presidente è soltanto un *primus inter pares*.», sem-

⁴² P. CALAMANDREI, *Per il funzionamento della Cassazione unica*, in *Opere giuridiche*, vol. VIII, cit., 393.

⁴³ P. CALAMANDREI, *Per il funzionamento della Cassazione unica*, in *Opere giuridiche*, vol. VIII, cit., p. 393. L'A. prosegue: «Su questo punto le parole del decreto mi sembrano di colore oscuro. Mi pare infatti eccessivamente ottimistico pensare che, quando tra due sezioni si è manifestata una disformità di opinione intorno a qualche grave questione di diritto, possa bastare la segnalazione del dissidio prove niente dal sullodato osservatorio per indurre una delle sezioni dissidenti a cambiare opinione *pro bono pacis*: tutte le sezioni sono composte di magistrati anziani ed autorevoli, che, prima di emettere un avviso, sono soliti meditarvi lungamente e studiare i precedenti e discuterli in camera di consiglio al momento della deliberazione; or come si può sul serio presumere che da un'opinione che è frutto di lungo studio e di serena ponderazione collegiale, magistrati degni di questo nome possano per così poco indursi volontariamente al pentimento ed alla ritrattazione? Io penso al contrario, che, se nessuna pressione verrà esercitata sulle sezioni dissidenti, ciascuna di esse, nonostante che l'osservatorio abbia fedelmente segnalato il dissidio, continuerà per l'avvenire a riaffermare il proprio punto di vista, colla sicurezza che l'errore sia dall'altra parte; e la disformità della giurisprudenza resterà allo stato cronico» (394).

bra lasciare aperto il problema degli ulteriori rimedi organizzativi e quasi precorizzare un diverso, ulteriore intervento, che – infatti – non mancherà di arrivare.

6. Ma il Massimario non basta; c'è necessità di un (altro) Ufficio speciale: quello del Ruolo

Dopo soli quattro anni dal primo intervento organizzativo, disposto attraverso la legislazione, verrà varato (con la legge 28 giugno 1928, n. 1487) un secondo strumento di lavoro, anch'esso imperniato su di un nucleo di «pochi magistrati dello stesso grado».

Lo descrive assai bene, per finalità e tipologie d'interventi lo stesso Primo presidente, MARIANO D'AMELIO, secondo cui questo gruppo di magistrati ha il compito di «esaminare preventivamente ciascun ricorso e il relativo processo, di dedurre la controversia di diritto che ne forma l'oggetto, di riassumerla esattamente su apposito modulo, annesso al processo, di ricercare nell'Ufficio del massimario le precedenti decisioni di controversie identiche o analoghe indicando le massime adottate, e di rilevare nello stesso tempo quegli inadempimenti formali, che possono rendere irricevibile il ricorso. In tal modo il primo presidente, a sua volta, sulla base del modulo, acquisirebbe un'immediata e rapida conoscenza del contenuto dei ricorsi e potrebbe assegnare a ciascuna sezione particolari categorie di controversie, conseguendo in tal modo una relativa specificazione di lavoro per ciascuna sezione, e potrebbe prescegliere come relatore per ciascuna causa il magistrato che già ebbe a riferire su controversia identica o analoga, e che quindi ha più completa conoscenza della giurisprudenza della Corte sulla questione da decidere»⁴⁴.

Lasciando da parte – per un attimo – l'evoluzione storica che ne è seguita (che sappiamo bene ha portato alla concentrazione di questi compiti in un unico Ufficio, quello del Massimario e del Ruolo), si comprende meglio – dalla viva voce del suo protagonista – la funzione essenziale di questo secondo presidio rispetto alla migliore conduzione della funzione nomofilattica e come dalla sua trasformazione siano derivate le importanti conseguenze che sappiamo.

D'AMELIO (e, seguendo le sue specifiche indicazioni, anche la legge che ne accoglierà le proposte organizzative) ritiene, giustamente, necessario approntare un'unità operativa capace di eseguire le operazioni che oggi chiamiamo di “*spoglio*” dei fascicoli pervenuti in Corte. Ecco le operazioni analiticamente comprese in questo nuovo mansionario del magistrato addetto alla vigilanza sulle “carte” in

⁴⁴ M. D'AMELIO, voce *Corte di cassazione*, cit., 539.

arrivo: a) esaminare preventivamente ciascun ricorso e il relativo processo, per dedurne la controversia di diritto che ne forma l’oggetto; b) riassumere tale controversia ed indicarla su un apposito modulo, che seguirà l’incarto processuale; c) ricercare i precedenti presso l’Ufficio del massimario, indicando le massime adottate; d) rilevare, nello stesso tempo, quegli inadempimenti formali, che possono rendere irricevibile il ricorso.

Lo scopo è di permettere al Primo presidente (o a chi da lui delegato) di formare i “ruoli di udienza” in modo razionale, omogeneizzando le controversie per raggruppamenti sezionali (oggi diremmo, per materie) e le assegnazioni delle stesse ai relatori aventi una certa specializzazione; separando le controversie bisognose di trattazione da quelle immediatamente eliminabili perché “irricevibili” secondo il modello organizzativo (poi soppresso nella stessa Nazione che l’ideò) della francese *Chambre des Requêtes* [caldeggiata, nei suoi scritti, da CALAMANDREI e che oggi chiameremmo la sezione delle “inammissibilità” (e delle “improcedibilità”), per le ragioni varie che conosciamo e che la giurisprudenza della Corte ha elaborato].

È proprio sul fronte dell’Ufficio del ruolo che l’Ufficio unico (del Massimario e del Ruolo) ha fallito la sua missione, al punto che di tale fallimento si è preso atto costruendo di recente un nuovo segmento organizzativo nella Corte di cassazione, un’apposita sezione (nota come VI sezione o sezione filtro: cfr. l’art. 376, primo comma, c.p.c., come sostituito dall’art. 47 della l. n. 69 del 2009 e poi modificato dall’art. 1-*bis* del decreto-legge n. 168 del 2016, convertito nella legge n. 197 del 2016) deputata a decidere in camera di consiglio immediatamente le controversie con evidenza decisoria, ai sensi dell’art. 380-*bis* c.p.c. (introdotto dall’art. 1-*bis* del decreto-legge n. 168 del 2016, convertito nella legge n. 197 del 2016).

Il risultato è stato quello di trasferire ai componenti della speciale sezione quei compiti immaginati, da D’AMELIO e CALAMANDREI, per l’Ufficio del Ruolo; ossia quelli della: a) vigilanza sulla corretta assegnazione della controversia alla corrispondente sezione ordinaria (operazione questa, non solo fonte di violazione del principio del giudice naturale, ma anche di preordinazione da parte del ricorrente in *forum shopping* della scelta della sezione di gradimento: attraverso l’indicazione della materia e il “trattenimento” all’interno della sottosezione corrispondente anche di cause che dovrebbero migrare altrove, con il formarsi di giurisprudenze sezionali contrastanti e di comodo); b) individuazione dei ricorsi suscettibili di pronuncia immediata sulla loro inammissibilità o improcedibilità; c) individuazione, ma non formalizzazione, delle questioni sottostanti da segnalarsi alla corrispondente sezione ordinaria.

È ben vero che una parte dei magistrati addetti all'Ufficio del Massimario e del Ruolo ha, ancor oggi, il compito di individuare tali questioni poste alla Corte nelle cause (non esaurite nella sezione filtro e perciò rimesse dai magistrati – della detta speciale sezione – a quella ordinaria corrispondente) ma è altresì vero che tale lavoro – sempre più frettoloso, poco organizzato e mal valutato, da una superficiale e diffusa considerazione – non pare in grado, per i modi e le forme in cui è svolto, di dare quel reale contributo organizzativo allora immaginato dal suo costruttore (e dal suo ideologo) per l'ausilio che avrebbe potuto dare a colui o colei – di solito un Presidente di sezione delegato – deputato alla formazione dei ruoli delle udienze o delle adunanze camerali.

La crisi del vecchio presidio del ruolo, come disegnato e voluto da MARIANO D'AMELIO, su sollecitazione della grande dottrina della prima parte del XX secolo, a fondazione della funzione nomofilattica, mostra ormai da tempo tutti i segni della sua crisi irreversibile e sollecita altre misure organizzative, capaci di adeguare la vecchia funzione preparatoria del ruolo alle nuove sfide, quelle della contemporaneità e della *explosion litigation*⁴⁵.

7. Come si arrivò alla nascita dell'Ufficio del ruolo

Ma come si arrivò alla creazione dell'Ufficio del ruolo?

L'esame della documentazione esistente in Archivio (precisamente all'Archivio Centrale dello Stato) ci consente di dare la risposta che invece manca – nei passaggi minuti – che portarono all'istituzione dell'Ufficio del Massimario.

Una speciale cartellina intitolata *Ufficio del Ruolo*, con tanto di sottotitolo (Istituito con Legge 28 giugno 1928 n. 2487)⁴⁶ ci svela il prevedibilissimo arcano.

Una nota informale reca la scritta Disegno di legge (*per la istituzione di un ufficio del ruolo presso la Corte di cassazione del Regno*), articolo Unico, recante: a) la previsione di istituzione dell'Ufficio (primo comma), anzi di un Ufficio «speciale» (così si esprime la nota e così resterà nel testo pubblicato in G.U.); b) l'organico con la previsione di tre addetti (secondo comma), ma il testo ufficiale sul punto differisce di poco (perché non più di due su tre degli addetti potranno essere collocati fuori del ruolo organico); c) la possibilità che gli addetti allo «spe-

⁴⁵ Si consenta il rinvio a F.A. GENOVESE, *Per una storia della Corte di cassazione: l'Ufficio del Massimario e del Ruolo*, in *Le Carte e la Storia*, 2008, n. 2, 40 e ss.; e a F. BARBIERI, *Di alcuni aspetti organizzativi della Corte di cassazione: l'ufficio del massimario dopo le riforme*, in *Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ.*, 2019, 1421 e ss.

⁴⁶ in ACS, *Corte Suprema di Cassazione, Segreteria, Atti diversi (1890-1945), Ufficio del Ruolo e Massimario*, Busta n. 45.

ciale» Ufficio siano posti “fuori del ruolo organico” (terzo comma) e non, come per il massimario, semplicemente applicati (e quindi dipendenti, nella sostanza, dall’Ufficio di provenienza); d) il rinvio alle normative regolamentari per il completamento della disciplina (quarto comma).

Tale nota si trova insieme alla lettera che MARIANO D’AMELIO indirizzò al Ministro di Grazia e Giustizia, l’On. Prof. AVV. ALFREDO ROCCO, in data 23 gennaio 1928 (Anno VI) con la quale, in via ufficiale, il Primo Presidente della S.C. scrive: «In seguito al colloquio che ebbi con la V.E., e alle idee esposte, che incontrarono la Sua approvazione, mi onoro sottoporLe un progetto più completo dell’istituendo Ufficio del ruolo presso la Corte di cassazione»⁴⁷.

Ricorda il Primo Presidente, che all’uopo – ormai è facile comprendere – ha sicuramente fatto affidamento sui buoni uffici del Capo dell’Ufficio Legislativo, GAETANO AZZARITI (come abbiamo visto, un grande esperto del problema, ma anche un *trait d’union* tra Ministero e Cassazione), qual è il problema attuale della Cassazione: «Il lavoro paziente e diligente del Massimario oggi non è abbastanza utilizzato. Le massime di tutte le sentenze della Corte, redatte con coscienziosa tecnica ed ordinate in modo da potersi facilmente rintracciare e consultare, in appositi schedarii, dovrebbero essere consultate per ogni causa dal relatore (...). Ma ciò non riesce sempre agevole, giacché i relatori sono eccessivamente onerati di lavoro e manca ad essi talvolta il tempo necessario per recarsi all’Ufficio del Massimario per le opportune ricerche. Sarebbe desiderabile che fosse fornito d’ufficio al relatore il precedente giurisprudenziale della Corte, qualora esso sussiste. Tale compito dovrebbe essere affidato all’Ufficio del Ruolo»⁴⁸. Insomma, vi era la necessità di favorire la preparazione dei ruoli di udienza mettendo assieme, nella stessa adunanza, questioni simili o connesse, affidandone la relazione ai consiglieri che già avessero maturato competenze nel settore e su questioni da loro già affrontate, attraverso la sgrossatura dei problemi posti dai ricorrenti, per il lavoro preparatorio svolto da giovani magistrati, capaci di individuare le

⁴⁷ La lettera prosegue: «A V.E. sono noti gli sforzi che la Presidenza della Corte di cassazione va compiendo per conseguire quella uniformità giurisprudenziale, che è stata uno dei precipui scopi dell’unificazione delle Corti Supreme. Il risultato si può dire soddisfacente, giacché, se nel primo anno sui ebbero una diecina di casi di giudicati difformi, tal numero è andato continuamente diminuendo, come risulta dai diligenti studii compiuti alla fine dell’anno dall’Ufficio del Massimario (...) Ma resta sempre la preoccupazione che il numero medesimo possa accrescersi nel futuro, sia perché... sia perché il ruolo dei Magistrati della Corte di cassazione (...) si rinnova di continuo».

⁴⁸ «Ma ben più organica dovrebbe essere la funzione di codesto Ufficio (...) Di ciascun ricorso sarebbe fatto un esame preventivo per accertare l’oggetto della controversia e riassumere in poche parole la questione giuridica che si agita (...) sulla base dei detti fogli si dovrebbe addivenire ad un raggruppamento delle cause».

questioni e verificarne il “valore nomofilattico”, ovverosia la novità (relativa o assoluta dei casi) e la loro ricaduta tecnica, nella comunità dei giuristi, e pratica, nella società e fra i destinatari delle decisioni.

E poco dopo, il Primo presidente incalza: «la distribuzione [delle cause: *NdR*] dovrebbe essere fatta con disposizione di carattere interno, vale a dire non obbligatorio, per evitare le gravi difficoltà che deriverebbero se si stabilisse una particolare competenza di ciascuna Sezione (...) il Capo dell'Ufficio procederebbe alla formazione di un progetto di ruolo per ciascuna Sezione, curando di assegnare la relazione di ciascuna causa, possibilmente, a quel magistrato che fosse stato già relatore in altra che decise una questione identica o analoga».

È esattamente quello che predicava CALAMANDREI e D'AMELIO auspicava, ciascuno nei rispettivi scritti, ma che ora – finalmente – giungeva a compimento grazie al collegamento che Primo Presidente e Ministro Guardasigilli avevano da tempo e che era costituita da loro comune collaboratore, il magistrato e giurista finissimo, GAETANO AZZARITI.

La lettera concludeva auspicando che un tale Ufficio fosse composto da almeno tre magistrati sotto la direzione di un Consigliere di Cassazione e si rimetteva formalmente al Ministro: «V.E. si compiacerà di giudicare, nella Sua alta competenza, (qualora approvi l'accennata proposta), se, per l'applicazione dei magistrati anzidetti, escluso il magistrato di Cassazione, occorra un provvedimento legislativo. In tal caso, anche la costituzione dell'Ufficio del Ruolo, come già quello del Massimario, potrebbe aver luogo con unico provvedimento di tal natura». In sostanza, il Primo Presidente confessa di essere stato l'autore di ciò che è già stato fatto nel 1924 (la costituzione del Massimario con applicazione di tre magistrati presso la Prima presidenza) e chiede la replica per l'istituendo nuovo ufficio, formalmente rimettendosi al Ministro: indicasse Lui se la strada giusta era la legge oppure un suo decreto (ministeriale). E ALFREDO ROCCO non avrà dubbi: occorre una (nuova) legge esattamente come si era già fatto per il Massimario. L'Ufficio che sarà diretto da ANTONIO AZARA⁴⁹, avrà tra i suoi primi componenti anche

⁴⁹ Cfr. F. TRITTO, *Antonio Azzariti*, in *Dizionario biografico degli italiani* (Treccani), Roma, 1988, vol. 34, 209-211; A. MATTONI, *Antonio Azzariti*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, Bologna, 2013, 131-132: A. nacque a Tempio Pausania (Sassari) il 18 gen. 1883. Laureatosi brillantemente in giurisprudenza il 7 luglio 1906, nel 1907 vinse il concorso in magistratura e, dopo la nomina a uditore giudiziario, con r.d. dell'8 ott. 1908, gli venne affidata la reggenza della pretura di Quartu Sant'Elena. Successivamente nominato giudice aggiunto (r.d. del 7 gen. 1909) e destinato a Genova. Chiamato al ministero di Grazia e Giustizia (1919), fu nominato direttore del terzo ufficio della direzione generale per gli affari di culto ricoprendo via via numerosi incarichi di collaborazione con commissioni legislative; segretario della Commissione reale per la riforma dei codici, presieduta da VITTORIO SCIALOJA; membro a Parigi del comitato di giuristi per la definizione del progetto di codice unico per le obbligazioni. Col regio decreto del 19 gen.

ERNESTO EULA⁵⁰, e vivrà separato dal Massimario per soli 12 anni, quando sulla base dell'O.G. Grandi, si ricomporrà in un'unica struttura, che si renderà autonoma dalla Prima presidenza, e che sopravvive – nelle formeategli dalla legge del 1941 – tuttora.

1928 fu nominato, per merito distinto, consigliere di Corte di appello e fu destinato alla Corte di appello di Roma. Nel marzo 1928 fu applicato alla Corte di cassazione e lavorò presso gli uffici del massimario e del ruolo alle dirette dipendenze del primo presidente MARIANO D'AMELIO [del quale, come si è detto, lasciò un ricordo scritto assai commovente: A. AZARA, *Mariano D'Amelio*, cit.: «Si è spenta con Mariano d'Amelio una grande luce di sapere e di bontà»: pesto il suo *incipit*: 262; cfr. A. MATTONE (cit., 131): «fu applicato alla Corte di cassazione, lavorando presso l'ufficio del Massimario, diretto da Mariano D'Amelio, con cui instaurò un proficuo rapporto destinato a durare negli anni (...) D'Amelio poté contare sulla stretta collaborazione di A. nella ideazione e realizzazione del *Nuovo Digesto Italiano*, innovativa e aggiornata enciclopedia della scienza giuridica ed economica che prendeva le mosse dal *Digesto Italiano*, diretto tra il 1881 e il 1937 da Giuseppe Saredo e Luigi Lucchini, pubblicato tra il 1881 e il 1937 in cinquanta tomi.» (132)]. Nel marzo 1929 fu nominato segretario generale della Commissione reale per la riforma dei codici. Vincitore di concorso, fu nominato consigliere di Cassazione (r.d. del 18 giugno 1931), nonché Direttore degli uffici del massimario e del ruolo presso la Corte, uffici che l'A. avrebbe continuato a dirigere anche dopo la nomina a presidente di sezione della Corte di cassazione (15 ott. 1936). Nel periodo tra il 1931 e la nomina a presidente titolare della seconda sezione civile della Corte di cassazione (30 marzo 1942), l'A., oltre alla normale attività giudiziaria, fu chiamato a far parte di importanti commissioni di studio per il coordinamento e l'unificazione delle norme giuridiche tra vari Stati, partecipando a varie missioni italiane all'estero.

⁵⁰ Si veda C. BERSANI, *Ernesto Eula*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, Bologna, 2013, 808-809: Nacque a Barge (Cuneo) il 6 giugno 1889. Seguendo le tradizioni della famiglia – il padre consigliere di Cassazione e nonno paterno, Lorenzo, primo presidente della Corte di cassazione di Torino e di Roma nonché ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti nel primo ministero Giolitti –, si laureò in giurisprudenza il 29 sett. 1911 a Catania e, nell'aprile, del 1912, entrò in magistratura (procura di Casale Monferrato). Alla pretura di Borgomaro (Imperia); trasferito, dopo qualche mese, a Pieve di Teco (Imperia) e nel marzo del 1924 al tribunale di Savona. Nel febbraio 1928, in seguito a richiesta del primo presidente della Corte di cassazione, fu destinato all'Ufficio speciale del ruolo presso la Corte stessa. Al concorso per esami e titoli a consigliere di corte d'appello, indetto nel maggio 1928, l'E. risultò unico vincitore ottenendo una votazione lusinghiera in tutte le materie e la segnalazione del primo presidente della Corte di cassazione, MARIANO D'AMELIO. Con decreto 16 giugno 1932, fu destinato a funzioni di consigliere della Corte di cassazione e, risultato idoneo, fu nominato, nel maggio 1934, consigliere di Corte di cassazione. Assunse l'incarico, nel giugno del 1943, di avvocato generale presso la Corte di cassazione. Collaborò tra il 1938 e il 1940 al *Nuovo Digesto italiano*, diretto da MARIANO D'AMELIO, con la redazione di alcune voci e al *Commentario al codice civile* diretto dallo stesso D'AMELIO (Firenze 1941). Con decisione del 10 nov. 1944 la Commissione di epurazione di primo grado per i dipendenti del ministero di Grazia e Giustizia decise di dispensare l'E. dal servizio. Ma nell'aprile del 1945 la commissione accolse il suo ricorso. Nel gennaio del 1953 gli furono attribuite le funzioni di procuratore generale e il 18 ott. 1954 gli fu conferito l'ufficio direttivo di primo presidente della Corte di cassazione. In occasione della cerimonia di insediamento PIERO CALAMANDREI, ne mise in evidenza le capacità tecniche e il rigore morale.

Ma esso da subito costituirà un complemento di quello stesso staff, di cui ho parlato sopra, capace di dare alla Prima presidenza della Cassazione quell'ulteriore intelligenza nella gestione del contenzioso, assicurando migliori risposte e maggiore autorevolezza all'istituzione⁵¹.

Tale assetto, con il fluire dei ricorsi e l'accrescersi smisurato del loro numero, ha tuttavia prodotto una progressiva perdita di funzione della componente del Ruolo, com'è ormai fotografato dalle stesse previsioni organizzative della Corte⁵².

8. Funzione nomofilattica e ausilio del ruolo

In realtà si farebbe un grave torto alla realtà istituzionale se ci si limitasse a considerare del tutto defunta la funzione di presidio del ruolo. Più corretto appare illustrare la deviazione che essa ha subito, sulla base del potenziamento della funzione ausiliaria all'attività delle Sezioni unite.

⁵¹ Ne coglie alcuni aspetti proprio O. ABBAMONTE, *Fra tradizione ed autorità: la formazione giurisprudenziale del diritto durante il ventennio fascista*, cit., il quale, a proposito del lavoro di squadra della Cassazione mette in rilievo anche il ruolo svolto dai due componenti di questo gruppo aggiunto di magistrati, in stretti rapporti con il Primo presidente: ANTONIO AZARA (954, nt. 163) ed ERNESTO EULA (939-940).

⁵² Si veda quanto prevedono le stesse Tabelle della Cassazione (Tabelle 2017-2019 testo approvato CSM), all'art. § 71. (*Compiti dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo*): «71.1. Compiti istituzionali dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo sono l'analisi sistematica della giurisprudenza di legittimità, condotta allo scopo di creare le condizioni di un'utile e diffusa informazione (interna ed esterna alla Corte di cassazione), necessaria per il miglior esercizio della funzione nomofilattica, e l'assistenza di studio alle sezioni della Corte in attuazione di quanto previsto dall'art. 74 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (convertito nella l. 9 agosto 2013, n. 98). 71.2. L'analisi sistematica della giurisprudenza di legittimità si articola nelle seguenti attività: – lettura, selezione e massimazione dei provvedimenti civili e penali; – redazione, ad integrazione della suddetta prioritaria attività, di concise “notizie di decisione” limitatamente ai provvedimenti di speciale rilievo da pubblicare nel sito web (“servizio novità”), sulla base delle linee guida indicate nei decreti presidenziali istitutivi del servizio; – segnalazione dei contrasti, della avvenuta risoluzione degli stessi e degli orientamenti interpretativi della giurisprudenza di legittimità, nonché delle più rilevanti novità normative; – redazione delle relazioni per i ricorsi assegnati alle Sezioni unite, che impongano la risoluzione di contrasti o che presentino questioni di massima di particolare importanza; – redazione di sintetiche relazioni informative, ove necessarie per i ricorsi rimessi alle Sezioni unite; – relazioni periodiche sulle decisioni relative ai principali orientamenti della Corte di cassazione; – relazioni, anche di ufficio, su novità legislative, specie se di immediata incidenza sul giudizio di legittimità. 71.3. La massimazione, la segnalazione dei contrasti e le relazioni per le Sezioni unite, nonché l'attività di assistenza di studio alle sezioni civili della Corte di cassazione sino alla scadenza del termine quinquennale di cui al comma secondo dell'art. 74 del d.l. 21 giugno 2013 n. 69, conv. in l. 9 agosto 2013 n. 98, costituiscono attività prioritaria dei magistrati addetti al Massimario. Ogni altra attività a cui essi possono essere addetti è comunque diretta a favorire la funzione nomofilattica della Corte.». Dove sia finita la funzione del Ruolo, non è dato saperlo. Essa è semplicemente scomparsa.

Ne è passato di tempo da quando le Sezioni unite della S.C. erano disciplinate dall'art. 3, primo comma, del RD 2 dicembre 1923, n. 2618 (*Modificazioni all'ordinamento della Corte di cassazione del Regno ed aumento del deposito per il ricorso in Cassazione*), secondo cui «Per comporre le sezioni unite della Corte di cassazione del Regno, quando si tratti di causa civile, si uniscono le due sezioni civili, e, quando si tratti di causa penale, si uniscono le due sezioni penali» [sottolineature mie: *NdR*].

Allora l'organico della Corte era talmente esiguo che le quattro sezioni (due civili e due penali) previste potevano contare su 72 consiglieri (ove fossero stati tutti contemporaneamente presenti) per una presenza media di 18 a sezione; sicché le Sezioni unite del civile avrebbero potuto ritrovarsi in plenaria con la presenza totale di “soli” 36 componenti. Di fatto, però, esse erano composte con la presenza minima di 15 componenti: un presidente e 14 consiglieri⁵³.

Con il passare del tempo ed il crescere del numero delle sezioni (nel civile, prima la terza, poi la Lavoro e quindi la Tributaria e, infine, quella speciale per il filtro dei ricorsi)⁵⁴ e dei consiglieri (ora in numero superiore alle 300 unità), le Sezioni unite hanno stabilito, negli ultimi decenni con apposite previsioni tabellari⁵⁵,

⁵³ Questa regola, da nessuno studiata (a quanto mi consta) era la risultante della previsione ultratattiva dell'art. 127, terzo comma, dell'ordinamento giudiziario del 1865 (Legge 2 aprile 1865 n. 2215) sostanzialmente richiamato dal regio decreto 2 dicembre 1923, n. 2618 (*Modificazione dell'ordinamento della Corte di cassazione del Regno ed aumento del deposito per il ricorso in Cassazione*). La composizione a 15 del collegio delle Sezioni unite (sulla cui storia occorrerà tornare in sede propria) è comprovata anche dai verbali di udienza consultabili nell'apposito fondo dell'ACS.

⁵⁴ Osservava CALAMANDREI (in *Per il funzionamento della Cassazione unica*, 1927, ora in *Opere*, VIII, cit., p. 377) «A voler essere consequenziari fino all'estremo, la Cassazione unica dovrebbe essere composta di un'unica sezione; ma anche se, come credo, non sarà praticamente possibile evitare che la seconda sezione civile, istituita con carattere provvisorio dal r.d. 2 dicembre 1923, assuma carattere stabile e definitivo, sicché la Corte Suprema nel suo ordinamento normale abbia due sezioni civili parallele alle due sezioni penali, non credo che più là si possa andare su questa via: altrimenti si rischierebbe di dar ragione agli oppositori della unificazione, i quali solevano dire che questa avrebbe lasciato sussistere di fatto la pluralità delle Corti di Cassazione colla sola differenza che « invece di aversi cinque sezioni di cassazione risiedenti in cinque diverse città, si sarebbero avute cinque sezioni risiedenti a Roma.». E aggiunge: «in Germania, dove pure il § 137 della legge sull'ordinamento giudiziario disciplina minuziosamente l'istituto dell'adunanza plenaria (il cd. *Plenum*), questa non dà i risultati che sarebbe lecito sperarne, perché, a causa delle grandi difficoltà inerenti al funzionamento di un consesso così numeroso, vi è nel Tribunale dell'Impero una specie di istintiva repugnanza a convocarlo: onde i giuristi tedeschi dicono scherzosamente che il Tribunale dell'Impero ha *l'horror pleni*.» (391).

⁵⁵ Per le richiamate Tabelle 2017-2019 (testo approvato CSM) si vedano i seguenti paragrafi: § Criteri per l'assegnazione dei componenti alle Sezioni unite civili e penali; § 20 sul magistrato coordinatore delle sezioni unite civili; § sull'Ufficio per il procedimento preparatorio alla decisione dei ricorsi assegnati alle Sezioni unite.

le regole che il Primo presidente deve osservare per la chiamata dei componenti e la loro estrazione, parziale, dalle singole sezioni.

Il lavoro delle SU si è arricchito, non tanto e non solo con la funzione di vigilanza sulla giurisdizione [quella che D'AMELIO chiamava la Cassazione come Tribunale supremo dei conflitti, (...) giustificato dall'unità sostanziale della giurisdizione e dalla tutela di quella degli organi ordinari entrati in conflitto con quelli speciali, cosa che spiegherebbe il perché dell'attribuzione di tale ufficio alle sezioni unite della Corte di cassazione] quanto e soprattutto con il ricorso ai casi stabiliti dall'art 374, secondo comma, c.p.c. (ossia il superamento delle difformità di orientamenti e la risoluzione delle questioni di massima di particolare importanza). Frequenza accresciutasi ancor più dopo la riforma cd. Carbone (dal Primo presidente che la sollecitò e la ottenne) del terzo comma dell'art. 374 cit.: *se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle SU, deve rimettere a queste ultime la decisione del ricorso.*

L'accrescimento del ruolo delle Sezioni Unite ha comportato la nascita di una apposita struttura dedicata alla formazione dei suoi ruoli (il cd. Ufficio preparatorio)⁵⁶, composto da qualificati consiglieri, che seleziona, accorpa e vigila sulle questioni portate all'esame del Primo presidente il quale, così coadiuvato, forma i ruoli senza concorrenza di altri organi decisionali e con la migliore preparazione possibile delle sue adunanze o udienze.

A tale lavoro preparatorio offre, nella sostanza⁵⁷, la sua importante collaborazione l'Ufficio unificato (del Massimario e del Ruolo), con la predisposizione di ricerche finalizzate alla decisione delle questioni riguardanti i contrasti interpretativi ed a quelle di massima di particolare importanza (o addirittura relative all'impatto, sull'attività giurisdizionale della Cassazione, della nuova legislazione o dell'interpretazione delle Corti di rango sovranazionale).

Ne è derivata una attività giurisdizionale particolarmente qualificata ed assistita che si mostra all'esterno con decisioni non solo meditate ma anche di particolare qualità.

L'Ufficio unificato (del Massimario e del Ruolo), dunque, collabora – di fatto – con la “speciale sezione” (poiché ormai tale va ritenuta quella costituita dalle Sezioni Unite, per quanto ad assetto variabile e avvicendamento dei suoi componenti, ma non molto diversamente di quanto accade anche in una sezione

⁵⁶ Precisamente: sull'Ufficio per il procedimento preparatorio alla decisione dei ricorsi assegnati alle Sezioni unite (cd. Upsuc).

⁵⁷ Nella forma le richieste al Direttore del Massimario sono del Primo presidente ma, nella sostanza, esse seguono alle indicazioni tecniche elevatissime dell'Upsuc e del suo coordinatore che è anche il Coordinatore delle Sezioni unite civili.

ordinaria), fornendo assistenza funzionale all’attività del Ruolo formato dai componenti dello speciale Ufficio preparatorio per l’attività delle Sezioni unite civili (questa sì attività qualificata, esattamente nei sensi auspicati dai *conditores* del 1928), non di nascita legislativa ma di previsione del *soft-law* “tabellare”⁵⁸ (munito anche del relativo e autorevole acronimo: l’UPSUC).

E MARIANO D’AMELIO, possiamo ipotizzarlo, ne sarebbe sicuramente fiero poiché l’idea continua, anche se solo nell’ambito delle Sezioni unite civili.

9. Funzione nomofilattica e attività di massimazione

Tuttavia, Egli – per ipotesi tornato a visitare da presso lo stato di forma della sua vecchia creatura – non potrebbe non rilevare l’esistenza di uno schiacciamento dell’Ufficio unificato (del Massimario e del Ruolo), sulle ormai prevalenti funzioni di massimazione⁵⁹, oltre che – come si è detto – su quelle di ricerca qualificata, principalmente svolta in ausilio delle Sezioni Unite, sulle decisioni più rilevanti da adottare (contrastati e questioni di massima di particolare importanza).

⁵⁸ Sulla nozione di *diritto tabellare*, e sulla storia che ha conosciuto, mi sia consentito il rinvio a F.A. GENOVESE, *Ordinamento giudiziario e diritto tabellare (dalle previsioni ordinamentali del 1865 all’ordinamento Grandi; dalla Costituzione alla disciplina vigente)*, in *Questione giustizia*, 2003, n. 2, 243-263. Le Tabelle in vigore, riguardanti la Corte di cassazione, hanno disciplinato l’Upsuc nei termini che seguono: «22. – *L’Ufficio per il procedimento preparatorio alla decisione dei ricorsi assegnati alle Sezioni unite civili.* 22.1. L’Ufficio per il procedimento preparatorio alla decisione dei ricorsi assegnati alle Sezioni unite civili svolge ogni attività propedeutica e utile alla fissazione delle udienze delle Sezioni unite civili, soprattutto al fine di assicurare la costante ricognizione delle questioni controverse. 22.2. I compiti dell’Ufficio consistono: a) nella classificazione dei ricorsi; b) nello spoglio orientato alla individuazione del valore ponderale e delle modalità di trattazione dei ricorsi; c) nella selezione dei ricorsi per cui si ritiene necessaria la relazione da parte dell’Ufficio del massimario; d) nella formazione dei “calepini” di udienza; e) nella diffusione interna di una informazione provvisoria sui contenuti delle decisioni, anche mediante la redazione di un abstract; f) nella costituzione di un archivio informatico, articolato per materie, delle suddette informazioni curandone la immediata diffusione ai componenti delle Sezioni unite; g) nella diffusione anche all’esterno della Corte delle ordinanze di remissione alle Sezioni unite. 22.3. L’Ufficio è composto dal magistrato coordinatore delle Sezioni unite civili e da almeno altri due magistrati, selezionati a seguito di apposito interpellato e nominati con decreto presidenziale per un periodo di tre anni, rinnovabile una sola volta per un triennio. Ai due magistrati coadiutori è riconosciuto l’esonero da una udienza mensile. 22.4. Costituiscono requisiti per il conferimento dell’incarico di componente dell’Ufficio l’appartenenza alle Sezioni unite o l’aver prestato servizio presso l’Ufficio del massimario dimostrando spiccate attitudini di studio, nonché l’impegno ad assicurare una assidua presenza in Corte.».

⁵⁹ Come si vede dalla stessa normazione tabellare dove tale attività riceve una disciplina minuziosa, dettagliatissima; e ciò a comprova che essa è la prevalente cura dell’Ufficio, sbilanciandosi ormai soltanto sul primo dei due versanti.

Ed è su di essa, ossia sulla più risalente attività dell'Ufficio, che occorre ora volgere la nostra attenzione, anche in ragione di una valutazione conclusiva.

Ebbene, anche su questo terreno si ritrovano importanti novità e modificazioni del suo esercizio, anche in vista di prospettive future.

Riprendiamo il discorso dalle riflessioni di CALAMANDREI.

Premesso che «*le decisioni del Supremo Collegio meritano maggior attenzione, oltreché dallo Stato, anche dalla dottrina*» e che «*in Cassazione ciò che conta è il diritto: e per diritto si intende non tanto la ragione soggettiva delle parti in causa, quanto la interpretazione da darsi in generale al diritto oggettivo applicabile ai fatti già accertati: ius constitutionis, non ius litigatoris*» conclude affermando che «*Questa variazione di punto di vista importa necessariamente una variazione di tecnica: importa la necessità di sviluppare e di perfezionare nei componenti del Supremo Collegio quelle attitudini alla astrazione dogmatica e quei metodi corrispondenti, che debbono invece essere condannati e repressi nei giudici di merito, perché andrebbero a detrimento della loro funzione di ricercatori del fatto. Il magistrato di Cassazione, come giudice del diritto, deve abituarsi a considerare che la risposta, che egli darà alla questione sottopostagli, non servirà soltanto a decidere la singola controversia in cui essa è sorta, ma servirà sopra tutto ad orientare nell'avvenire la giurisprudenza, tutte le volte in cui la stessa questione di diritto si ripresenterà in occasione delle fattispecie più disparate. Il magistrato di Cassazione deve sopra tutto, anche in questo avvicinandosi al legislatore, guardare all'avvenire: valutare quali potranno essere, al di là del singolo ricorso accolto o rigettato, le ripercussioni della sua decisione nel futuro. Per questo nel giudizio di Cassazione deve essere bandito ogni argomento che miri a subordinare la massima di diritto, che potenzialmente comporta tutta una serie di possibili applicazioni future, alla giustizia del caso singolo: e proprio nello svincolarsi dal gretto attaccamento ai fatti, e nell'abituarsi a non subordinare a considerazioni di equità individuale quella interpretazione della legge che deve avere portata praticamente generale, proprio in questo si riconosce il valore del magistrato di Cassazione, e la coscienza dell'ufficio che lo Stato gli affida»⁶⁰.*

Il Maestro fiorentino tocca qui il nocciolo della questione che è, ancor oggi, sul tavolo di tutti coloro che lavorano alla formazione del principio di diritto, siano essi gli avvocati (che lo richiedono alla Corte), siano i giudici (che lo debbono deliberare ed enunciare), siano i massimatori (che lo debbono enucleare e metterlo a punto, coordinandolo con i precedenti già esistenti).

⁶⁰ P. CALAMANDREI, La Cassazione e i giuristi [Pubblicato in Il Tribunale, a. XII, n. 12, 31 dicembre 1933; ristampato in Id, Studi, III, 267-277] ora in Opere, VIII, cit., 473 e ss. (qui si cita da 475).

È su questo snodo che si gioca il presente ed il futuro della Cassazione e davanti ad esso è oggi posto il difficile ruolo della componente Massimario dell'Ufficio unificato.

Quest'ultimo sembra orientato ormai verso la consapevolezza che il principio di diritto, estratto dalla pronuncia massimata, non può più essere formulato in modo astratto, una volta per tutte, se è vero che anche il legislatore detta i suoi considerando per chiarire il senso delle regole consegnate agli articolati della legge. Ha sicuramente compreso che il *ius constitutionis* – diversamente da quello che pensava CALAMANDREI – non può ignorare il *ius litigatoris*. Ma oggi la sfida è esattamente quanto dell'uno e quanto dell'altro deve essere considerato nel principio enucleato dalla decisione⁶¹.

La rigidità pura e adamantina del primo è ormai fortemente incrinata dalla pluralità degli interessi coinvolti, presenti in ogni decisione, e dal gioco dei tanti formanti del diritto (non solo la legge, ma anche le pronunce e interpretazioni delle Corti sovranazionali oltre che quella costituzionale, e le stesse prassi amministrative).

Una forma della massimazione priva della fattispecie, volta all'enunciato *sub specie aeternitatis*, infatti, appare tramontata finanche nella *regula iuris* relativa al processo e alle sue scansioni e articolazioni, che non si esclude possa conoscere deroghe e/o applicazioni differenziate, in rapporto alla materia sostanziale trattata.

La difficoltà di uno standard diverso è dunque il banco di prova per la nuova attività di massimazione che può rilanciarsi – e divenire utilizzabile – solo nella consapevolezza della necessità di *enunciati deboli*.

La pretesa di riproporre *enunciati forti*, infatti, finirebbe per essere inutilizzabile e cieca, di fronte alla discretezza e complessità delle fattispecie che chiedono d'essere riconosciute in rapporto alla tutela loro accordata dal diritto vivente.

⁶¹ L. PASSANANTE, *Il postulato del “primo” Calamandrei e il destino della Cassazione civile*, cit., specie il condivisibile § 4 intitolato *Generalità e astrattezza nell'opera della Cassazione e massimazione delle sentenze*. Più in generale, e con riferimento al dibattito (dottrinale e magistratuale) sull'attività di massimazione, Id, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, cit., il cap. III (*La Massima*), pp. 117-183. Ovviamente, qui il tema è solo accennato e ben diversa trattazione esso esigerebbe; ma non è questo lo scopo del mio studio.

Il ruolo del precedente e l'ufficio del Massimario

SOMMARIO: 1. Il ruolo del precedente. – 2. Il ruolo del Massimario; – 2.1. L'intervento nelle sezioni. – 2.2. L'attività scientifica. – 2.3. I rapporti con le altre giurisdizioni. – 2.4. Il dialogo con la Corte Edu e le altre Corti Europee.

1. Il ruolo del precedente

Le norme che esplicitano la funzione nomofilattica della Corte sono le seguenti. In primo luogo l'art. 65 Ord. Giudiziario: tutto l'esercizio della funzione giurisdizionale di legittimità è finalizzato all'obiettivo della nomofilachia.

Data questa funzione della giurisdizione ordinaria di legittimità, la creazione di un sistema formato da catene coerenti di precedenti costituisce l'unica modalità costruttiva credibile dell'esercizio della nomofilachia. Esercizio destinato ad un'immanente e continua frizione con l'accessibilità senza limitazione al ricorso per cassazione costituzionalmente imposta. Tutti i più recenti interventi legislativi hanno cercato di limitare gli effetti entropici di questo accesso illimitato ma allo stesso tempo hanno introdotto norme finalizzate alla valorizzazione della funzione nomofilattica.

Anche la recente novella sulla cameralizzazione ha accentuato questa peculiarità della giurisdizione di legittimità indicando la pubblica udienza soltanto per i ricorsi che introducono questioni di particolare rilevanza nomofilattica e, di conseguenza, prescrivendo un preventivo spoglio accurato dei ricorsi e la pre-terminazione di indicatori chiari della destinazione dei ricorsi verso il binario camerale o quello della pubblica udienza. Attesa la destinazione al canale camerale della maggior parte ricorsi, la funzione nomofilattica delle sezioni semplici risulta valorizzata anche in relazione alla formazione del diritto vivente. Ma non può dirsi realizzato l'obiettivo della effettiva confluenza della funzione nomofilattica nel canale processuale della pubblica udienza. Rilevante è l'attività ermeneutica e la formulazione di principi necessari per l'esercizio della funzione nomofilattica che provengono dalle adunanze camerale. La suddivisione in distinti ambiti processuali può non facilitare l'uniformità degli orientamenti ove nelle adunanze camerali non siano fissati esclusivamente ricorsi volti a confermare principi già espressi e consolidati. Lo spazio del tutto preponderante, ed anche accentuato

per effetto della pandemia, del modello camerale ha determinato la predisposizione di ruoli d'udienza caratterizzati da ricorsi a rilevanza nomofilattica e ricorsi che ne sono privi. Ne consegue che non può porsi in dubbio l'efficacia nomofilattica di principi provenienti da decisioni adottate in adunanze camerale, attesa la frequenza e continuità di questa tipologia di decisioni che concorrono a formare il cd. diritto vivente. Ma così operando salta la funzione ordinante della suddivisione dei ricorsi in canali processuali distinti per peso nomofilattico delle decisioni da assumere: un principio di diritto affermato in pubblica udienza può essere superato e contrastato da una decisione camerale. Soltanto i ricorsi seriali destinati alla sezione sesta riguardano cause caratterizzate esclusivamente dallo jus litigatoris. Un'effettiva differenza tra decisioni adottate secondo il rito camerale e la p.u. non si ravvisa, così come non si avverte, come principio non scritto ma coerenziatore del sistema la prevalenza "gerarchica" ancorché in senso atecnico dei principi di diritto espressi all'esito di p.u. Le udienze dedicate e tematiche sono svolte indifferentemente in adunanze camerale e con p.u. Un correttivo efficace di carattere organizzativo è la circolazione all'interno delle singole sezioni delle cd. notizie di decisione, diffuse all'esito delle camere di consiglio, in canali strettamente riservati alle singole sezioni così da limitare i contrasti inconsapevoli.

In conclusione, i principi espressi in sede di pubblica udienza (ormai dedicata secondo l'art. 375 u.c.) vanno senz'altro a comporre il diritto vivente, nel senso che costituiscono precedenti dai quali un'altra sezione semplice può discostarsi solo motivatamente, salvo che per il rilievo della questione non venga decisa l'immediata rimessione alle S.U.

L'altra ipotesi normativa espressa di trattazione dei ricorsi in pubblica udienza (art. 380-bis u.c.) è quella conseguente ad ordinanza interlocutoria adottata dalla sesta sezione che ne dispone la rimessione. Si tratta tuttavia di un binario procedimentale destinato ad estinguersi per via normativa, essendo indubabilmente priva di effettività funzionale la duplicazione di un canale camerale.

La norma processuale che costituisce il cardine dell'esercizio della nomofilachia è, tuttavia, l'art. 374 c.p.c. Nella norma è stabilito che le difformità di orientamenti delle sezioni semplici devono essere composte dalle S.U. cui sono rivolte anche le questioni di massima di particolare importanza. L'esercizio della nomofilachia non tollera la permanenza di contrasti né che all'interno delle sezioni semplici si possano avvicinare orientamenti difformi. Ove vi sia disaccordo di un collegio su un principio che abbia assunto una certa stabilità, occorre rimettere la risoluzione del contrasto alle sezioni unite. Non è compatibile con il corretto funzionamento del sistema processuale del giudizio di legittimità e con la ratio della norma la concorrenza di principi contrastanti. Poiché tuttavia la Corte non si è sottratta alla manifestazione non marginale di questo fenomeno ci

si continua ad interrogare sempre più frequentemente su quali potrebbero essere gli effetti della sua violazione. Recentemente con la sentenza n. 33 del 2021 la Corte Cost. ha affermato che non costituisce violazione dei principi dell'art. 374 c.p.c. la proposizione di un'eccezione d'illegittimità costituzionale sollevata da una sezione semplice della Corte per mettere in discussione un intervento nomofilattico delle Sezioni Unite, in quanto diritto vivente. La Corte costituzionale ha stabilito che quello di costituzionalità è un sindacato diffuso ed autonomo, che non può essere limitato dal sistema di componimento dei contrasti contenuto nel citato art. 374 c.p.c. Quest'ultima norma, all'interno del circuito del giudizio di legittimità costituisce un criterio ordinante e la sua violazione determina un'alterazione della funzione nomofilattica che, allo stato. Tuttavia è priva di meccanismi di controllo e sanzione.

2. Il ruolo del Massimario

L'ufficio del Massimario e del Ruolo svolge una funzione di cruciale importanza nell'attuazione della nomofilachia. La svolge in relazione non solo all'attività rivolta alla massimazione dei principi nomofilattici della Corte ma anche per le altre molteplici funzioni che nel tempo hanno acquistato un rilievo sempre crescente ed hanno reso l'ufficio il centro di elaborazione ed approfondimento delle questioni più complesse affrontate dalla giurisprudenza della Corte.

La selezione dei principi nomofilattici attraverso la massimazione viene svolta attraverso una articolazione organizzativa lunga che parte dallo spoglio dell'ingente numero di provvedimenti pubblicati e pervenuti all'ufficio (oltre 50000 quest'anno), prosegue con le indicazioni di massimazione, con l'esecuzione delle massime, con la loro revisione e verifica finale. I provvedimenti massimati sono circa il 10% di quelli spogliati nell'area civile ed il 5% nell'area penale. Le indicazioni di massimazione, oltre che dall'interno dell'ufficio, provengono anche dalle segnalazioni dei collegi cui l'ufficio è collegato sia attraverso propri addetti che collaborano nelle sezioni stesse per l'attività di spoglio e per la composizione dei collegi, sia mediante la trasmissione telematica di richieste specifiche. Con queste modalità i percorsi nomofilattici delle sezioni vengono seguiti dall'ufficio del Massimario e, nell'ipotesi in cui non si presentino come lineari, vengono tempestivamente fornite segnalazioni di contrasto o relazioni sullo stato della giurisprudenza in grado d'illustrare anche disomogeneità di orientamenti non manifesti. Lo stretto collegamento con l'esercizio della funzione nomofilattica delle sezioni si realizza anche con le sempre più frequenti richieste di relazioni tematiche di approfondimento provenienti quando è necessario affrontare questioni nuove o perché provenienti da nuovi fenomeni socio-economici o perché caratterizzate da un nuovo quadro normativo di riferimento o da nuovi principi

di diritto europeo. La sollecitazione può provenire dal collegio decidente o dal Presidente titolare della sezione che abbia verificato l'urgenza e la necessità di un intervento nomofilattico su temi complessi.

2.1 L'intervento nelle sezioni

I magistrati del Massimario che siano in possesso dei requisiti di anzianità necessari, sono applicati nelle sezioni civili e penali anche per comporre i collegi con propri ricorsi e forniscono un apporto quantitativamente e qualitativamente prezioso proprio per l'esperienza di approfondimento scientifico che hanno acquisito nell'ufficio di provenienza. Cessata la applicazione esclusiva presso la sezione Tributaria nell'ultimo anno è stato di nuovo possibile destinarli parzialmente (al 50%) a tutte le sezioni civili e penali così da realizzare davvero un'effettiva circolarità di professionalità e competenze che può tuttavia disperdersi con un depotenziamento dell'organico che, come nella fase attuale, raggiunga il 48%.

2.2 L'attività scientifica

L'ufficio del Massimario fornisce all'intera Corte, e non solo, come si illustrerà tra breve, materiali scientifici e di aggiornamento sempre più richiesti e necessari alla luce della complessità crescente del sistema delle fonti, dei continui stress tests legislativi cui sono sottoposti alcuni settori del diritto sostanziale e processuale, del crescente numero di decisioni assunte con i conseguenti disallineamenti che la crescita delle decisioni determina.

Accanto alle tradizionali relazioni per le Sezioni Unite che forniscono un supporto indispensabile per la comprensione e l'illustrazione delle questioni di massima di particolare importanza e dei contrasti da decidere, sempre più frequenti sono le richieste di approfondimento provenienti dalle sezioni semplici e dalle Sezioni Unite su temi connessi al riparto delle giurisdizioni.

In alcuni settori l'intervento scientifico e di aggiornamento del Massimario è diventato un appuntamento annuale atteso. Da qualche anno viene realizzata una rassegna della giurisprudenza tributaria, distribuita anche alla giurisdizione di merito alla quale collaborano oltre che i magistrati del Massimario anche i consiglieri della sezione. L'implementazione della legislazione anche secondaria relativa all'informatizzazione del processo ha indotto l'ufficio ad affiancare alla rassegna annuale che ha ad oggetto tutte le materie una rassegna rivolta specificamente al processo civile telematico destinata a raccogliere la già rilevante produzione giurisprudenziale in tema d'interpretazione delle norme relative alle modalità di esecuzione telematica di adempimenti processuali integralmente o parzialmente digitalizzati. L'importanza e la natura "sensibile" della materia della protezione internazionale ha indotto alla predisposizione di una rassegna semestrale dedicata che ha potuto registrare i frequenti mutamenti normativi sostanziali.

ziali e processuali che hanno caratterizzato il settore ponendo in evidenza i contrasti e le disomogeneità degli orientamenti riscontrati anche a causa del rilevante incremento del numero delle controversie dovuto all'eliminazione dell'appello che ha modificato dal 2018 la composizione delle pendenze civili.

Per facilitare l'aggiornamento in tempo reale dei principi elaborati dalla Corte di cassazione, l'ufficio ha predisposto una rassegna mensile delle massime civili elaborate da ogni sezione oltre a quelle delle sezioni unite ed a quelle relativi agli orientamenti di carattere processuale. Di recente introduzione è la rassegna mensile civile e penale delle ordinanze interlocutorie così da rendere immediatamente fruibili le rimessioni alle Sezioni Unite e alla Corte di Giustizia oltre che le rimessioni alla pubblica udienza decise nelle adunanze camerali in funzione di una conoscenza circolare e diffusa del "pensiero" della Corte e di una migliore organizzazione della formazione dei ruoli.

L'impegno scientifico dell'ufficio è rivolto anche ad un costante riscontro delle novità normative, le quali sono oggetto di relazioni illustrative tempestivamente redatte. Queste ultime, unitamente alle rassegne annuali, semestrali e mensili vengono pubblicate sul sito della Corte nel settore delle news ed in via definitiva nel Portale del Massimario che raccoglie il complessivo materiale scientifico della Corte. La diffusione, di recente introduzione ha avuto un rilevante successo. Nella relazione illustrativa del d.l. n. 130 del 2020 che ha introdotto modifiche all'impianto del precedente d.l. n. 113 del 2018 in tema di protezione umanitaria, si richiama la relazione illustrativa del Massimario e la rassegna di giurisprudenza sulla protezione internazionale mentre all'Università Roma 3 per alcune materie le rassegne tematiche sono materiale didattico. I più recenti contributi hanno riguardato la legislazione Anti Covid sostanziale e processuale e le recenti riforme processuali penali e civili. Quanto a quest'ultima la relazione del Massimario ha esplorato anche le ricadute organizzative delle nuove norme sull'intera Corte, in relazione alla prossima formazione dell'Ufficio del Processo, alla recente introduzione del processo civile telematico in cassazione (PCT) e alle esigenze di raccordo di cui dovrà tenere conto il legislatore delegato. I contributi scientifici e le rassegne mensili e tematiche vengono trasmesse anche alla rete della formazione decentrata della Scuola della Magistratura con la quale è stata stabilita da tempo una stabile collaborazione.

2.3. I rapporti con le altre giurisdizioni

L'attività scientifica e di aggiornamento giurisprudenziale, come già osservato, è stata sollecitata, specie in quest'ultimo anno, anche da delicate questioni attinenti al riparto delle giurisdizioni, rimesse all'esame delle Sezioni Unite. L'esigenza di un'effettiva armonizzazione delle soluzioni in tema di giurisdizione ha prodotto, su reciproco impulso dei Presidenti della Corte di cassazione, del

Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, un'operativa collaborazione tra gli uffici studi di appartenenza al fine di mettere insieme il bagaglio di competenze ed esperienze e realizzare strumenti di approfondimento scientifico che si possano avvalere del contributo di tutte le giurisdizioni coinvolte nella trattazione e soluzione di talune questioni critiche. Per quest'anno i problemi sui quali si è sviluppata una riflessione comune sono stati: la responsabilità della pubblica amministrazione conseguente all'annullamento di un provvedimento che aveva ingenerato un affidamento nel privato destinatario, grazie alla sollecitazione del Presidente del Consiglio di Stato cui l'ufficio ha risposto con la predisposizione di una relazione tematica, ed i requisiti delle società in house, grazie alla sollecitazione del Primo Presidente della Corte di cassazione, con acquisizione già pervenuta del Contributo dell'ufficio studi della Corte dei Conti.

2.4. Il dialogo con la Corte Edu e le altre Corti Europee

L'ufficio del Massimario è, infine, parte del complesso circuito di organismi che nella Corte di cassazione cura le relazioni con le Corti Europee. Il suo contributo riguarda, in particolare, le risposte ai questionari più complessi che pervengono dalla Corte Edu, concernenti le soluzioni normative o gli orientamenti giurisprudenziali in settori di particolare rilevanza (l'ultimo dei quali il diritto all'oblio) od anche quesiti posti dalle Corti Supreme di paesi aderenti all'Unione Europea (l'ultimo dei quali relativo alle limitazioni dell'uso dei social media da parte dei magistrati). Anche questi contributi, molto frequenti, sono pubblicati e diffusi nel sito della Corte.

Nomofilachia e Corte costituzionale: complementarietà e interferenze tra la Corte di legittimità e il giudice delle leggi: le sentenze interpretative di rigetto e il diritto vivente quale regola di composizione dei contrasti interpretativi

1. Affrontando il tema della nomofilachia, vorrei sottolineare, in premessa, il nesso inscindibile che lega l'uniforme interpretazione alla uniforme applicazione della legge – vale a dire il fondamento costituzionale della funzione nomofilattica, attribuita alla Corte di cassazione – con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

La legge non sarebbe, infatti, “eguale per tutti” se lo fosse solo in astratto e non anche in concreto al momento della sua applicazione.

L'applicazione della legge nelle singole controversie ne presuppone ovviamente l'interpretazione.

Va da sé che l'interpretazione della medesima norma, da parte dei vari giudici di merito che sono chiamati ad applicarla, può essere però diversa. Ed è, appunto, solo l'intervento nomofilattico della Corte regolatrice, che può realizzare, o ripristinare, l'uniforme interpretazione della legge, che la rende, nel periodo dato, in sede applicativa, effettivamente eguale per tutti.

- Un tale intervento può realizzarsi ex ante, attraverso una interpretazione tempestiva, chiara e persuasiva della Cassazione, che si imponga ai giudici del merito, ovvero ex post, in sede di ricorso, attraverso la conferma delle interpretazioni corrette o l'annullamento delle decisioni basate su difforme esegesi

- Dovrebbe realizzarsi, in tal modo, un equilibrato bilanciamento tra le esigenze dello ius litigatoris e quelle dello ius constitutionis.

Putroppo un tale equilibrio si è rotto da tempo.

Ricordo che già ai tempi del mio ingresso in Cassazione, una famosa bozza di riforma, che portava il nome del Primo Presidente e del Procuratore generale (la c.d. Brancaccio – Sgroi), si proponeva l'obiettivo di porre rimedio all'attrazione fatale tra legittimità e in merito, che aveva indotto autorevole dottrina a qualificare come “giudice ambiguo” quello di Cassazione.

La situazione è innegabilmente poi peggiorata, e continua a peggiorare, in conseguenza dell'abnorme mole di ricorsi che, in assenza di alcun filtro esterno, la Cassazione è costretta a fronteggiare, finendo con il dovere gestire (come anomala Corte di un terzo grado concesso ad ogni e qualsiasi, anche bagatellare,

controversia civile) la quantità, a scapito della tempestività e della qualità, delle risposte decisorie.

Cosicchè, per una sorta di eterogenesi dei fini, il ricorso per cassazione da mezzo eccezionale posto a tutela oggettiva della coerenza dell'ordinamento giuridico finisce con il divenire lo strumento diffusamente (non di rado anche surrettiziamente) adoperato per ottenere una duplicazione del processo, che incide negativamente sulla sua ragionevole durata.

Altro vulnus alla funzione monofilattica della Cassazione è costituito dal fatto che le siano sottratte le controversie tra cittadini e P.A. devolute alla cognizione del G.A., restando, per l'effetto, insindacabili gli errori di diritto, sostanziali e processuali in cui incorrono le decisioni definitive di quel giudice speciale.

2. Scusandomi per l'involontaria ampiezza di questa premessa, vengo ora al tema assegnatomi, dei rapporti e delle interrelazioni tra le due nostre Corti Supreme: Cassazione e Corte costituzionale.

Queste relazioni vanno lette tenendo presente la triplice funzione, cui rispondono i precetti costituzionali che sono al vertice della scala normativa e ai quali entrambe le nostre Corti devono in definitiva fare riferimento.

Si tratta della funzione di limite che comporta la educazione delle norme subordinate in contrasto con quei precetti; la funzione ermeneutica, che impone, ove possibile, una esegesi conforme a Costituzione delle disposizioni ordinarie; e della funzione direttamente applicativa (la c.d. *drittwirkung*) delle norme costituzionali di tutela di diritti fondamentali della persona. Le quali esigono appunto di trovare immediata applicazione nei rapporti intersoggettivi, da parte del giudice anche in assenza di un medium legislativo, trattandosi di norme che, per il loro carattere apicale e per la loro carica assiologica non tollerano di restare in uno stadio di sospensione, in caso di inerzia del legislatore.

2.1 Quanto alla funzione di limite e al correlato potere caducatorio (o displicativo) delle disposizioni che un tale limite superino è fuori discussione che sussista al riguardo un monopolio della Corte costituzionale.

Questo monopolio è stato violato un unico caso, da una sentenza della Cassazione penale, che autonomamente disapplicò una legge regionale incostituzionale (per incidenza nella materia penale).

Questa vicenda (su ricorso per conflitto di attribuzione proposto da quella regione) si concluse con l'annullamento della pronuncia impugnata. Ricordo che nell'annotare la correlativa sentenza della Corte costituzionale (n. 285 del 1990) evidenziai il paradosso di una Cassazione cassata.

2.2 Quanto alla funzione ermeneutica la lettura dei rapporti tra le due Corti presuppone una ulteriore suddivisione tra il profilo (preliminare) della esegesi della norma ordinaria secondo i canoni della ermeneutica codicistica e il profilo (succedaneo) della verifica di compatibilità o di un non supe-

rabile contrasto della norma così interpretata, con i precetti costituzionali di riferimento.

2.2.1 Il primo profilo pone l'interrogativo se sia in facoltà della Corte costituzionale una reinterpretazione in via autonoma della disposizione censurata con l'incidente di costituzionalità.

Sul punto, la storia registra, a partire dalla metà del anni '60, quella che una nota dottrina (A.C. Jemolo) definì (e che resta tuttora ricordata come) "La guerra delle due Corti".

Ad innescare la miccia fu la sentenza n. 11 del 1965, con la quale la Corte costituzionale – chiamata a sindacare la legittimità dell'art. 392 c.p.p. in quanto interpretato dalla Cassazione, anche a sezione unite, come ostativo dell'applicazione delle garanzie difensive previste dalla novella del '55 – dichiarò non fondata la questione proposta dopo aver reinterpretato in senso opposto la norma denunciata. Ed esplicitamente affermò che "stabilire quale sia il contenuto della norma impugnata è inderogabile presupposto del giudizio di illegittimità costituzionale, ma esso 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 propriamente suo".

Sulla base di analoghe premesse di principio, con sentenze n. 6 e n. 9 del 1969 il Giudice delle leggi respinse questioni relative alla legge istitutiva delle commissioni tributarie non condividendone la natura giurisdizionale presupposta dal giudice rimettente.

A fronte di queste decisioni, la Cassazione rivendicò, come è noto, l'esclusività del potere interpretativo delle norme ordinarie, coesistente alla sua funzione normofilattica.

Da qui la ragione del contendere fra le due istituzioni.

L'armistizio tra le due Corti si dilineò, poi, *di fatto* con l'adesione della Corte costituzionale alla tesi ascarellina del "diritto vivente" come oggetto del sindacato di legittimità.

Ascarelli aveva elaborato la tesi della Corte tenuta a sindacare la legittimità della disposizione legislativa "così come risulta applicata dalla prevalente giurisprudenza", sottolineando la differenza con l'interpretazione della legge compiuta dalla Consulta per valutarne la costituzionalità.

Con la seconda interpretazione – secondo l'Ascarelli – la Corte costituzionale era chiamata a compiere una sorta di "indagine storiografica, non più creativa ma dichiarativa, identificando il significato concretamente assunto dalla legge nell'applicazione giurisprudenziale" e questo poi avrebbe dovuto assumere ad oggetto della valutazione di legittimità.

L'adesione dei giudici della Consulta alla tesi di Ascarelli fu comunque solo parziale, poiché la conseguenza più radicale di questa impostazione – che essi

cioè dovessero ritenersi *vincolati* dalla interpretazione giurisprudenziale dominante – non fu condivisa, rimanendo ferma la rivendicazione di principio di una autonoma potestà ermeneutica della Corte costituzionale.

Il nuovo corso giurisprudenziale si aprì con la sentenza n. 129 del 1975, in cui si rinviene l'affermazione che l'interpretazione della disposizione legislativa “è essenzialmente compito del giudice, a tutti i livelli: *avendo invece la Corte la funzione di porre a confronto la norma, nel significato comunemente ad essa attribuito, con le disposizioni della Costituzione*, per rilevarne gli eventuali contrasti e trarne le conseguenze sul piano costituzionale”.

Su questa linea, negli anni successivi si può dire che si sia quindi definitivamente attestata la Corte costituzionale, elaborando vari criteri di identificazione del “diritto vivente”, ma sempre comunque lasciando nello sfondo l'affermazione di principio della riserva a se medesima della possibilità (ancorché solo di rado attuata) di discostarsene.

2.2.2 Quanto al secondo profilo – quello dell'esigenza, cioè di una previa verifica di interpretabilità della norma giuridica *secundum* (e non *contra*) *Constitutionem* (esigenza che si impone ai giudici comuni e, quindi, alla Cassazione che ne costituisce il *veritice funzionale*, prima ancora che alla Corte costituzionale) – è significativa la giurisprudenza della metà degli anni '90 della stessa Corte costituzionale (fortemente orientata dal Presidente Granata), quella giurisprudenza, cioè, che non solo ha inteso richiamare ai giudici (spesso non inclini se non diffidenti verso l'interpretazione adeguatrice) l'importanza e l'imprescindibilità, invece, di questa operazione ermeneutica, ma che è giunta a *sanzionare* in termini di *inammissibilità* le questioni da essi sollevate “senza la previa necessaria verifica di praticabilità di una interpretazione costituzionalmente orientata” (cfr., in particolare, ord.ze nn. 443 e 451/1994).

Al riguardo è stato obiettato da più parti in dottrina, che non si individuerebbe il fondamento positivo di una siffatta *ulteriore* causa di *inammissibilità* della questione sollevata per via di giudizio incidentale *ex art. 134* Costituzione.

Ma la risposta mi pare agevole.

L'omessa verifica di praticabilità di una interpretazione adeguatrice equivale, infatti, al mancato riscontro dell'esistenza di una questione configurabile come “questione di legittimità costituzionale” e non meramente interpretativa, e si risolve quindi nell'inosservanza, *a fortiori*, dell'obbligo di motivazione sulla “non manifesta infondatezza” della questione di *legittimità*, che appunto ne comporta l'*inammissibilità*, ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953 n. 87 sul funzionamento della Corte costituzionale.

Ritornando quindi alla nostra prospettazione iniziale, vediamo così ancor meglio definirsi il ruolo della Corte di legittimità, attraverso questa compartecipazione al controllo di costituzionalità che le viene sollecitata dalla stessa Corte costituzionale.

Per modo che il Giudice della nomofilachia assicuri non solo la “uniforme” interpretazione delle norme giuridiche, ma (contestualmente a questa) anche il rispetto delle gerarchie tra norme sottordinate e precetti costituzionali di rango superiore, attraverso la ricerca della (possibile) interpretazione delle prime in senso *compatibile* con i secondi.

2.3 E veniamo infine, in rapida sintesi, al tema della esegesi e della applicazione diretta, nel processo, delle norme costituzionali immediatamente precettive.

Nella giurisprudenza del Giudice delle leggi il favore per l'istituto in esame si esprime (in scala di intensità crescente): *a*) dando quell'istituto per presupposto e facendovi richiamo come dato complementare di disciplina di date materie; *b*) esortando anzi i giudici a farne applicazione; *c*) rimarcandone addirittura la necessità in determinati contesti normativi; *d*) rimuovendo infine ostacoli, frapposti dal legislatore ordinario, alla sua operatività.

2.3.1 Tra le sentenze che *presuppongono* l'immediata applicabilità di precetti costituzionali, mi limito a ricordare la n. 333 del 1991. Con la quale, la Corte – nel respingere varie questioni di illegittimità della disciplina repressiva della detenzione di stupefacenti e mostrandosi, comunque “avvertita della particolare delicatezza della situazione in tutti i casi in cui ‘eccedenza rispetto al limite di tolleranza [dose media giornaliera] si presenti in termini quantitativamente marginali o modesti” – fece rinvio appunto alla “diretta applicazione”, in potere dei giudici, degli artt. 27 e 13 Costituzione e del principio di “necessaria offensività in concreto” della condotta penalmente perseguibile, estraibile dal combinato disposto di tali precetti: per cui precisò che “rimane precipuo dovere del giudice, nelle ipotesi marginali, apprezzare, alla stregua di quel principio “se la eccedenza eventualmente accertata sia di modesta entità così da far ritenere la condotta dell'agente priva di concreta idoneità lesiva di beni giuridici protetti e così fuori dall'area del penalmente rilevante”.

2.3.2 Tra le pronunzie per così dire *esoritative* un esempio citabile è quello della sentenza n. 347 del 1988 in tema di disconoscimento del figlio nato mediante inseminazione eterologa: con la quale la Corte – dopo la rilevata “carezza attuale” di una disciplina legislativa del fenomeno della procreazione assistita – ha sottolineato come al “nuovo nato”, in quanto “persona”, siano immediatamente comunque attribuibili i *diritti fondamentali* – tra cui il *diritto alla identità* – sollecitando appunto il giudice ad “assicurare [nell'immediato] la protezione degli anzidetti beni costituzionali”. In questo caso ricevendo puntuale risposta dalla Corte di cassazione che, con la successiva sentenza n. 2315/1999 della I Sezione civile, ha negato la disconoscibilità, *ex art. 235 c.c.*, del figlio nato da fecondazione eterologa, a tutela appunto del diritto inviolabile alla identità personale del minore così procreato.

2.3.3 A tutti ben nota è poi la sentenza n. 184 del 1996, in tema di risarcibilità del c.d. “danno biologico”, fondata sulla premessa della necessaria applicabilità diretta da parte dei giudici del “diritto alla salute” *sub* art. 32 Cost., in questo caso “in combinato contesto” con l’art. 2043 c.c.

2.3.4 Significativa è, infine, la *rimozione* di normativa impeditiva della *drittwirkung* operata dalla sentenza n. 313 del 1990. Con la quale la Corte costituzionale – premesso e “ribadito” che il principio del finalismo rieducativo della pena (*sub* art. 27, comma 3 Cost.) “vale tanto per il legislatore quanto per i *giudici della cognizione*” (e per quelli della esecuzione e della sorveglianza) e rilevato poi che il nuovo art. 444, comme 2, c.p.p., imponendo al giudice del dibattimento di attenersi alla pena patteggiata tra imputato e P.M., gli impediva di applicare direttamente il citato art. 27, agli effetti della commisurazione della pena – dichiarava conseguenzialmente la illegittimità di quella norma processuale “al fine” appunto – singolarmente esplicitato anche nel dispositivo della sentenza – della rimozione dell’ostacolo legislativamente frapposto alla immediata e diretta applicabilità del precetto costituzionale da parte del giudice.

Brevi note in tema di ricorso straordinario per cassazione

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La garanzia costituzionale del sindacato di legittimità e il ricorso straordinario. – 3. L'interpretazione della norma di cui all'art. 111, Cost., settimo comma (già secondo comma) ad opera della Corte di cassazione. – 4. La giurisprudenza sul tema all'esame degli ultimi cinque anni.

1. Premessa

Secondo Calamandrei il ricorso per cassazione rappresenta “l'astuzia dell'ordinamento” che sfrutta l'interesse privato, consistente nell'annullamento della sentenza ingiusta, per realizzare l'interesse generale all'uniforme ed esatta interpretazione della legge, senza che il giudizio per cassazione diventi giudizio di terza istanza e restando, i suoi, giudici di legittimità e non di merito.

La Corte procede attraverso il ricorso delle parti. È, quindi, per il tramite dell'interesse individuale nel processo (*ius litigatoris*) che la Cassazione può assicurare l'interesse pubblico all'esatta e uniforme interpretazione della legge in astratto (*cd. ius constitutionis*) e solo entro questi limiti. In tal modo l'interesse del ricorrente all'annullamento della sentenza diventa funzionale al fine pubblico della certezza del diritto.

Il ricorso per cassazione è, come pure evidenziato da autorevole dottrina, essenzialmente un rimedio di legalità avente la funzione di rendere immune il giudizio di merito da errori che possano vizziarlo ed è proprio nella peculiarità di tale funzione che trovano fondamento i presidi costituzionali dell'accesso alla Cassazione e si esalta anche la valenza della motivazione che, prevista dalla Carta costituzionale con riferimento a tutti i provvedimenti giurisdizionali (art. 111, sesto comma, Cost.), assume valenza ancor più pregnante per le decisioni di legittimità, atteso che, ai sensi dell'art. 65 del vigente ordinamento giudiziario, la Corte di cassazione «*assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni*», ed inoltre «*regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge*».

Con il presente scritto, lungi dal pretendere di fornire un'analisi completa delle innumerevoli questioni che il tema assegnato pone, si intende soltanto propor-

re alcuni spunti di riflessione per la discussione nel gruppo di lavoro, seguendo un'impostazione di carattere eminentemente pratico.

2. La garanzia costituzionale del sindacato di legittimità e il ricorso straordinario

Punto di riferimento imprescindibile per un ogni discorso in tema di ricorso straordinario per cassazione è l'art. 111 Cost., settimo comma (già secondo comma), secondo cui:

«Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra».

Questo ricorso, esperibile qualora non sia applicabile il regime del ricorso ordinario, viene denominato "straordinario" per distinguerlo dal ricorso "ordinario", che è quello proposto ai sensi dell'art. 360 cod. proc. civ. avverso le sentenze impugnabili di cui a tale norma, nonché avverso le sentenze di primo grado qualora sia stato dichiarato inammissibile l'appello ai sensi dell'art. 348-bis c.p.c. (v. art. 348-ter, terzo comma, c.p.c.).

Trattasi comunque di impugnazione riconducibile al catalogo dei mezzi di impugnazione di cui all'art. 323 cod. proc. civ. e che condiziona il passaggio in giudicato della sentenza ex art. 324, e, pertanto, sotto tale profilo, può qualificarsi come impugnazione ordinaria¹.

Il quarto comma dell'art. 360, come modificato dall'art. 2 d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, stabilisce che le disposizioni di cui al primo comma (relativo ai motivi del ricorso) e al terzo comma (non impugnabilità delle sentenze non definitive) «*si applicano alle sentenze ed ai provvedimenti diversi dalla sentenza contro i quali è ammesso il ricorso per cassazione per violazione di legge*».

Risulta così evidente che i motivi attualmente proponibili con il ricorso straordinario sono gli stessi per i quali è possibile presentare ricorso ordinario.

Anche la forma di tali due ricorsi è identica².

Uguale è anche il termine per impugnare con riferimento ad entrambi i ricorsi, se proposti avverso una sentenza³.

¹ G. AMOROSO, *Il giudizio di cassazione*, Milano, 2019, p. 135.

² Cass. 14 febbraio 2011, n. 366 ha ritenuto che la previsione di cui all'art. 366-bis cod. civ., ora abrogato, si applicasse anche al ricorso straordinario per cassazione di cui all'art. 111 Cost., sul rilievo che questo era assoggettato, per forma, termini e condizioni di ammissibilità, alla disciplina processuale stabilita per il ricorso ordinario.

³ G. AMOROSO, *op. cit.*, p. 152.

La questione si complica se il ricorso straordinario è proposto avverso un provvedimento diverso dalla sentenza.

3. L'interpretazione della norma di cui all'art. 111, cost., settimo comma (già secondo comma) ad opera della Corte di cassazione

Dopo alcune iniziali incertezze, la Corte di cassazione ha dato alla norma costituzionale in parola un'interpretazione molto ampia – riconoscendole un immediato valore precettivo e introducendo così nel sistema il cd. ricorso straordinario per cassazione⁴ – che ha esteso il controllo di legittimità di detta Corte in una duplice direzione: da un lato, sono state ritenute soggette al ricorso per cassazione le sentenze pronunciate dai giudici ordinari e speciali in grado di appello o in unico grado, pur se qualificate dalla legge come non impugnabili; dall'altro, è stato ritenuto che la norma costituzionale non si riferisca alle «sentenze» in senso formale, cioè a quei provvedimenti definiti come tali dall'organo che li pronuncia ed aventi le forme previste dall'art. 132 c.p.c., bensì a tutti i provvedimenti comunque qualificati e in qualsiasi forma pronunciati, i quali abbiano tuttavia «natura decisoria»⁵ e quindi sostanza di sentenza e non siano altrimenti impugnabili.

Questa interpretazione estensiva, caldeggiata sin dall'inizio degli anni 50 e sostenuta anche negli anni successivi da gran parte della dottrina⁶, è stata accolta dalla sentenza delle Sezioni Unite 30 luglio 1953, n. 2593 ed è stata ribadita per lungo tempo, nonostante i numerosi dubbi sollevati al riguardo da parte della dottrina⁷.

In particolare va evidenziato che tre sono le pronunce fondamentali di legittimità in tema di ricorso straordinario per cassazione che non possono essere obliterate in un sia pur rapido *excursus* storico a partire dall'entrata in vigore della Costituzione italiana.

⁴ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2009, II, 512.

⁵ V., *ex multis*, Cass. 3/12/1996, n. 10771; Cass. 6/02/2004, n. 2235; Cass., ord., 11/03/2006, n. 5377.

⁶ L. BIANCHI D'ESPINOSA, *L'art. 111 della Costituzione e le sentenze impugnabili per cassazione* in Foro pad. 1951, IV, 121; Idem, *Ricorso per cassazione a norma dell'art. 111 della Costituzione*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1957, p. 1015; Idem, *La Costituzione e il ricorso per cassazione*, in Riv. dir. processuale, 1962, p. 205; E. Garbagnati, in Riv. dir. processuale, 1967, p. 356; C. MANDRIOLI, *L'assorbimento dell'azione civile di nullità e l'art. 111 della Costituzione*, Milano, 1967, p. 35; A. CERINO CANOVA, *La garanzia costituzionale del giudicato civile*, in Studi Liebman, Milano 1979, vol. II, p. 1853 e in Riv. dir. civ., 1977, p. 395.

⁷ V. CALAMANDREI – Furno, voce *Cassazione civile*, in Noviss. Dig. It., vol. II, Torino, 1958, p. 1068; Andrioli, *Commento*, II, p. 449 e *Diritto processuale civile*, p. 843; E. FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 1960, p. 55.

Le due nozioni-chiave della disposizione costituzionale già richiamata sono “sentenza” e “violazione di legge” ed è proprio alla luce di tali nozioni che si passa ad esaminare le predette tre sentenze di legittimità.

2.1. Per quanto riguarda la prima nozione-chiave, è indispensabile il richiamo alla sentenza delle Sezioni Unite della S.C., n. 2593 del 30/07/1953.

Con tale pronuncia è stato affermato che «*a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 111 della Costituzione, tutti i provvedimenti decisori, ancorché siano dichiarati sentenze non impugnabili o siano definiti ordinanze dalle leggi anteriori, sono impugnabili con ricorso alla Cassazione per violazione di legge*». Nella specie esaminata dalla S.C., è stato dichiarato ammissibile il ricorso ai sensi dell'art. 111 Cost. contro l'ordinanza con cui il giudice, decidendo un'opposizione a decreto ingiuntivo in materia di spese e di onorari di avvocati e procuratori, provvede alla liquidazione di tali onorari, trattandosi di ordinanza che, ancorché dichiarata non impugnabile dall'art. 29 della l. 794/1942, ha carattere decisorio.

Si afferma così l'orientamento che fa riferimento alla nozione della sentenza in senso sostanziale⁸, secondo cui è irrilevante la forma del provvedimento (sentenza, ordinanza o decreto) dovendosi, invece, aver riguardo alla “sostanza” del provvedimento⁹.

È pur vero che l'art. 279 cod. proc. civ. stabilisce il legame necessario tra sentenza e contenuto decisorio (per cui la sentenza ha sempre contenuto decisorio), tuttavia, l'art. 131 cod. proc. civ. afferma che il legislatore stabilisce i casi in cui il

⁸ Per ampi riferimenti al riguardo, v. R. FRASCA, *Nuove tendenze e vecchi problemi della giurisprudenza della Corte in tema di ricorso straordinario*, in *L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di cassazione*, Raccolta di studi in memoria di Antonio Brancaccio, Giuffrè, 2013, VII, 298 e ss.

⁹ La giurisprudenza della S.C. – come già in sostanza evidenziato all'inizio del § 2 – ha riconosciuto immediato valore precettivo alla norma costituzionale già richiamata, ampliando, in tal modo, l'ambito dei provvedimenti impugnabili con il ricorso per cassazione, orientandosi – sia pure in contrasto con parte rilevante della dottrina (v. Calamandrei – Furno, *Cassazione civile*, 1068; Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1956, II, p. 449) – ad applicare l'art. 111, secondo (ora settimo) comma Cost. non solo ai provvedimenti aventi la forma di sentenza ma anche ad ogni provvedimento emesso in forma diversa dalla sentenza, purché incida su diritti soggettivi, abbia natura decisoria e non sia altrimenti impugnabile. È stato affermato (Mandrioli, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2011, p. 541) che in tal modo si riconosce che nella richiamata norma costituzionale la parola “sentenza” ha un significato diverso – anche sotto il profilo formale – di quello col quale è col quale è impiegato nel codice, ossia un significato che include ogni provvedimento giudiziario decisorio che incide su diritti ed è idoneo al giudicato.

Un autorevole studioso si è dedicato, in particolare, ad individuare i fondamenti storici e sistematici di quella che lo stesso definisce «nozione costituzionale di sentenza» (Cerino Canova, *La garanzia costituzionale*, p. 420 e sgg.).

giudice adotta sentenza, ordinanza o decreto e, pertanto, non può *a priori* escludersi che un provvedimento non in forma di sentenza possa avere contenuto decisorio. Il legislatore, infatti, ben può prescrivere che debba adottarsi la forma di ordinanza piuttosto che quella di sentenza per mere ragioni di opportunità (celerità nella stesura del provvedimento e nella definizione della controversia) e non in ragione del contenuto (decisorio o meno) che il provvedimento è destinato ad assumere.

Le Sezioni Unite del 1953 affermano che l'art. 111 Cost. ha la chiara finalità di ammettere il ricorso per cassazione contro provvedimenti rispetto ai quali la legge esclude ogni impugnazione o il ricorso per cassazione, ovvero lo limita, non consentendolo per violazione di legge. La garanzia dell'impugnazione in cassazione va però collegata alla natura decisoria del provvedimento, in quanto solo per il provvedimento a contenuto decisorio – avendo esso la capacità di provocare pregiudizi irreparabili – si impone la garanzia del riesame da parte del giudice superiore; un siffatto esame è, invece, superfluo per il provvedimento a contenuto ordinatorio. Peraltro, una nozione formale di sentenza attribuirebbe al legislatore il potere di escludere insindacabilmente quando un provvedimento – nonostante il suo contenuto decisorio – sia soggetto all'impugnazione in cassazione per violazione di legge.

Va poi rimarcato che se la valutazione caso per caso della decisorietà del provvedimento si rende necessaria per decreti ed ordinanze, lo stesso non vale per le sentenze, le quali, per la sola forma che assumono, il ricorso straordinario per cassazione è sempre ammissibile.

Pertanto, mentre l'elemento formale è svalutato in ordinanze e decreti, la valutazione della natura sostanziale del provvedimento è, invece, irrilevante per le sentenze, in quanto la forma è sufficiente per ammettere il ricorso (ordinario, o straordinario se la sentenza è dichiarata non impugnabile, come avviene per l'opposizione agli atti esecutivi, v. il vigente art. 618 cod. proc. civ.).

Per mera precisazione, va peraltro sottolineato che l'elaborazione della nozione di sentenza in senso sostanziale si riferisce alle ipotesi in cui sia la volontà del legislatore (astratta) a prescrivere che il provvedimento decisorio assuma la forma di ordinanza o di decreto; del tutto diversa è la questione che si pone quando sia il giudice ad adottare un provvedimento (in concreto) errando nella scelta della forma dello stesso. A questa seconda ipotesi si collega l'altro principio di elaborazione giurisprudenziale di "*prevalenza della sostanza sulla forma*".

L'opzione interpretativa operata dalla Corte di legittimità con la ricordata sentenza del 1953, con il conseguente distacco dall'equivalenza stabilita dal codice di rito tra decisorietà e forma di sentenza, risulta fondarsi su una profonda consapevolezza della varietà di forme che assume nell'ordinamento la cognizio-

ne (procedimenti speciali di cognizione) e, come dimostra il proliferare di riti speciali, risulta antesignana e tuttora attuale.

Dall'innovativo orientamento che prende le mosse da Cass. 2593/1953 consegue che la stessa Corte di cassazione è chiamata ad individuare quali provvedimenti abbiano la natura di "sentenza in senso sostanziale"; in via prospettica, si può anche asserire che tale apertura abbia fatto da sponda, almeno indirettamente, alla scelta del legislatore di prevedere, per ragioni di economia e celerità processuale, procedimenti speciali più "snelli" accanto al rito ordinario, conferendo ad essi "legittimità" in quanto pienamente alternativi al rito ordinario sotto il profilo dell'impugnazione in cassazione del provvedimento conclusivo adottato.

Deve evidenziarsi altresì che, proprio il gravoso compito di definire quando il provvedimento è ricorribile comporta l'onere – per la giurisprudenza – di fissare ed individuare in concreto i due requisiti fondamentali del provvedimento affinché lo stesso sia ricorribile: la decisorietà e la definitività¹⁰.

La decisorietà consiste nell'idoneità del provvedimento a decidere o incidere su situazioni soggettive di diritto o *status* e si accompagna alla capacità del provvedimento di acquisire l'efficacia del giudicato. A tale proposito va segnalato che meriterebbe maggior approfondimento, non consentito in questa sede, la questione relativa alla corrispondenza tra giudicato e contenziosità: solo il procedimento contenzioso, garantendo alle parti lo spazio per esercitare la difesa, manifesta, secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza (v. Cass., sez. un., 28/09/2016, n. 27073 e Cass, ord., 26/06/2018, n. 16862), l'attitudine al giudicato. Da ciò discende l'orientamento che esclude, con riferimento ai procedimenti camerali non contenziosi, la caratteristica della decisorietà e, quindi, la ricorribilità ex art. 111, settimo comma, Cost.

La definitività consiste, invece, nella mancanza di qualunque mezzo di riesame contro il provvedimento.

2.2. La seconda nozione chiave della norma di cui all'art. 111, settimo comma (già secondo), Cost. è quella di "violazione di legge".

A tale proposito è fondamentale, come punto di riferimento da cui partire, la sentenza delle Sezioni Unite della S.C. n. 5888 del 16/05/1992¹¹, così ufficialmente massimata: «*Con il ricorso per cassazione di cui all'art. 111, comma secondo, Cost. si possono denunziare soltanto "violazioni di legge", con riferimento sia alla legge regolatrice del rapporto sostanziale controverso, sia alla legge*

¹⁰ In tema di definitività e decisorietà v., *amplius*, R. FRASCA, *op. cit.*, p. 306 e ss.

¹¹ In Foro it., 1992, I, 1737, con nota di C.M. Barone; in Giur. it., 1994, 5, I, 1, p. 804, con nota di M. DE CRISTOFARO, *Ricorso straordinario per cassazione e censure attinenti alla difettosa motivazione (del rapporto fra art. 360, n. 5, cod. proc. civ. ed art. 111, secondo comma, Cost.)*.

regolatrice del processo. Pertanto la inosservanza del giudice civile all'obbligo della motivazione su questioni di fatto integra "violazione di legge", e come tale è denunciabile con il detto ricorso, quando si traduca in mancanza della motivazione stessa (con conseguente nullità della pronuncia per difetto di un requisito di forma indispensabile), la quale si verifica nei casi di radicale carenza di essa, ovvero del suo estrinsecarsi in argomentazioni non idonee a rivelare la "ratio decidendi" (cosiddetta motivazione apparente), o fra di loro logicamente inconciliabili, o comunque perplesse od obiettivamente incomprensibili, e sempre che i relativi vizi emergano dal provvedimento in sè, restando esclusa la riconducibilità in detta previsione di una verifica sulla sufficienza e razionalità della motivazione medesima in raffronto con le risultanze probatorie».

La nozione di violazione di legge, prima di questo arresto, era stata intesa come integrante pure il pieno controllo della motivazione del provvedimento impugnato, anche in ragione del primo comma (ora sesto) della disposizione costituzionale. In particolare, la giurisprudenza anteriore alla pronuncia in parola riteneva che la garanzia del ricorso straordinario per cassazione fosse da intendersi anche a presidio dell'obbligo di motivazione. Il ricorso per violazione di legge, dunque, non poteva che ricomprendere anche la possibilità di denunciare in sede di legittimità il vizio della motivazione.

La sentenza del 1992, relativa peraltro ad un ricorso per cassazione avverso una decisione del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, interviene in modo netto sulla giurisprudenza precedente – peraltro non del tutto univoca sul punto – traendo argomenti anche dall'allora recente modifica della norma sul ricorso (ordinario) per cassazione contenuta nel nuovo codice di procedura penale.

Secondo la Corte, l'interpretazione fino a quel momento seguita è eccessivamente rigida¹². Ad avviso della S.C., la Costituzione impone unicamente il

¹² Nella motivazione della sentenza in parola, con riferimento all'interpretazione precedente rimasta pressoché ferma – all'epoca – per oltre un quarantennio, anche se oggetto di critica da una parte della dottrina, le Sezioni Unite osservano che «*In effetti, riconnettendo l'obbligo della sufficienza e logicità della motivazione, qualificato principio generale dell'ordinamento, all'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali costituzionalmente sancito, e correlativamente ritenendo riferibile a quell'obbligo la garanzia costituzionale del ricorso per cassazione per violazione di legge, questa Corte ha sostanzialmente conferito valore costituzionale alla norma, novellata, del n. 5 dell'art. 360 c.p.c., con conseguente rigidità del sistema codificato*». E nella parte successiva della motivazione della sentenza *de qua* le medesime Sezioni Unite rilevano che: «*l'insufficiente considerazione della diversità di formulazione fra l'art. 111, 2° comma, Cost. e l'art. 360, 1° comma, c.p.c., ha contribuito a sancire – come già detto – una sorta di "costituzionalizzazione", con correlativa rigidità della disciplina del ricorso per cassazione risultante dal codice di procedura*

controllo sulla motivazione nei termini in cui è possibile dedurlo direttamente dal primo (ora sesto) comma dell'art. 111, e cioè un controllo limitato alla mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico, nonché di motivazione apparente, contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili, motivazione perplessa e obiettivamente incomprensibile. Oltre tali limiti il sindacato sulla motivazione non è costituzionalmente imposto¹³.

civile. Appare infatti evidente che se la violazione della legge menzionata nel 2° comma dell'art. 111 Cost. deve intendersi in senso comprensivo anche dei vizi di motivazione così come elencati nell'articolo del codice, quest'ultimo non potrebbe essere modificato senza una previa revisione del primo. Per conseguenza, poiché la garanzia costituzionale del ricorso per cassazione è una sola, senza distinzioni per le sentenze pronunciate nel processo civile o penale o nei processi speciali, il dilemma che viene a porsi è fra l'erroneità dell'estensione della garanzia stessa, nel sistema processualciviltistico, a tutti i vizi di motivazione di cui all'art. 360, n. 5, c.p.c., e l'incostituzionalità del più rigoroso regime introdotto nel nuovo codice di procedura penale.

Tuttavia, nell'opinione delle Sezioni Unite l'interpretazione che condurrebbe a quest'ultima grave conseguenza, ponendo in crisi la recente riforma del rito penale, è non soltanto non obbligata, ma al contrario può e deve essere abbandonata (è da rammentare che sporadiche e scarse indicazioni in tal senso, le quali non ebbero seguito, furono già espresse nelle sentenze n. 2646 del 1971 e n. 2329 del 1981).

Aggiungono, altresì, le Sezioni Unite che il legislatore del nuovo codice di procedura penale non si è sentito vincolato, nel disciplinare il ricorso per cassazione come rimedio generale contro le sentenze e contro i provvedimenti relativi alla libertà personale (oltre che contro numerosi altri), ad una nozione di "violazione di legge" quale quella già offerta da quella Corte nell'ambito del sistema processualciviltistico. Evidenziano, inoltre, che contro la nuova impostazione codicistica (di procedura penale) non risulta siano (all'epoca) state levate denunce di incostituzionalità da parte della dottrina o eccezioni di incostituzionalità a difesa di ricorsi travalicanti i limiti di cui all'art. 606, lett. e) cod. proc. pen. e che neppure risultano essere stati sollevati dubbi di costituzionalità a proposito dei tentativi (all'epoca) di riforma dell'art. 360 cod. proc. civ., volti a sopprimere o a modificare in senso restrittivo la norma del n. 5 di tale articolo. Osservano, in aggiunta, «come dato storicamente e giuridicamente assai significativo», che la giurisprudenza di legittimità precedente non si era fondata su una diretta interpretazione della norma della Costituzione ma aveva ricompreso nella garanzia costituzionale il ricorso per cassazione per vizi di motivazione sulla base dell'affermazione che esso rispondeva ad un principio generale dell'ordinamento.

¹³ Si legge, infatti, nella sentenza n. 5888 del 1992 che «*ai fini dell'applicazione diretta del secondo comma dell'art. 111 Cost. [all'epoca vigente] nei casi in cui la legge ordinaria è lacunosa, il ricorso in Cassazione riguardante la motivazione può derivare la sua disciplina soltanto dalla connessione della norma del secondo comma con quella del primo comma dello stesso articolo, la quale prescrive l'obbligo di motivare tutti i provvedimenti giurisdizionali. Raccordando la funzione di tale precetto, diretto ad assoggettare a controllo l'effettiva esplicazione del diritto di difesa delle parti nel processo e la formazione del giudizio sulla sola base della soggezione del giudice alla legge, con lo scopo della norma che sottopone tutte le sentenze al controllo di legalità della Corte di cassazione, diretta ad assicurare l'uniformità di interpretazione e applicazione del diritto oggettivo a tutela dell'uguaglianza dei cittadini e il loro giusto trattamento nel processo, si desume in primo luogo che*

In tal modo la Corte di cassazione delinea, in sostanza, la differenza tra il ricorso per cassazione ordinario e quello straordinario. Il primo, soggetto alla discrezionalità del legislatore quanto all'individuazione dei motivi proponibili, consente – ovviamente, con riferimento alla formulazione vigente al tempo della pronuncia – un più ampio ambito di censura; il secondo, invece, non direttamente disciplinato all'art. 360 cod. proc. civ., è astretto al contenuto della garanzia costituzionale e, quindi, attraverso di esso il vizio della motivazione può essere censurato solamente nei limiti della “garanzia minima voluta dal legislatore costituzionale” (e per definire tale garanzia minima le S.U. richiamano una risalente giurisprudenza della S.C., in particolare Cass. 778/49 e Cass. 19/07/1965, n. 1637).

Considerando la pronuncia del 1992 da una prospettiva a noi contemporanea, risulta evidente che, nell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale, la statuzione del 1992 ha subito conferme e smentite.

Quanto all'ambito del controllo della motivazione riservato alla Corte di cassazione, il ragionamento della sentenza n. 5888/92 ha trovato conferma nelle modifiche restrittive operate dal legislatore al n. 5 dell'art. 360 cod. proc. civ. nel 2012 con l'art. 54, comma 1, lett. b) del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 2012, n. 134¹⁴. Nella formulazione attualmente vigente, infatti, nel n. 5 in parola non si fa riferimento alla motivazione, ma all'«omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di

tra le violazioni di legge denunciabili in Cassazione non può non ricomprendersi quella dell'obbligo di rendere palesi i motivi delle decisioni, e in secondo luogo che l'oggetto della denuncia può riguardare soltanto l'esistenza della motivazione in sé, senza estendersi al confronto del contenuto della motivazione con le risultanze del processo.

Quest'ultima possibilità può ovviamente essere prevista dal legislatore ordinario che voglia mettere a disposizione delle parti una più estesa tutela e quindi, com'è nel codice di procedura civile attuale, un ricorso per cassazione dal contenuto più ampio, ma essa non rientra nella garanzia minima voluta dal legislatore costituzionale».

¹⁴ A norma dell'art. 54, comma 3, del decreto sopra richiamato, tale disposizione si applica alle sentenze pubblicate dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della legge di conversione.

Va pure evidenziato che le S.U., con la sentenza 7/04/2014, n. 8053, hanno affermato che le disposizioni sul ricorso per cassazione, di cui all'art. 54 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in legge 7 agosto 2012, n. 134, circa il vizio denunciabile ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 5, cod. proc. civ. ed i limiti d'impugnazione della “doppia conforme” ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 348-ter cod. proc. civ., si applicano anche al ricorso avverso la sentenza della Commissione tributaria regionale, atteso che il giudizio di legittimità in materia tributaria, alla luce dell'art. 62 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, non ha connotazioni di specialità; ne consegue che l'art. 54, comma 3-bis, del d.l. n. 83 del 2012, quando stabilisce che «le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano al processo tributario di cui al d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546», si riferisce esclusivamente alle disposizioni sull'appello, limitandosi a preservare la specialità del giudizio tributario di merito.

discussione tra le parti» e la nozione di violazione del “minimo costituzionale” richiesto dall’art. 111, sesto comma, Cost. è stata valorizzata dalla sentenza delle Sezioni Unite della S.C. n. 8053 del 7/04/2014, che al riguardo ha affermato il principio così ufficialmente massimato: «La riformulazione dell’art. 360, primo comma, n. 5, cod. proc. civ., disposta dall’art. 54 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in legge 7 agosto 2012, n. 134, deve essere interpretata, alla luce dei canoni ermeneutici dettati dall’art. 12 delle preleggi, come riduzione al “minimo costituzionale” del sindacato di legittimità sulla motivazione. Pertanto, è denunciabile in cassazione solo l’anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all’esistenza della motivazione in sé, purché il vizio risulti dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali. Tale anomalia si esaurisce nella “mancanza assoluta di motivi sotto l’aspetto materiale e grafico”, nella “motivazione apparente”, nel “contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili” e nella “motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile”, esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di “sufficienza” della motivazione».

E non risulta che siano stati finora sollevati fondati dubbi sulla costituzionalità della nuova formulazione dell’art. 360, n. 5, cod. proc. civ.

Sotto altro profilo, invece, la pronuncia del 1992 di cui si sta discorrendo è stata sconfessata alcuni anni dopo dallo stesso legislatore, il quale con il d.lgs. 40/2006 ha inserito un ultimo comma nell’art. 360 cod. proc. civ. che stabilisce che *«le disposizioni di cui al primo comma e terzo comma si applicano alle sentenze ed ai provvedimenti diversi della sentenza contro i quali è ammesso il ricorso per cassazione per violazione di legge».*

Pertanto, secondo la normativa di rito attualmente vigente, i motivi del ricorso per cassazione sono gli stessi, sia che si tratti del mezzo ordinario sia che si tratti di quello straordinario.

Va pure sottolineato che l’intervento del legislatore è stato all’epoca sicuramente opportuno, in quanto, pur essendo condivisibile l’argomentazione espressa dalle Sezioni Unite del 1992 sull’effettiva consistenza della garanzia costituzionale del controllo della motivazione, risultava sicuramente problematico e poco convincente che la riduzione del sindacato sul difetto di motivazione operasse solo per il ricorso straordinario, con conseguenti dubbi di ragionevolezza (art. 3 Cost.) rispetto al ricorso ordinario.

È del tutto evidente che la sentenza in parola, al di là della condivisibilità o meno dell’apparato motivazionale offerto, costituisce rispetto alle aperture di cui al già richiamato arresto del 1953, un punto di svolta, evidenziandosi che la Corte di cassazione, proprio negli anni 90, era impegnata nel dibattito sulla crisi dovuta al sempre crescente carico dei suoi ruoli e sulla difficoltà ad esercitare, proprio per questo, la sua funzione nomofilattica e risultando ormai chiaro – come evi-

denziato a gran voce dalla dottrina – che l'apertura interpretativa sull'art. 111 Cost. degli anni Cinquanta è risultata controproducente: da strumento per estendere la funzione nomofilattica della Corte in aree prima precluse al controllo di legittimità, è diventata poi fonte di un contenzioso che, per le sue dimensioni, è diventato ingestibile e non sostenibile.

2.3. Nell'ideale percorso giurisprudenziale delineato all'inizio del presente paragrafo, particolarmente interessante risulta l'esame della sentenza del 3/03/2003, n. 3073¹⁵, con cui le Sezioni Unite della S.C., a composizione di un contrasto, hanno affermato che, qualora il provvedimento impugnato sia privo dei caratteri della decisorietà in senso sostanziale (come nel caso dei provvedimenti resi in tema di omologazione, iscrizione e pubblicazione di deliberazioni assembleari di società, secondo le previsioni degli artt. 2411 e 2436 c.c., nella disciplina anteriore all'entrata in vigore delle norme di semplificazione dettate dall'art. 32 della legge 24 novembre 2000, n. 340), il ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost. non è ammissibile neppure se il ricorrente lamenti la lesione di situazioni aventi rilievo processuale, quali espressione del diritto di azione, ed in particolare del diritto al riesame da parte di un giudice diverso, atteso che la pronuncia sull'osservanza delle norme che regolano il processo, disciplinando i presupposti, i modi ed i tempi con i quali la domanda può essere portata all'esame del giudice, ha necessariamente la medesima natura dell'atto giurisdizionale cui il processo è preordinato e non può, pertanto, avere autonoma valenza di provvedimento decisorio, se di tale carattere detto atto sia privo, stante la strumentalità della problematica processuale e la sua idoneità a costituire oggetto di dibattito soltanto nella sede, e nei limiti, in cui sia aperta o possa essere riaperta la discussione nel merito.

Nella specie esaminata dalle Sezioni Unite, era stato impugnato il decreto con il quale la Corte d'appello – adita dal socio dissenziente avverso il decreto del tribunale di omologazione di una deliberazione modificativa dell'atto costitutivo di una società per azioni con riguardo alla durata della società – aveva rigettato il reclamo per carenza di legittimazione attiva del socio dissenziente, ritenuto non abilitato a partecipare al procedimento di omologazione della delibera modificatrice dell'atto costitutivo, né ad impugnare il correlato decreto di omologazione. Le S.U., enunciando il ricordato principio, hanno dichiarato inammissibile il proposto ricorso straordinario per cassazione.

In sostanza, il provvedimento a contenuto processuale (relativo cioè a diritti soggettivi processuali, quale il diritto al riesame o all'impugnazione) non può assumere i caratteri di definitività e decisorietà se tali caratteri non sono propri

¹⁵ In Foro it., 2003, 7, I, 2090.

della decisione di merito. Il diritto d'azione è strumentale rispetto al diritto sostanziale, per cui al diritto processuale non può essere attribuita più ampia tutela rispetto a quella che è ammessa contro l'atto ad effetti sostanziali (il provvedimento conclusivo).

Peraltro, le Sezioni Unite hanno pure precisato che, in tal modo, la tutela giurisdizionale non subisce alcun pregiudizio – sicché è inconferente nella specie il richiamo all'art. 24 Cost. – in quanto: a) la parte può in ogni tempo chiedere la modifica o la revoca del decreto (ai sensi dell'art. 742 cod. proc. civ.), trattandosi di provvedimento inidoneo al giudicato e quindi a determinare le preclusioni ad esso connesse; b) perché essa può azionare nelle forme ordinarie il diritto vantato (con riferimento alla specie in quella sede esaminata, impugnando la delibera modificatrice dell'atto costitutivo).

2.4. A conclusione di questo percorso ideale e tirando le fila del discorso, può affermarsi che la giurisprudenza di legittimità, dopo aver confermato per decenni l'orientamento volto ad ampliare l'ambito di operatività del ricorso straordinario, considerato garanzia ineliminabile, e, quindi, da ritenere esperibile in relazione ad una sempre più vasta gamma di provvedimenti possibili, aventi le caratteristiche già sopra individuate, e con riferimento alle forme più estese di motivi di censura, si è successivamente attestata, tendenzialmente, su una posizione più rigorosa che ha progressivamente ridimensionato lo spazio di operatività del ricorso in parola, sia sotto il profilo dei provvedimenti impugnabili (sul punto non sempre coerentemente), sia sotto il profilo dei motivi di ricorso (questione, quest'ultima ormai superata dal già richiamato intervento del legislatore del 2006).

Potrebbe a prima vista apparire porsi in controtendenza rispetto al *trend* evidenziato la sentenza delle Sezioni Unite della S.C. 2/02/2016, n. 2016. Tale consenso, pronunciando sul contrasto venutosi a creare sulla censurabilità o meno dell'ordinanza di cui all'art. 348-ter cod. proc. civ., dichiarativa dell'inammissibilità dell'appello per mancanza di ragionevole probabilità di accoglimento, e a fronte del silenzio del legislatore a tale riguardo, ha affermato che la ricorribilità per cassazione di tale ordinanza, ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost., limitatamente ai vizi suoi propri costituenti violazioni della legge processuale (quali, per mero esempio, l'inosservanza delle specifiche previsioni di cui agli artt. 348-bis, comma 2, e 348-ter, commi 1, primo periodo, e 2, primo periodo, cod. proc. civ.), purché compatibili con la logica e la struttura del giudizio ad essa sotteso. Ma, come pure evidenziato autorevolmente in dottrina¹⁶, più che essere indicativa di

¹⁶ R. TISCINI, *Ricorso straordinario in cassazione, evoluzioni giurisprudenziali, certezze e incertezze*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2018, 11, 847 e ss.; della medesima A., v. anche lo scritto fondamentale *Il ricorso straordinario in cassazione*, Torino, 2005.

un ritorno al passato e all'opzione estensiva operata dalla S.C. nel 1953, la decisione del 2016 va letta alla luce della particolarità della situazione processuale prevista dagli articoli del codice di rito appena richiamati ed alla necessità di porre rimedio ad una lacuna legislativa.

Come è stato evidenziato in dottrina¹⁷, l'orientamento più recente della S.C. in relazione al ruolo e ai confini del ricorso straordinario per cassazione non è stato stravolto dalla sentenza n. 1914 del 2016, ben potendo ritenersi che l'esigenza, riconosciuta da più parti, di assicurare all'ordinanza filtro in parola un riesame impugnatorio nel caso sottoposto allo scrutinio delle S.U., abbia indotto queste ultime ad ammettere il rimedio straordinario al fine di evitare «arbitri» del giudice di appello ed impedire un sovraccarico di contenzioso, in quanto le questioni deducibili in appello – ma in concreto negate, qualora l'impugnazione fosse indebitamente dichiarata inammissibile per ragioni processuali – finirebbero per ricadere comunque sulla Corte di cassazione, una volta escluso l'appello e negata l'impugnazione avverso l'ordinanza ex art. 348-ter cod. proc. civ. – attraverso il ricorso per cassazione contro la sentenza di primo grado¹⁸.

4. La giurisprudenza sul tema all'esame degli ultimi cinque anni

4.1. In tema di ordinanza che dichiara l'appello inammissibile in assenza di ragionevole probabilità di accoglimento (art. 348-bis c.p.c.)

Sez. Un., Sentenza n. 1914 del 2/02/2016 (Rv. 638368-01), Rovelli, est. Di Iasi, già sopra richiamata e così ufficialmente massimata:

«L'ordinanza di inammissibilità dell'appello resa ex art. 348-ter c.p.c. è ricorribile per cassazione, ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost., limitatamente ai vizi suoi propri costituenti violazioni della legge processuale (quali, per mero esempio, l'inosservanza delle specifiche previsioni di cui agli artt. 348-bis, comma 2, e 348-ter, commi 1, primo periodo e 2, primo periodo, c.p.c.), purché compatibili con la logica e la struttura del giudizio ad essa sotteso».

4.2. In tema di provvedimento della Corte d'appello reso in sede di reclamo ai sensi dell'art. 814 c.p.c. per la liquidazione del compenso degli arbitri.

¹⁷ R. TISCINI, *Ricorso straordinario in cassazione, evoluzioni giurisprudenziali, certezze e incertezze*, cit., p. 851-852, Idem, *Impugnabilità dell'ordinanza filtro per vizi propri. L'apertura delle Sezioni Unite al ricorso straordinario*, in *Il Corriere giur.*, 8-9, 2016, 1137 e ss.

¹⁸ V.R. TISCINI, op. ult. cit., secondo cui *«l'accesso in cassazione ex art. 111, comma 7° Cost., avverso l'ordinanza filtro viziata per ragioni proprie è da leggersi quale "male minore" rispetto ad una alternativa che potrebbe rivelarsi deteriore nella prospettiva del sovraccarico del contenzioso».*

Sez. Un., Sentenza n. 25045 del 07/12/2016 (Rv. 641779-02), Pres. Canzio, Est. Ragonesi, così ufficialmente massimata:

«Alla luce della compiuta giurisdizionalizzazione dell'arbitrato operata dal d.lgs. n. 40 del 2006, deve ritenersi ammissibile il ricorso straordinario per cassazione avverso l'ordinanza resa dalla corte di appello, in sede di reclamo, contro il provvedimento del presidente del tribunale di determinazione del compenso degli arbitri ex art. 814 c.p.c. come riformato dal d.lgs. citato, atteso che quell'ordinanza ha natura giurisdizionale a tutti gli effetti, ed è caratterizzata dai requisiti di decisorietà e definitività, incidendo sul diritto soggettivo al compenso con efficacia di giudicato senza che ne sia possibile la modifica o revoca attraverso l'esperimento di alcun altro rimedio giurisdizionale».

4.3. In tema di provvedimenti cautelari d'urgenza anticipatori

Sez. Un., Ordinanza, n. 6039 del 28/02/2019 (Rv. 652978-01), Pres. Curzio – Est. Bruschetta, così ufficialmente massimata:

«Nel sistema processuale delineatosi, in tema di procedimenti cautelari, a seguito delle modifiche di cui all'art. 2, comma 3, lett. e bis, del d.l. n. 35 del 2005, convertito, con modificazioni, nella l. n. 80 del 2005, (così come nel precedente) contro i provvedimenti urgenti anticipatori degli effetti della sentenza di merito, emessi “ante causam” ai sensi dell'art. 700 c.p.c., non è proponibile il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., in quanto tali provvedimenti sono privi di stabilità e inadeguati al giudicato, ancorché nessuna delle parti del procedimento cautelare abbia interesse ad iniziare l'azione di merito. Peraltro il ricorso proposto non può essere esaminato, benché il ricorrente lo richieda, neppure come ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione ai sensi dell'art. 41 c.p.c., essendo anch'esso inammissibile finché l'istante non abbia iniziato il giudizio di merito».

4.4. In tema di provvedimenti *de potestate*

Sez. Un., Sentenza n. 32359 del 13/12/2018 (Rv. 651820-02), Pres. Mammone – Est. Sambito, così ufficialmente massimata:

«I provvedimenti “de potestate”, emessi dal giudice minorile ai sensi degli artt. 330 e 333 c.c., hanno attitudine al giudicato “rebus sic stantibus”, in quanto non sono revocabili o modificabili salva la sopravvenienza di fatti nuovi; pertanto, il decreto della corte di appello che, in sede di reclamo, conferma, revoca o modifica i predetti provvedimenti, è impugnabile mediante ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost.»

Sez. 1, Ordinanza n. 28724 del 16/12/2020 (Rv. 659934-01), Pres. Genovese – Est. Caradonna, così ufficialmente massimata:

«È inammissibile il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost. avverso i provvedimenti provvisori “de potestate” (nella specie: il decreto

con il quale il tribunale autorizza i servizi sociali a sospendere gli incontri tra il genitore ed il figlio), trattandosi di provvedimenti privi dei caratteri della decisorietà poiché sprovvisti di attitudine al giudicato “rebus sic stantibus” per la loro provvisorietà, nonché della definitività, in quanto non sono emessi a conclusione di un procedimento e possono essere revocati, modificati o riformati dallo stesso giudice che li ha emessi anche in assenza di nuovi elementi sopravvenuti».

4.5. In tema di provvedimenti in materia fallimentare

Sez. Un., Sentenza n. 27073 del 28/12/2016 (Rv. 641811-01 e Rv. 641811-02), Pres. Rordorf – Est. De Chiara, così ufficialmente massimata:

- massima n. 1: *«Il decreto con cui il tribunale dichiara l'inammissibilità della proposta di concordato, ai sensi dell'art. 162, comma 2, l.fall. (eventualmente, anche a seguito della mancata approvazione della proposta, ai sensi dell'art. 179, comma 1) ovvero revoca l'ammissione alla procedura di concordato, ai sensi dell'art. 173, senza emettere consequenziale sentenza dichiarativa del fallimento del debitore, non è soggetto a ricorso per cassazione ex art. 111, comma 7, Cost., non avendo carattere decisorio. Invero, tale decreto, non decidendo nel contraddittorio tra le parti su diritti soggettivi, non è idoneo al giudicato»;*

- massima n. 2: *«Il decreto con cui il tribunale definisce (in senso positivo o negativo) il giudizio di omologazione del concordato preventivo, senza emettere consequenziale sentenza dichiarativa del fallimento del debitore, ha carattere decisorio, poiché è emesso all'esito di un procedimento di natura contenziosa ed è, quindi, idoneo al giudicato, ma, essendo reclamabile ai sensi dell'art. 183, comma 1, l.fall., non è definitivo e, quindi, soggetto a ricorso straordinario per cassazione ex art. 111, comma 7, Cost., il quale è, invece, proponibile avverso il provvedimento della corte d'appello conclusivo del giudizio sull'eventuale reclamo».*

Sez. 1, Ordinanza n. 3871 del 17/02/2020 (Rv. 657057-01), Pres. De Chiara – Est. Ferro, così ufficialmente massimata:

«Il decreto di liquidazione del compenso al curatore deve essere specificamente motivato in ordine alle opzioni discrezionali adottate dal giudice di merito così come demandategli dall'art. 39 l.fall. e dalle norme regolamentari ivi richiamate, con conseguente nullità del decreto predetto qualora lo stesso risulti del tutto privo di motivazione, ovvero corredato di parte motiva soltanto apparente, denunciabile con ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost.; la motivazione tuttavia può essere anche implicita, ossia integrata dal contenuto dell'istanza e dai relativi allegati, ma con richiami espliciti ai parametri applicati, non bastando il mero richiamo all'istanza del curatore, se privo dei criteri in concreto adottati».

Sez. 1, Sentenza n. 4346 del 20/02/2020 (Rv. 657080-01), Pres. Federico – Est. Amatore, così ufficialmente massimata:

«Il decreto emesso dal tribunale in sede di reclamo, ai sensi dell'art. 36, comma 2, l.fall., sul provvedimento reso dal giudice delegato in ordine all'impugnativa del programma di liquidazione adottato dal curatore non ha natura definitiva e decisoria, in quanto non incide con efficacia di giudicato su situazioni soggettive di natura sostanziale, rientrando viceversa tra i provvedimenti di controllo sull'esercizio del potere amministrativo del curatore, espresso attraverso un atto avente funzione pianificatrice e di indirizzo; ne consegue che il decreto non è impugnabile con ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.».

Sez. 1, Ordinanza n. 25316 dell'11/11/2020 (Rv. 659732-01), Pres. Cristiano – Est. Ferro, così ufficialmente massimata:

«In tema di concordato fallimentare, il provvedimento del tribunale che in sede di reclamo confermi il decreto con cui il giudice delegato ha respinto la domanda di concordato, sostituendosi al prescritto parere del comitato dei creditori, ai sensi dell'art. 41 l.fall., manca del carattere di decisorietà e definitività, non precludendo la riproponibilità della proposta, sicchè non è impugnabile con il ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.».

Sez. 1, Ordinanza n. 25445 dell'11/11/2020 (Rv. 659735-01), Pres. Cristiano – Est. Campese, così ufficialmente massimata:

«In tema di concordato preventivo “con riserva”, non è ricorribile per cassazione ex art. 111 Cost., difettando del carattere della decisorietà, il decreto della corte d'appello reiettivo del reclamo proposto avverso il provvedimento del tribunale che abbia concesso un termine per il deposito della proposta, del piano e della documentazione di cui all'art. 161, commi 2 e 3, l.fall.».

Sez. 1, Ordinanza n. 30454 del 21/11/2019 (Rv. 656272-01), Pres. Didone – Est. Pazzi, così ufficialmente massimata:

«Il provvedimento con il quale il Tribunale rigetta il reclamo avverso il decreto del giudice delegato che, a seguito di trasferimento immobiliare, dispone la cancellazione delle ipoteche, ai sensi dell'art. 108, comma 2, l.fall., è ricorribile per cassazione ex art. 111, comma 7, Cost., stante la sua incidenza sui diritti reali di garanzia che diversamente verrebbero sacrificati in via definitiva, non essendo detto provvedimento altrimenti impugnabile».

4.6. In tema di azione di classe

Sez. Un., Sentenza n. 2610 dell'1/02/2017 (Rv. 642267-01), Pres. Rordorf – Est. Petitti, così ufficialmente massimata:

«L'ordinanza di inammissibilità dell'azione di classe proposta ex art. 140-bis del d.lgs. n. 206 del 2005, adottata dalla corte di appello in sede di recla-

mo, non è impugnabile con il ricorso ex art. 111, comma 7, Cost., ove la detta azione sia finalizzata ad ottenere la tutela risarcitoria di un pregiudizio subito dai singoli appartenenti alla classe e non anche di un interesse collettivo, essendo il medesimo diritto tutelabile attraverso l'azione individuale volta ad ottenere il risarcimento del danno; peraltro, la dichiarazione di inammissibilità preclude la riproposizione dell'azione da parte dei medesimi soggetti, ma non ad opera di tutti gli altri appartenenti alla classe che non abbiano aderito all'azione oggetto di quella declaratoria».

4.7. In tema di provvedimenti di volontaria giurisdizione in materia di accettazione beneficiata dell'eredità

Sez. Un., Sentenza n. 11849 del 15/05/2018 (Rv. 648546-01), Pres. Petitti – Est. Manna, così ufficialmente massimata:

«Il decreto con cui la Corte di appello rigetta o dichiara inammissibile la domanda di separazione dei beni mobili del defunto da quelli dell'erede, ex art. 517 c.c., pur essendo un provvedimento di volontaria giurisdizione, è impugnabile con ricorso straordinario per cassazione ex art. 111, comma 7, Cost., in quanto idoneo, una volta decorso il termine di decadenza di cui all'art. 516 c.c., ad incidere definitivamente in maniera negativa sul diritto del creditore del “de cuius” a costituirsi un titolo di preferenza, sui beni oggetto della garanzia patrimoniale su cui aveva fatto affidamento, rispetto ai creditori particolari dell'erede».

4.8. In tema di processo esecutivo

Sez. 6-3, Ordinanza n. 27614 del 3/12/2020 (Rv. 660055-01), Pres. Amendola – Est. Tatangelo, così ufficialmente massimata:

«In tema di estinzione del processo di esecuzione, non sono impugnabili con ricorso straordinario per cassazione, mancando il carattere della definitività: a) l'ordinanza di estinzione, nella parte recante regolamento delle spese del processo estinto, avverso la quale è esperibile il reclamo al collegio ex art. 630, ultimo comma, c.p.c.; b) i provvedimenti consequenziali all'estinzione, adottati dal giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 632, comma 2, c.p.c., in quanto suscettibili di opposizione agli atti esecutivi».

4.9. In tema di procedimento civile in genere

Sez. 6-3, Ordinanza n. 5712 del 3/03/2020 (Rv. 657298-01), Pres. Frasca – Est. D'Arrigo, così ufficialmente massimata:

«Qualora l'appello (nella specie, avanzato avverso una sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 617 c.p.c.) sia inammissibile in quanto strumento processuale radicalmente diverso da quello corretto, non può operare la “translatio iudicii” perché l'impugnazione proposta è inidonea, anche solo in astratto, a configurare l'instaurazione di un regolare rapporto processuale, né l'appello può convertirsi in ricorso per cassazione, giacché difetta dei requisiti di va-

lidità dell'atto nel quale dev'essere convertito, essendo il ricorso di legittimità, mezzo di impugnazione a critica vincolata (a maggior ragione, se proposto in via straordinaria ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost.), strutturalmente diverso».

Sez. 1, Ordinanza n. 18611 del 7/09/2020 (Rv. 659232-01), Pres. Giancola – Est. Parise, così ufficialmente massimata:

«L'ordinanza di rigetto dell'istanza di ricusazione non è impugnabile con il ricorso straordinario per Cassazione: essa infatti, pur avendo natura decisoria (atteso che decide su un'istanza diretta a far valere concretamente l'imparzialità del giudice, la quale costituisce non soltanto un interesse generale dell'amministrazione della giustizia, ma anche, se non soprattutto, un diritto soggettivo della parte) manca tuttavia del necessario carattere della definitività, in quanto la non impugnabilità "ex se" dell'ordinanza non esclude che il suo contenuto sia suscettibile di essere riesaminato nel corso dello stesso processo attraverso il controllo sulla pronuncia resa dal (o col concorso del) "iudex suspectus". L'eventuale vizio causato dalla incompatibilità del giudice invano ricusato si converte in motivo di nullità dell'attività spiegata dal giudice stesso, e quindi di gravame della sentenza da lui emessa».

Sez. 6-1, Ordinanza n. 19162 del 15/09/2020 (Rv. 658838-01), Pres. Ferro – Est. Falabella, così ufficialmente massimata:

«Contro una sentenza di primo grado ed in assenza dell'accordo tra le parti per omettere l'appello, non è ipotizzabile il rimedio del ricorso straordinario per cassazione, in quanto l'art. 111, comma 7, Cost. ha la finalità di ammettere tale mezzo di impugnazione solo contro provvedimenti per i quali la legge non prevede o limita il ricorso per cassazione, con esclusione di quelli per i quali è possibile l'appello».

4.10. In tema di protezione internazionale

Sez. 1, Ordinanza n. 18801 del 10/09/2020 (Rv. 658814-01), Pres. Tria – Est. Solaini, così ufficialmente massimata:

«In tema di procedimenti in materia di protezione internazionale, non è suscettibile di ricorso straordinario per cassazione la statuizione sulla richiesta di sospensione, ex art. 35-bis, comma 13, d.lgs. n. 25 del 2008, degli effetti del decreto del tribunale che si sia pronunciato sulla domanda di protezione, non trattandosi di provvedimento di natura decisoria, considerato che, anche in caso di mancata sospensione degli effetti del decreto di rigetto della menzionata domanda, la sfera giuridica del richiedente non rimane compromessa in via definitiva, ma solo temporanea, potendo egli beneficiare integralmente, in caso di esito favorevole del giudizio di legittimità, dell'eventuale riconoscimento dello "status" di rifugiato, della protezione sussidiaria o di quella umanitaria».

Sez. 1 –, Sentenza n. 11756 del 17/06/2020 (Rv. 657955-01), Pres. Acierno – Est. Acierno, così ufficialmente massimata:

«Nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale la Corte di cassazione non è competente a pronunciarsi sull'istanza di sospensiva dell'esecutività del provvedimento impugnato, poiché l'art. 35 del d.lgs. n. 25 del 2008 attribuisce tale potere in via esclusiva al giudice che ha adottato il provvedimento impugnato, come già previsto in via generale dall'art. 373, comma 1, c.p.c.; né davanti al giudice di legittimità può essere impugnato il rigetto dell'istanza di sospensiva pronunciato dal giudice di merito, trattandosi di provvedimento non definitivo a contenuto cautelare, in relazione al quale è inammissibile il ricorso straordinario ex art. 111 Cost.».

4.11. In tema di condominio

Sez. 6-2, Ordinanza n. 15995 del 28/07/2020 (Rv. 658464-01), Pres. Lombardo – Est. Scarpa, così ufficialmente massimata:

«In tema di condominio negli edifici, non è ammesso il ricorso straordinario per cassazione contro il decreto della Corte di appello che, in sede di reclamo, abbia provveduto sulla domanda di revoca dell'amministratore, al fine di proporre, sotto forma di vizi "in iudicando" o "in procedendo", censure che rimettano in discussione la sussistenza o meno di gravi irregolarità nella gestione (nella specie, riconducibili alla mancata convocazione dell'assemblea), perché tale statuizione, adottata all'esito di un procedimento di volontaria giurisdizione, è priva di efficacia decisoria e non incide su situazioni sostanziali di diritti o "status", potendo invece il decreto essere impugnato davanti al giudice di legittimità limitatamente alla statuizione sulle spese di giudizio, concernente posizioni giuridiche soggettive di debito e credito, che discendono da un autonomo rapporto obbligatorio».

4.12. In tema di successioni

Sez. U –, Sentenza n. 10107 del 16/04/2021 (Rv. 661209-01), Pres. Tirelli – Est. Crisculo, così ufficialmente massimata:

«In tema di esonero dell'esecutore testamentario dal suo ufficio, il provvedimento del presidente del tribunale è reclamabile davanti al presidente della corte d'appello, ma la decisione assunta da quest'ultimo non è impugnabile per cassazione con ricorso straordinario ex art. 111 Cost., mancando dei caratteri della decisorietà e definitività in senso sostanziale; non rileva in senso contrario la denuncia di un vizio di giurisdizione o competenza, posto che la pronuncia sull'osservanza delle norme che regolano il processo mutua la natura dell'atto giurisdizionale cui il processo è preordinato e, pertanto, non può aver autonoma valenza di provvedimento decisorio e definitivo, se di tali caratteri quell'atto sia privo».

Le attribuzioni della Procura generale: l'intervento del p.m. nel giudizio civile di legittimità e il ricorso nell'interesse della legge

SOMMARIO: 1. Premessa. Due aspetti di un'unica questione. – 2. Brevi cenni sistematici sul P.M. nel giudizio civile. – 3. IL P.M. nel quadro della funzione di legittimità (e la sua distinzione rispetto al merito). – 4. Necessità di criteri. – 5. Tre linee operative: (a) conclusioni scritte; (b) modi e contenuti di intervento sul rito; (c) funzione di spoglio. – 6. L'intervento del PG presso la Cassazione nell'attuale quadro organizzativo e funzionale dell'Ufficio. La normativa dell'emergenza epidemiologica: prospettive. – 7. Cosa intendiamo per interesse "della legge". – 8. L'istanza per l'affermazione di principio nell'interesse della legge. Struttura, funzione e limiti dell'istituto di cui all'art. 363 c.p.c. nel quadro della formazione giurisprudenziale del diritto.

1. Premessa. Due aspetti di un'unica questione

Il presente documento espone, in maniera sintetica, alcuni spunti di riflessione nell'ambito del Corso, per fornire una informazione di taglio pratico intorno alle attribuzioni dell'Ufficio requirente di legittimità nel settore civile, partendo da alcuni presupposti di inquadramento di sistema, necessari per definire il senso e le finalità dell'attività della Procura generale in questa materia, oggi e in prospettiva. Il documento segue pertanto la ripartizione di fondo tra i due aspetti del titolo (intervento del P.M.; ricorso nell'interesse della legge), che, benché evidentemente tra loro connessi, sono suscettibili di trattazione autonoma: l'uno guarda alla funzione assegnata nell'ordinamento, l'altro illustra uno strumento possibile di quella funzione.

2. Brevi cenni sistematici sul P.M. nel giudizio civile

La presenza del p.m. nell'ambito del giudizio civile *in generale* è stata oggetto di diverse impostazioni circa la funzione che vi svolge, sul piano della ricerca della ragione d'essere delle previsioni di legge che la stabiliscono, ora imponendola ora rendendola facoltativa, anche secondo criteri di opportunità pratica.

Le analisi della dottrina circa il p.m. nel settore civile sono state a lungo sviluppate intorno all'idea originaria di una figura *amministrativa*, ovvero sulla

base della premessa della funzione di controllo dell'operato del giudice¹, secondo una stretta correlazione tra l'aspetto ordinamentale (precostituzionale) e quello del processo.

È conseguenziale che su questa base si sia sviluppato in dottrina anche un dibattito "abolizionista" rivolto a contrarre la presenza del P.M., in un quadro costituzionale che vede il giudice soggetto solo alla legge.

Accanto a questa posizione critica v'è stata poi la peculiarità (e difficoltà) di inquadramento della figura del P.M. *agente* in giudizio (art. 69 c.p.c; art. 75 Ord. giud.), oltre a quello *interveniente*. Il potere di azione è stato in genere ricondotto all'interesse pubblico che connota alcune materie, quali definite dal legislatore e, sia pure in un quadro normativo piuttosto frammentato², si è cercata una linea comune nel sottostante interesse superindividuale o pubblicistico che caratterizza taluni ambiti dell'ordinamento.

In ogni caso, il catalogo dei casi in cui il P.M. è agente e quindi può impugnare è tassativo, essendo necessaria una esplicita previsione "di legge" (v. art. 69, art. 70 c.p.c., n. 5), avendo la giurisprudenza escluso che sia utilizzabile in chiave di legittimazione generale la formula del "chiunque vi abbia interesse" che ricorre in varie disposizioni.

¹ Non ne è possibile qui una disamina puntuale. L'idea che sovente accomuna posizioni anche diverse tra loro è quella del P.M.: come rappresentante "dello Stato". Calamandrei, nelle Istituzioni, afferma che il P.M. rappresenta lo "Stato legislatore", preposto alla tutela degli interessi pubblici. È poi maturata l'idea del P.M. quale "sostituto" processuale, ora dello Stato ora dei soggetti della cui tutela egli si fa portatore. Non sono mancate impostazioni chiovendiane, circa il P.M. quale titolare di una "mera" azione senza diritto materiale retrostante. La complessità concettuale si riflette nelle variegate definizioni che ne hanno qualificato il ruolo di soggetto nel processo: "parte imparziale" o perfino "artificiale", secondo Carnelutti; "parte pubblica" o *sui generis* etc. Sinteticamente e andando alla sostanza, la Corte cost. (sent. 2/1974) definisce il PG di legittimità come organo investito di "un'alta funzione di giustizia".

² I settori in cui è prevista l'azione/impugnazione del P.M. sono assai eterogenei: in tema di associazioni e di società; di scomparsa dei soggetti; di invalidità del matrimonio in taluni casi; di dichiarazioni di genitorialità; di stati di incapacità e di ADS; di patrimonio familiare; di disciplina del fallimento; di ordinamento dello stato civile; di proprietà industriale; di adozione. La prevalenza quantitativa dei casi di "supplenza" rispetto a posizioni soggettive deboli ha portato a classificazioni nel senso di una funzione *lato sensu* integrativa di volontà e capacità mancanti o deficitarie. Ma è comunemente avvertita la difficoltà – e probabilmente l'inutilità – di ricondurre a unità tutta la casistica, che del resto vede in tempi recenti fattori di incremento per ragioni diverse: come per es. per l'impugnazione in materia di unioni civili (art. 1 l. 74/2016) e soprattutto come per la imminente disciplina della crisi d'impresa, posta dal d.lgs. correttivo 147/2020, che modifica l'art. 38 del CCII con la previsione della facoltà d'intervento generalizzata e con una particolare regolazione processuale del P.M. nel grado di impugnazione.

Quindi, facoltà di azione e di impugnazione stanno assieme e presuppongono una norma abilitante; analogamente, i casi di intervento o di impugnazione eventualmente scissi dal potere di azione debbono essere previsti espressamente, come per es. avviene nell'art. 72 c.p.c.; v. per es. Cass. SU 3556/2017; e v. di recente, di specifico interesse, Cass. SU 12193/2019, che, nelle cause ex art. 67 della l. n. 218/1995 relative al riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, ammette il potere di intervento ma non quello di impugnazione al P.M., che è sì litisconsorte necessario ex art. 70, n. 3, c.p.c. nelle azioni di stato, ma è privo della legittimazione a impugnare, appunto perché non è titolare del potere di azione, neppure ai fini dell'osservanza delle "leggi di ordine pubblico" (internazionale, nel caso) alle quali fa riferimento il testo dell'art. 72 dell'Ord. giud. nel definire le competenze dell'Ufficio.

Quanto alla previsione dell'ultimo comma dell'art. 70, che ammette l'intervento discrezionale del P.M. nelle cause in cui ravvisi un "pubblico interesse", si tratta di previsione che risulta di scarsa applicazione perché non correlata né a un potere di azione ed impugnazione né all'attribuzione dei poteri probatori propri di una parte in senso stretto (art. 72, co. 1, c.p.c.).

Infine, anche nelle ipotesi di attribuzione del potere di azione, si ritiene che vi sia comunque un certo margine di discrezionalità tecnica sul *se* agire/impugnare (e intervenire), non essendo ipotizzabile un vincolo sul tipo dell'art. 112 Cost., ma essendo rimesso all'apprezzamento dell'ufficio il vaglio di sostenibilità dell'azione o del gravame sulla base dei criteri di volta in volta stabiliti dall'ordinamento; una volta che tali presupposti siano accertati si tratta di un potere-dovere.

In estrema sintesi, si individua un doppio livello della figura del P.M. civile: vi è l'interesse primario, pubblico, frutto di scelta legislativa, che è la ragione fondante della previsione del potere di azione/intervento in una determinata materia; e vi è l'interesse concreto, puntuale, della cui tutela il P.M. si fa vettore nel singolo caso, che riguarda un diritto (altrui).

3. Il P.M. nel quadro della funzione di legittimità (e la sua distinzione rispetto al merito)

Da questa sommaria esposizione emerge la differenza del P.M. nel merito rispetto al disegno ordinamentale del P.M. in sede di legittimità. Ciò che contrassegna le disposizioni ordinamentali e processuali, cioè l'art. 76 Ord. giud. e l'art. 70 c.p.c.³ è l'idea di un P.M. di legittimità le cui attribuzioni sono scisse dalle ma-

³ Dove si mostra, nell'impianto originario, un rinvio dal processo all'ordinamento: la legge del processo (art. 70, secondo comma) dice che il P.M. *deve* intervenire nelle cause davanti alla Corte

terie e dai settori dell'ordinamento nei quali, per i gradi di merito, ne è prevista la iniziativa o la presenza in causa⁴.

Il P.M. di legittimità non ha dunque una "competenza" materiale settoriale, e la sua presenza, sia essa obbligatoria o – oggi – anche facoltativa è definita in rapporto al *rito*, non all'oggetto del giudizio.

Le due tappe normative fondamentali di questo percorso⁵ sono:

- 2013 (d.l. 69/13 conv. in l. 98/13): si esclude in radice l'intervento dinanzi alla VI Sezione civile, trattandosi di sede decisoria deputata allo smaltimento di ricorsi che non hanno rilevanza nomofilattica;

- 2016 (d.l. 168/16 conv. in l. 197/16): in parallelo con la opzione per la "cameralizzazione" del rito civile di cassazione (v. il nuovo art. 380-*bis*. 1 c.p.c.) e con la prevalenza della forma scritta come modo normale di conduzione del processo "litigatorio", dove viene a collocarsi la quota prevalente di contenzioso, che non presenta caratteri di "particolare rilevanza" (cfr. art. 375, ult. co. c.p.c.), la Procura generale *può* intervenire con le proprie conclusioni scritte, 20 gg. prima dell'udienza.

Nella stessa occasione, il legislatore modifica l'ordine della trattazione, e stabilisce, sulla falsariga del procedimento penale, che il P.G. parli per primo in udienza e scriva per primo in adunanza in camera di consiglio, v. artt. 379 e 380-*bis*. 1 c.p.c., con una scelta controvertibile, principalmente simbolica, che tuttavia rischia di distorcere il senso della funzione istituzionale, in quanto avvicina maggiormente il P.M. alla "parte" o se si preferisce lo allontana

di cassazione, "nei casi stabiliti dalla legge"; e i casi sono stabiliti, fino alle riforme del 2013, dalla normativa di Ordinamento, senza eccezioni: egli interviene in *tutte* le cause civili e penali. I più recenti interventi normativi si collocheranno invece all'interno della disciplina del codice di rito, disegnando una sorta di regola integrata, con l'art. 76 Ord. giud. posto a base dell'intervento necessario del P.M. nell'udienza pubblica, e le norme del codice imperniate invece sulla facoltatività nella trattazione camerale.

⁴ Ciò che porta a escludere che le varieguate opinioni in merito all'utilità del P.M. in genere nella materia civile si possano riflettere come tali sulla diversa funzione del PG presso la Corte, appunto per la strutturale diversità di segno e di presupposti delle rispettive attribuzioni. Se quindi l'art. 2 Ordinamento giudiziario prevede che "presso la corte suprema di cassazione, le corti di appello, i tribunali ordinari e i tribunali per i minorenni è costituito l'ufficio del pubblico ministero", senza distinzioni *ratione materiae*, ciò non autorizza a trarne una comune regolazione, evidentemente, come dimostra la stessa legge di ordinamento negli articoli specifici sul p.m. presso la Corte.

⁵ Precedute come è noto nel 2006 dallo strumento selettivo del "quesito di diritto", art. 366-*bis* c.p.c., e poi nel 2009 da ulteriore riforma (legge n. 69/2009) che, abolendo il "quesito", si è indirizzata verso un diverso assetto del procedimento camerale e dei meccanismi di assegnazione alle sezioni della Corte e soprattutto con la codificazione del valore del precedente (art. 360-*bis* e art. 374 c.p.c.).

da quella visione marcatamente “terza”-imparziale che, per esempio, troviamo nel modello dell’Avvocato generale nelle Corti sovranazionali, figura alla quale pure si ritiene generalmente di guardare, oggi, nell’analisi sul P.G. in Cassazione⁶.

4. Necessità di criteri

Le riforme del 2013 e 2016 sono finalizzate a rafforzare la funzione nomofilattica della Cassazione, attraverso una chiara impostazione di diversità di grado o livello di rilevanza giuridica dei casi, tra udienze e adunanze.

Ma questa distinzione di massima, il cui perno centrale è ravvisabile nella “particolare rilevanza della questione di diritto” (art. 375 c.p.c.) non fornisce un criterio saldo.

Il P.M. di Cassazione *deve* intervenire e concludere in udienza; *può* farlo nell’adunanza⁷.

È chiaro che questo pone il problema dei criteri che presiedono all’intervento.

Ciò sotto due distinti profili:

(a) perché non vi è una predeterminazione certa della distinzione che indirizza un ricorso verso l’una o l’altra trattazione. Il criterio della “particolare rilevanza” è elastico;

(b) perché l’attribuzione generalizzata e non “per materie” che contraddistingue la figura del P.M. di legittimità, associata alla facoltatività, propone la necessità di definire il se e il quando della scelta.

I “casi stabiliti dalla legge” che fondano il dovere di intervento del P.M. si traducono nella *forma processuale* di trattazione, che è stabilita dalla Corte.

⁶ Figura verso la quale, anzi, l’Ufficio ritiene di dovere essere avvicinato quanto al modo di operare, in un’ottica cooperativa all’esercizio della giurisdizione. Compito dell’Avvocato generale della Corte dell’Unione è «presentare pubblicamente, con assoluta imparzialità e in piena indipendenza, conclusioni motivate sulle cause che [...] richiedono il [loro] intervento» (art. 252, 2° comma, TFUE), e ciò ne giustifica la classificazione di organo chiamato ad assistere la Corte nell’adempimento della sua missione, che è di garantire il rispetto del diritto nell’interpretazione e nell’applicazione del Trattato”, mediante una “opinione individuale, motivata ed espressa pubblicamente” da “un membro dell’istituzione» (CGUE, sentenza 8 febbraio 2000, C-17/98, Emesa Sugar). Nella Corte UE, l’Avvocato generale collabora alla selezione e formazione dei ruoli e le sue conclusioni segnano il passaggio finale tra la discussione in contraddittorio e la decisione.

⁷ Si traslascia nel documento la pur ampia e spesso rilevante gamma dei Regolamenti di giurisdizione e di competenza, i primi trattati davanti alle SU, i secondi dalle Sezioni semplici, nella specifica forma camerale definita dall’art. 380-ter c.p.c., in cui il P.G. formula anticipatamente conclusioni scritte notificate alle difese delle parti e la decisione è assunta in camera di consiglio “non partecipata”.

Emerge quindi evidente l'esigenza di un metodo di intervento uniforme e coerente.

5. Tre linee operative: a) conclusioni scritte; b) modi e contenuti di intervento sul rito; c) funzione di spoglio

A questa esigenza la Procura generale ha dato una risposta operativa, nello spazio che l'elasticità delle formule legislative consente di riempire, secondo tre principali linee.

(a) La prima, sviluppata secondo una prassi ora consolidata e condivisa dalla Corte, è stata quella di utilizzare lo strumento della "memoria" *ex art. 378 c.p.c.* per formulare conclusioni scritte, entro 5 gg. prima dell'udienza pubblica, con le quali esporre le argomentazioni giuridiche sulle questioni da definire.

Si tratta di una prassi ormai acquisita, validata dalla giurisprudenza che ne dà atto⁸.

Il testo scritto offre al contraddittorio delle parti e al collegio quelle argomentazioni che l'Ufficio sosterrà in udienza; è così possibile svolgere una trattazione più ampia, con la completezza e l'approfondimento che non possono essere garantiti nel tempo ridotto dell'udienza pubblica. Questa prassi è generalmente apprezzata dalle parti, che non si trovano a contraddire su argomenti "a sorpresa".

La veste scritta consente alla PG di costituire una propria banca-dati di conclusioni e di immetterle nel circuito di discussione forense e dottrinale, senza la volatilità della singola conclusione verbale dell'udienza.

Per questo, è stata avviata di recente la pubblicazione sul sito *web* della PG di una selezione delle conclusioni che appaiono di più specifico rilievo (v. www.procuracassazione.it, sezione civile) ed è anche iniziata una pubblicazione selettiva su riviste⁹.

Qui si manifesta la *priorità* qualitativa dello scritto, laddove la conclusione orale, in linea di massima, con solo apparente contraddizione, resta riservata ai casi di minore spessore¹⁰.

(b) La seconda linea è quella che riguarda la selezione del rito. Nel contesto "quadripartito" di cui si è detto, circa le modalità di definizione del processo di Cassazione (art. 380-*bis*, art. 380-*bis*. 1, udienza pubblica e trattazione presso le Sezioni Unite), il compito del pubblico ministero è anzitutto di contribuire all'esattezza della scelta del

⁸ Tra tante, Cass., n. 16978/2018.

⁹ Anche per questo profilo si tratta di un percorso che avvicina l'agire della PG a quello dell'Avvocato generale della Corte UE.

¹⁰ La normativa emergenziale imposta dalla pandemia Covid-19, come si accennerà brevemente *infra*, propone qualche aspetto problematico circa questo presupposto.

rito, anche in quanto, in un carico quantitativo eccedente, l'Ufficio, in virtù della sua visione complessiva e non "sezionale", può mettere in luce aspetti e temi sui quali vi sia un contrasto o comunque l'opportunità di una parola stabile della Corte.

A tale fine, sono state elaborate direttive interne sulla redazione delle conclusioni scritte e, proprio perché è il rito a determinare la forma dell'intervento, si è stabilito di proporre, con conclusioni sinteticamente motivate (per es., rilevando il contrasto di indirizzi) la necessità del mutamento del rito, dal camerale alla pubblica udienza.

Si tratta di sollecitazioni non vincolanti, ma il cui valore è quello di accendere un "allarme", su un punto rimasto in ombra nel percorso di indirizzamento del ricorso, secondo una prospettiva qualitativa dell'attività, per riprendere il titolo dell'incontro.

(c) Terza linea è l'istituzione di un Ufficio spoglio.

Si tratta di un gruppo istituito dal 2018, preposto alla selezione, tra i ricorsi destinati alla trattazione camerale, dei casi che richiedono una conclusione ovvero che esigono trattazione "maggiore" in pubblica udienza, sulla base di linee-guida che in sostanza si ricollegano alla funzione istituzionale dell'Ufficio e alla cura di interessi pubblici o generali¹¹.

Si può constatare qui una forma di avvicinamento alla ragione della presenza del P.M. nel processo civile di merito, nel senso che per il PG in Cassazione i criteri si legano a quegli ambiti nei quali è prevista la partecipazione del P.M. di merito: la materia familiare, del lavoro, quella societaria, il diritto dell'insolvenza, e così via.

6. L'intervento del PG presso la Cassazione nell'attuale quadro organizzativo e funzionale dell'Ufficio. La normativa dell'emergenza epidemiologica: prospettive

Come accennato, intervento e conclusioni del PG convergono con le finalità proprie del giudizio di Cassazione, specialmente nella sua dimensione che si usa definire di *ius constitutionis*.

¹¹ Questioni processuali suscettibili di definire o prevenire serie indeterminate di giudizi; quelle in cui si pongono profili di compatibilità costituzionale e di diritto sovranazionale; quelle che appaiono nuove e non immediatamente risolvibili attraverso indirizzi tracciati su materie affini; quelle di impatto sociale, che interessano classi ampie di utenti e che per ciò solo rivestono un effetto "di massa"; quelle che portano a emersione contrasti di giurisprudenza, sia in ambiti di merito sia presso la stessa Corte e che è necessario risolvere presso l'istanza nomofilattica delle Sezioni Unite. Di recente, un contesto particolarmente delicato e critico nel quale l'Ufficio ha espresso l'esigenza di enunciazioni di principio è quello del settore della protezione internazionale, "trasferita" in blocco sulla Corte con l'eliminazione dell'appello a opera del d.l. n. 13/2017.

Non è qui possibile un resoconto analitico, ma può essere sottolineato che l'apporto dell'Ufficio rileva sotto più aspetti: quello della segnalazione di questioni rimaste sottotraccia nel percorso di assegnazione e destinazione di una controversia alle diverse sedi; e quello della emersione dei contrasti specialmente se inconsapevoli o intersezionali, evenienza non impossibile né infrequente in un contesto numerico abnorme quale l'attuale¹²; oltre a quello della formulazione di argomentazioni condivise dalla Corte¹³.

Occorre considerare che la PG non esaurisce le proprie attribuzioni nel pur vasto compito di intervento nei giudizi di legittimità, civili e penali, ma estende la sua attività a settori ulteriori, che fanno capo alla sua dimensione di Ufficio con competenza nazionale e che rivestono connotati di delicatezza: dalla funzione disciplinare, innanzitutto; a quella di coordinamento e indirizzo in tema di uniformità dell'azione penale, in base all'art. 6 del d.lgs. n. 106/2006; ai compiti di definizione dei contrasti di competenza tra Uffici del p.m.; all'attività di sorveglianza sulla PNAA; alla funzione internazionale.

L'assieme delle attribuzioni della Procura generale definisce quindi un terreno più ampio rispetto a quello che investe l'esercizio della giurisdizione di legittimità, sicché appare evidente che l'attività che è direttamente collegata a quest'ultima funzione debba essere oggetto di selezione e misurazione sostenibile e qualitativamente adeguata, anche in ragione del numero dei magistrati dell'Ufficio¹⁴.

¹² Oltre 120.000 ricorsi pendenti, oltre 29.000 procedimenti definiti dalla Corte nel periodo luglio 2019 - giugno 2020, nonostante una forte flessione temporanea del primo semestre 2020 dovuta all'emergenza Covid-19, si v. la Relazione del primo Presidente della Corte di cassazione per l'anno 2020. Di tali indirizzi disomogenei sono esempi alcuni orientamenti non conformi tra loro, ad es., in materia di obbligo di cooperazione istruttoria del giudice nella protezione internazionale, con ricadute che si riverberano sull'indirizzo presso i giudici del merito in un contenzioso vasto e inerente a diritti fondamentali, il che è evidentemente un elemento negativo nell'ottica della esigenza di uniformità/uguaglianza di trattamento.

¹³ Così per es. Cass., SU n. 19596/2020.

¹⁴ Il cui organico, quanto ai sostituti, è stato bensì aumentato da 67 a 84 (D.M. 17.4.2019) ma vede tuttora una scoperta di 22 posti. Sull'organico reale attuale di 62 magistrati, poi, la ripartizione nei due settori vede attualmente 18 sostituti destinati al settore civile e 44 a quello penale. Se si raffrontano questi dati con le cifre di ingresso e di smaltimento dei procedimenti civili, sia pure nella riduzione inevitabile imposta dalla pandemia (oltre 22.600 ricorsi, di cui oltre 3.300 in udienza pubblica, sempre nel periodo luglio 2019 - giugno 2020), si ricava l'indispensabilità di apprestare meccanismi di selezione *qualitativa* atti a dare all'intervento del p.m. un significato pregnante ed effettivo, non burocratico. Si v. anche *l'Intervento* del Procuratore generale sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2020, in www.procuracassazione.it, in particolare Parte II sulle analisi statistiche.

È dunque l'apporto critico e qualificante il solo che è in grado di assegnare un senso moderno alla formula antropomorfa del PG che "veglia" alla esatta osservanza delle leggi (art. 73 Ord. giud.).

Questo assetto, fino al 2019, è andato stabilizzandosi anche attraverso moduli cooperativi con la Corte: con i Protocolli di intesa sul processo camerale dal punto di vista organizzativo, e con i programmi di gestione *ex art.* 37 d.l. n. 98/2011 nel cui quadro si è interloquito sui modelli di formazione dei ruoli, per individuare "filoni" e tematiche di principale importanza.

Esso è stato però rimesso – inevitabilmente – in parziale discussione dalla legislazione sul processo nell'emergenza Covid-19 e, in particolare, dalla rivisitazione del processo civile di legittimità secondo un modulo cd. "cartolare", con il d.l. n. 137/2020 conv. dalla l. n. 176/2020. Si tratta di uno *stress-test* che offre ragioni di riflessione, in particolare per la sinergia tra la prevista modalità scritta generalizzata e la parallela realizzazione del processo civile telematico di legittimità.

L'impianto è quello della generalizzazione del ricorso allo scritto, con alcune variabili quanto ai termini tra udienza e adunanza ma con sostanziale uniformazione del rito.

Si è notato un possibile paradosso nel rovesciamento della alternativa scritto/orale, giacché se fino al 2019 lo scritto è stato prescelto per le questioni rilevanti, ora può sembrare l'inverso, con la richiesta di udienza quando il caso appaia di particolare importanza. Ciò a sua volta sembra assimilare *de facto* l'udienza "cartolare" e l'adunanza, anch'essa da tempo cartolare, con il rischio di smarrirne i tratti distintivi.

È possibile che possa proseguire il percorso verso una relativa stabilizzazione della forma scritta nell'udienza e che a tale impostazione di fondo possano accompagnarsi aggiustamenti rispetto alle rigidità della vigente disciplina.

Prospettiva di fondo è comunque la nomofilachia: che potrà trovare percorsi ulteriori, ad esempio, quando sarà attuato il Protocollo n. 16 alla Convenzione EDU, che consente al giudice di ultima istanza di interpellare la Corte europea per un parere non vincolante sulla interpretazione del diritto sovranazionale. La nomofilachia diviene, oggi, elemento di sostenibilità economica e di coesione sociale, dunque di prevedibilità, non solo ragione di armonizzazione astratta di regole.

Da questo muove il collegamento con il tema che segue, della enunciazione del "principio di diritto" nell'interesse della legge.

7. Cosa intendiamo per interesse "della legge"

Nomofilachia, ossia la "custodia della legge", già nella nota impostazione di Calamandrei assume un carattere duplice. V'è la necessità di garantire il rispetto

delle regole di giudizio e delle norme sostanziali, annullando le decisioni illegittime; e v'è l'esigenza di assicurare stabilità e uniformità al diritto obiettivo.

La prima faccia guarda alle violazioni del diritto realizzatesi; la seconda all'orientamento che ne deriverà per le successive decisioni. Una è rivolta indietro, l'altra in avanti.

Queste due componenti trovano sintesi nell'art. 65 dell'Ordinamento giudiziario, che predica al contempo l'"esatta osservanza" e "l'uniforme interpretazione" del diritto. Da qui la notissima definizione della Corte come vertice "ambiguo"¹⁵, tra legittimità e terza istanza.

Nel tempo, quel termine ha però collocato maggiormente l'accento tonico sulla seconda componente, quella rivolta all'orientare il futuro nell'interpretazione del diritto presso i giudici di merito e presso la stessa Corte.

L'originaria finalità, correggere l'errore compiuto dal giudice di merito, acquisita, se si legge in controluce il disegno legislativo più recente, una dimensione *quantitativa*, per la necessità di rispondere alla domanda giudiziale sul versante del diritto litigatorio, collocato nella zona della adunanza camerale (e della motivazione semplificata).

In realtà, quella distinzione è stata ritenuta da taluno metodologicamente debole: anche quando rileva un errore di giudizio e cassa una decisione, la Corte pone un "principio", anzi lo fa nel massimo grado quanto a vincolo per il giudice del rinvio (art. 384 c.p.c.)¹⁶, per tutto "quanto statuito dalla Corte".

Ma il senso della distinzione deve essere colto in ciò, che sul versante "proiettivo", *de futuro*, l'esigenza della funzione nomofilattica si collega non già solo a una ragione di coerenza interna dell'ordinamento, pur rilevante, ma intercetta diritti e aspettative ulteriori, perché coinvolge le garanzie di prevedibilità – se non si voglia parlare di "certezza" del diritto – delle regole dell'agire sociale e delle conseguenze che ne derivano.

È in questo senso che si afferma che le varie riforme che hanno interessato ("a docce scozzesi", è stato detto) negli ultimi tempi il giudizio civile di cassazione hanno tenuto presente innanzitutto questa dimensione del giudizio, rafforzando il significato *persuasivo* di una affermazione di diritto, rispetto alle future opzioni degli interpreti. Il riferimento è: (a) all'art. 360-*bis* c.p.c., che, è stato osservato, introduce la giurisprudenza interna della Corte come elemento della fattispecie legale del ricorso, "legificandone" il ruolo come

¹⁵ Si parla più di recente di "due Corti", perfino (N. Irti).

¹⁶ Un vincolo che non entra in conflitto con la soggezione del giudice (di rinvio) soltanto alla legge, da cui discende appunto quella necessità di conformazione, pena del resto la vanificazione della funzione affidata al giudice di legittimità (Corte cost., n. 501/2000).

parametro di inammissibilità dell'impugnazione che dissenta senza però addurre ragioni forti per un mutamento di indirizzo (Cass., SU n. 7155/2017); (b) all'art. 374 c.p.c., comma 3, che propone un nesso di coerenza tra le decisioni delle Sezioni semplici e quelle del collegio allargato delle sezioni Unite, imponendo alle prime di rimettere la questione a queste ultime, se ritengono di "non condividere" un determinato principio di diritto¹⁷ 18; (c) alla nuova versione dell'art. 360, n. 5 c.p.c., che riduce al minimo lo scrutinio sulla motivazione, tornando alla formula originaria del codice del 1940; (d) all'art. 384 c.p.c. che stabilisce che la Corte enuncia il principio di diritto ogni volta che definisce il ricorso proposto per violazione di legge *ex art.* 360, n. 3, c.p.c., (e) infine, anche se a margine, alle disposizioni della normativa sulla responsabilità civile e disciplinare, che accentuano il rilievo possibile delle *gravi* violazioni di legge connesse anche alla (non) conoscenza e alla (dis) applicazione degli orientamenti di legittimità¹⁹.

Questi aspetti, che si ricollegano alla complessa tematica della individuazione di una giurisprudenza per "precedenti" in senso proprio nell'ordinamento, eccedono il presente testo.

In un diritto (sempre) meno per regole e (sempre) più per principi, è conseguenziale che prenda spazio l'attività di interpretazione giudiziaria del diritto, non più coincidente con la legge formale; e l'interpretazione è a sua volta alimentata dal circuito della interpretazione, dai "dialoghi" tra le Corti, dall'esperienza materiale. Alla garanzia tipica del dato normativo, inserito in un quadro più complesso di principi da bilanciare, si accompagna la necessaria garanzia dell'interpretazione giuridica. Ecco perché è sull'interpretazione, più che sulla "legge", che si sposta l'esigenza fondamentale della prevedibilità.

¹⁷ Analogamente, nel processo penale, l'art. 618, comma 1-*bis*, introdotto nel 2017.

¹⁸ Questa disciplina sembra talvolta avere sortito un effetto diverso, nel senso che pur in presenza di ragioni che potrebbero condurre a devolvere una questione nuova o di principio alle Sezioni Unite si assiste talvolta al "trattenimento" del caso presso la Sezione semplice, quasi a prevenire la formazione di quel vincolo di coerenza per il futuro ed avere margini di ripensamento più diretti e immediati. Tra l'altro, si è ritenuto che anche un solo precedente di legittimità possa integrare l'orientamento che preclude l'esame dell'impugnazione (Cass., n. 4366/2018). Analogamente, i Criteri posti nel documento programmatico sulla VI sezione civile, del 21.4.2016, enucleano quale possibile ragione di inammissibilità anche l'esistenza di un solo precedente, purché sia "convincente".

¹⁹ Si veda Cass., SU n. 11747/2019, in tema di responsabilità dello Stato per errore giudiziario, che, se da un lato afferma l'inesistenza di un vincolo cogente per i giudici di uniformarsi a principi affermati dalla Corte anche a Sezioni Unite, dall'altro introduce elementi correttivi dell'enunciato, come l'onere di una adeguata motivazione e di una scelta consapevole e riconoscibile, a mezzo della motivazione.

Si accenna a questo profilo perché la disarmonia e il contrasto di indirizzi sul medesimo tema, se registrati all'interno del medesimo ufficio giudiziario, benché formalmente coperti dalla garanzia di autonomia e indipendenza funzionale della giurisdizione, costituiscono una lesione del principio di uguaglianza-parità di trattamento, che ha perlomeno pari dignità nel quadro costituzionale, e costituiscono al contempo violazione dei principi della prevedibilità della legge e del processo equo (art. 6 CEDU, art. 47 CDFUE), i quali impediscono che nell'organo chiamato istituzionalmente proprio a evitare e dirimere i contrasti di interpretazione si possa svolgere un contrasto senza che vi siano appropriati meccanismi atti a risolverlo²⁰.

Tutto ciò non per un fine di impossibile (ed autoritaria) omogeneizzazione della giurisprudenza, che ne negherebbe la ragione d'essere e la dinamica, ma verso l'obiettivo, *pratico*, di comporre tempestivamente contrasti emersi nella giurisprudenza di merito ovvero di risolvere questioni che esigono una pronta risposta.

8. L'istanza per l'affermazione di principio nell'interesse della legge.

Struttura, funzione e limiti dell'istituto di cui all'art. 363 c.p.c. nel quadro della formazione giurisprudenziale del diritto

Nel contesto appena accennato, anche l'istituto della affermazione di un principio nell'interesse della legge si colloca sul versante nomofilattico rivolto al futuro, del quale si è detto.

L'istituto affonda storicamente le proprie radici nella legislazione francese di fine '700, come iniziativa (*pourvoi*) del Procuratore generale presso il *Tribunal de cassation*, per una pronuncia senza effetto nel caso specifico, contro un provvedimento definitivo.

A questa origine se ne accompagna, nella ricostruzione della *funzione* del particolare strumento, un'altra, che avvicina l'istituto alla *saisine pour avis*, cioè alla richiesta di parere consultivo che il giudice può, sollecitato dalle parti o d'ufficio, formulare alla Corte, per ottenere una affermazione di principio quando vi sia una questione nuova, di rilievo giuridico e tale da potersi ripresentare come contenzioso seriale; un parere che, se reso, non è vincolante ma è certamente munito del connotato dell'autorevolezza.

Nel diritto precostituzionale, l'istituto si associa alla figura del P.M. come esponente "esecutivo", per ottenere la cassazione della sentenza errata in diritto. Calamandrei ne tratteggia la sostanza, secondo l'idea che la Cassazione esercita

²⁰ Corte EDU 30.7.2015, Ferreira c/Portogallo.

il suo controllo non sulle violazioni del diritto che insorgono tra privati ma sulle violazioni commesse dai giudici: l'esatta osservanza della legge è intestata, in chiave pubblicistica, agli organi giudiziari, che possono violare la prescrizione che impone loro di giudicare secondo (esatto) diritto²¹.

Ad ogni modo, l'istituto è presente nella codificazione del 1940, come ipotesi di giurisdizione obiettiva con funzione di indirizzo²².

La riforma recata dal d.lgs. n. 40 del 2006²³ ne definisce la formulazione attuale²⁴.

Nella norma così introdotta, alla espressione "ricorso" del PG si sostituisce la "richiesta", per sottolineare l'autonomia rispetto alla decisione tradizionale su ricorso, il che tuttavia non ne implica la collocazione al di fuori dell'esercizio di giurisdizione, come pure è stato ritenuto da alcuni commentatori.

Si tratta di giurisdizione di diritto oggettivo; v. Cass., SU n. 20661/2014 nonché Corte cost., n. 119/2015, che qualifica la formulazione del principio di diritto come "massima espressione della funzione nomofilattica", nella quale si realizza una funzione giurisdizionale "che è anche di diritto oggettivo, in quanto volta a realizzare l'interesse generale dell'ordinamento all'affermazione del principio di legalità, che è alla base dello Stato di diritto".

²¹ In estrema sintesi, si può dire che i fautori della tutela del diritto "obiettivo" guardano allo strumento con favore, in quanto riafferma l'interpretazione esatta della legge; chi mette in risalto la funzione di terza istanza, invece – come L. Mortara – non apprezza un istituto che afferma l'errore del giudice ma al contempo non ne consente l'annullamento. La dialettica tra "astrattezza" – si parla di ricorso "platonico" – e "concretezza" del giudizio di cassazione si colloca anche su questo versante.

²² La prima decisione è Cass., SU n. 401/1948, di tono costituzionale, in tema di commissioni agrarie per talune controversie.

²³ Accompagnata, nei lavori della Commissione Vaccarella e nell'*iter* di approvazione della legge di delega n. 80/2005, talora da posizioni critiche circa l'istituto, anche all'interno della stessa Corte, ravvisandosi in esso una dimensione autoreferenziale. Ma non sono mancate autorevoli voci complessivamente di segno favorevole (A. Proto Pisani, C. Consolo). È interessante annotare, nei limiti di questo testo, che in realtà una parte rilevante del dibattito e delle considerazioni critiche si è imperniata sulla preferenza della estensione a largo raggio della impugnazione *ex art.* 111 Cost. a tutta una serie di provvedimenti altrimenti inimpugnabili, in luogo del ricorso allo strumento in discorso. Una prospettiva che oggi non pare sostenibile, non fosse altro per il carico quantitativo che affligge la Corte, cui si vorrebbe semmai sottrarre quote di contenzioso prive di "interesse cassazionale", sul tipo di molti altri Paesi, con limiti di materia/importo o con filtri di accesso variamente composti. Ciò che richiede una modifica costituzionale.

²⁴ Nel 2017 uno strumento analogo è introdotto anche nel sistema penale, con il comma 1-*ter* dell'art. 618 c.p.p., ma è correlato alla *sopravvenienza* di una causa di inammissibilità del ricorso.

Cass., SU n. 13332/2010 precisa che la richiesta del PG non ha connotato di “impugnazione” in senso proprio, perché non comporta, se accolta, l’annullamento della pronuncia.

La formulazione dell’art. 363 colloca la pronuncia che afferma il principio nell’area dei giudizi preposti alla tutela di un interesse pubblico, quello alla esatta interpretazione del diritto, e non anche del singolo. Per questo carattere e per la sua astrazione dal processo da cui ha origine, v’è stato anche chi ne ha sottolineato un carattere “paranormativo”, rivolto a regolare casi futuri e non anche il caso specifico del giudizio da cui muove²⁵.

È utile richiamare la puntualizzazione della giurisprudenza che chiarisce che il vincolo di conformazione al principio vale per le sole affermazioni di diritto che esprimono la *ratio decidendi* della pronuncia, e non anche per ogni altra affermazione collaterale o resa a titolo di *obiter*.

L’esercizio del potere di promuovere l’istanza richiede un nesso di rilevanza: la questione giuridica deve essere in astratto rilevante per la decisione del ricorso o per la conclusione raggiunta dal giudice di merito; sono soltanto l’inammissibilità del primo o la non-impugnabilità del secondo che ne precludono la trattazione in forma ordinaria. In breve, la PG non può chiedere e la Corte non può adottare una affermazione “di principio” del tutto svincolata dal ricorso o dalla decisione non impugnabile; il percorso logico deve considerare la soluzione di diritto *come se* dovesse risolvere il problema affrontato dal ricorso o dalla decisione di merito.

Nell’ottica della PG, la finalità più pregnante dell’art. 363 è stata quella di colmare la distanza tra esperienza pratica ed elaborazione giuridica, attraverso un’opera di interlocuzione con le diverse istanze che accedono alla giustizia, con l’Accademia e con il Foro innanzitutto, ma anche con l’apertura alle sollecitazioni da parte di soggetti privati in genere, mediante l’apertura di una apposita “finestra” di impulso istituita nel sito *web* dell’Ufficio.

Non è necessario un esame minuzioso della casistica; preme invece sottolineare che l’approccio dell’Ufficio è quello di un uso cauto dello strumento, per evitare una proliferazione di casi “astratti”, avulsi dall’effettiva esistenza di una ragione forte, giacché il ruolo della PG è volto alla elaborazione di “precedenti”, prima che un contenzioso giudiziario possa svilupparsi, o per dare spazio a temi

²⁵ In realtà, in questo dibattito sul valore paranormativo dell’attività della Corte svolta secondo l’art. 363 c.p.c., sia esso attivato dal PG o sia reso *ex officio*, si può considerare che, allorché la Corte definisce principi e indirizzi, non per questo si fa produzione normativa, dato che legge e giurisprudenza non possono identificarsi (Corte cost., n. 230/2012); la questione si colloca, ancora una volta, sul terreno del precedente.

che potrebbero non pervenire mai alla sede di legittimità e rimanere così affidati a orientamenti disomogenei nei vari territori.

I contenuti delle istanze *ex art. 363 c.p.c.* formulate dall'Ufficio danno conferma di questa impostazione di fondo, che si associa a quella che può definirsi la "nomofilachia della prassi".

Oltre ai casi già definiti negli anni decorsi, per i quali può rinviarsi al sito web della PG, merita di essere segnalata, nel periodo più recente, la proposizione di due istanze nel corso del 2020, come esempio del *metodo* dell'Ufficio.

In un caso, è stato chiesto alla Corte di affermare che l'abrogazione del sistema tariffario per gli avvocati non ha determinato anche l'abrogazione dell'art. 636 c.p.c. relativo al parere del Consiglio dell'ordine sulla congruità della parcella. È emblematico il fatto che questa iniziativa sia stata mossa dall'emersione di segnalazioni provenienti proprio dalle categorie interessate e dalla constatazione di orientamenti giurisprudenziali radicalmente opposti presso realtà giudiziarie di rilievo.

In un altro caso, si è affrontato un problema pratico di particolare rilevanza nel contesto delle procedure esecutive immobiliari. Si è chiesto, a fronte di opposti orientamenti registrati tra gli uffici di Conservatoria, di stabilire il principio secondo cui nel procedimento di espropriazione e vendita forzata immobiliare il decreto di trasferimento del bene, recante l'ordine di cancellazione dei gravami (pignoramenti, ipoteche, privilegi, sequestri conservativi) determina, in forza dell'art. 2878, n. 7), cod. civ., l'estinzione immediata dei medesimi vincoli, di cui il Conservatore è tenuto a eseguire la cancellazione (è conforme Cass. SU n. 28387 del 2020).

Si sono richiamati questi esempi per sottolineare come l'iniziativa della PG non abbia di mira affermazioni teoriche ma guardi alla dimensione economico-sociale della questione agitata e alla opportunità della sua più rapida soluzione, in un circuito con i giudici di merito che si forma con l'interlocuzione e con la verifica della *effettiva* esigenza di una determinazione.

**Le possibili direttive future. Percorsi convenzionali.
Progetti organizzativi sezionali. Indirizzi di politica legislativa.
L'oscillazione del pendolo tra il modello calamandreiano e la
preminenza dello *ius litigatoris*. Questioni di opportunità e limiti
costituzionali.**

SOMMARIO: 1. Prevedibilità delle decisioni e principio di eguaglianza. – 2. Le ragioni complesse dell'espansione del contenzioso. Contrasti consapevoli a tutela di diritti? – 3. La Procura generale e il suo ruolo bifronte per la prevedibilità dell'agire giudiziario. – 4. Gli strumenti conformativi, dall'art. 363 c.p.c. agli "orientamenti" per le Procure della Repubblica. – 5. Il p.m. di legittimità di fronte all'espansione della trattazione camera e scritta. – 6. Centralità del p.m. di legittimità quale vettore di uniformità e correttezza, per a tutela dei diritti.

1. Prevedibilità delle decisioni e principio di eguaglianza

Il mio contributo a questa interessante tavola rotonda si incentrerà essenzialmente sul ruolo della Procura generale, anche in relazione ai molti stimoli che sono venuti dagli interventi che mi hanno preceduto. Il prof. Morrone ha posto il tema dei valori cui la giurisdizione si ispira. Tra questi vi è certamente, ed è per noi centrale, il principio di eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge.

Una declinazione dell'attuazione dell'eguaglianza nella giurisdizione è nella prevedibilità delle decisioni, che da un lato consenta ai cittadini di operare consapevolmente le proprie scelte ma che al contempo sia il termometro della parità di applicazione delle norme a situazioni eguali. Tramontato, per le molte ragioni che anche qui sono state ricordate, il mito della certezza, quel valore si sostanzia oggi nel meno assoluto e ben più praticabile obiettivo della prevedibilità. Esso è anche parametro di valutazione del buon funzionamento dell'attuazione del diritto, come emerge con chiarezza dalle decisioni delle Corti Europee, che dalla prevedibilità fanno derivare indicazioni vincolanti circa la qualità della legge e della sua interpretazione.

L'antico dilemma tra *ius constitutionis* e *ius litigatoris* – difficilmente sciogliabile per una Corte che tratta ogni anno decine di migliaia di procedure e che

vede tra i motivi di ricorso molti aspetti che attingono il merito – è a mio parere oggi assorbito dalle scelte operate, prima dalla dirigenza della Corte e della Procura generale, e poi del Legislatore, per un giudice di legittimità che persegue l'obiettivo della tendenziale uniformità delle decisioni nell'ottica della loro prevedibilità e in dialogo con il giudizio di merito.

Ho trovato stimolanti, negli interventi che mi hanno preceduto, in particolare del Primo presidente e del dr. Conti, i riferimenti alla qualità del giudizio di appello e agli effetti che ne derivano nel giudizio di cassazione. Certamente si scontano qui gli effetti della resistenza ad accettare che anche nel giudizio di merito possano operare filtri di ammissibilità del giudizio, che contribuiscano a delimitare con precisione l'ambito dell'impugnazione.

2. Le ragioni complesse dell'espansione del contenzioso

Contrasti consapevoli a tutela di diritti? Un caso evidente della stretta relazione tra struttura del giudizio di merito e quella di legittimità è costituito dalla protezione internazionale, dopo la soppressione della fase di appello.

Non si tratta solo dell'aumento del numero dei ricorsi, facilmente prevedibile. Peraltro, tale aumento sarebbe in parte avvenuto ugualmente, in considerazione del fatto che la grande ondata di ingressi nel Paese e dunque di richiesta di protezione, nelle sue varie forme, si è avuta a partire dagli anni 2014; i tempi ordinari di trattazione della fase garantita dinanzi alle Commissioni territoriali e poi del giudizio di primo grado, portano naturalmente all'incremento quantitativo del giudizio di legittimità nello spazio di qualche anno. Certamente esso si sarebbe riversato prima nel giudizio di appello; è dunque mancata la funzione di filtro, anche solo di quantità, e ciò ha innegabilmente contribuito all'esponenziale incremento del numero di ricorsi in cassazione. Ma una parte di procedure sarebbe comunque pervenuta in numero maggiore rispetto al passato, in proporzione al rapporto rigetto/accoglimento e visto che le impugnazioni provengono pressoché esclusivamente dal richiedente protezione.

L'analisi degli effetti di questa complessa vicenda sul giudizio di legittimità sarebbe però incompleta se si limitasse alla mera constatazione dei rapporti quantitativi, anche se – va detto – la quantità si trasforma comunque rapidamente in qualità, quando i numeri sono tali da essere ingestibili. Su questo profilo si tornerà tra breve.

L'aspetto più interessante sta, a mio parere, proprio nel rapporto qualitativo tra le decisioni di fase. Innanzitutto, l'esame condotto sulle decisioni in materia di protezione internazionale dalla Procura generale, grazie alla collaborazione di DGStat, sulla fase di merito in rapporto a quella amministrativa, ha dimostrato l'esistenza sul territorio di diversità di esiti che non appaiono in alcun modo giustificabili.

Tra distretti che non hanno sostanziali diversità nella qualità del contenzioso, vi sono differenze così grandi da richiedere un'analisi più approfondita. Il rapporto è a volte di 90 a 10 o viceversa, senza voler dare all'esito (accoglimento o rigetto del ricorso) una valenza in sé. Dipende questo dalla qualità delle decisioni delle Commissioni territoriali? Oppure dall'organizzazione degli uffici di primo grado e di appello (per il passato)? O infine da una maggiore/minore qualificazione dei soggetti che nella procedura intervengono a vario titolo? Certamente una conoscenza più approfondita del materiale statistico grezzo contribuirebbe a migliorare la qualità del servizio e certamente a rendere uniformi le decisioni sul territorio nazionale.

L'incertezza applicativa, peraltro, costituisce un ostacolo non piccolo all'accettazione da parte degli altri Paesi dell'Unione della piena integrazione del sistema di accoglienza.

L'enorme numero di ricorsi che in questa materia si vanno riversando sulla Corte fa sì che essi costituiscano ormai una parte importante dell'intero contenzioso civile, come in passato avvenne nel settore lavoristico con alcune controversie seriali, su cui appresso. La Corte ha ritenuto di reagire all'aumento esponenziale delle procedure di protezione, intervenendo sul piano organizzativo, prevedendo la distribuzione a diverse Sezioni delle procedure, in alternativa alla concentrazione dell'intero carico nella Sezione Prima.

Questa scelta non è stata condivisa in sede di governo autonomo, in quanto ritenuta in danno del principio di specializzazione, in un settore ad alta sensibilità per il rispetto di diritti fondamentali della persona. La concentrazione in un'unica sezione, comunque, non risolve il problema, costituito dalla difficoltà di assicurare l'uniformità delle decisioni sulle molte questioni, sia procedurali che sostanziali, che l'elaborazione nella fase di merito va ponendo, in materia di rapida evoluzione. Il numero di magistrati necessario per cercare di ridurre i tempi di definizione è comunque tale, da rendere arduo il lavoro di raccordo operato dalla collegialità, in primis, e poi dalla dirigenza.

Peraltro, va valutato anche l'effetto indiretto dell'incremento della trattazione scritta, che può avere ricadute non positive sull'effettività della discussione collegiale.

Su molte questioni centrali, di conseguenza, la Corte non ha ancora raggiunto orientamenti consolidati. Ciò determina anche l'effetto indiretto di impedire la pronta definizione delle procedure nelle fasi amministrativa e di merito e anche di rendere arduo il funzionamento dei meccanismi di definizione dei ricorsi per inammissibilità, manifesta infondatezza o fondatezza. Il circolo vizioso si alimenta così, determinando ulteriori incertezze a catena. A ciò si aggiunga che si ha a volte l'impressione che ai contrasti inconsapevoli o "immaturi", si aggiungano contrasti consapevoli e non denunciati, per la malintesa volontà di fornire pro-

tezione a interessi che si colgono, in una materia così sensibile, come non integralmente tutelati. Analoghe dinamiche emergono anche nel settore, altrettanto delicato, della famiglia e dello status dei minori.

3. La Procura generale e il suo ruolo bifronte per la prevedibilità dell'agire giudiziario

Il ruolo della Procura generale si evidenzia qui in tutta la sua rilevanza e nella sostanziale differenza di approccio rispetto alla Corte, anche nelle fasi che quest'ultima svolge di spoglio e di massimazione.

Innanzitutto, lo sguardo della Procura generale è necessariamente orizzontale ed esso si accompagna a quello verticale, che è proprio della Corte. La Procura generale ha infatti un osservatorio sia su tutti i collegi della Sezione (e nella protezione internazionale questi non sono pochi ...), sia sulla giurisprudenza delle altre Sezioni. Soprattutto essa ha tra le proprie funzioni proprio quella di guardare contemporaneamente anche alle fasi di merito, al ruolo che in esse svolge il pubblico ministero.

Le attribuzioni previste dall'art. 6 del d.lgv. 106/2006, originariamente rivolte alla sola fase dell'esercizio dell'azione penale, si sono via via espanse fino a raggiungere i profili organizzativi degli uffici nei diversi settori in cui l'azione del p.m. si articola.

La Procura generale ha quindi previsto una sua articolazione interna, un gruppo di lavoro specializzato il cui compito è di individuare sin dal merito le questioni di diritto che possono trasformarsi in vettori di serialità e che richiedono un pronto intervento di definizione in sede di legittimità.

Come si vede, la ricerca delle origini della massa del contezioso (analisi anche statistica delle fasi amministrativa e di merito) si sposa all'indagine sulle questioni di diritto che si legano a quel contezioso. Quest'ultima investe direttamente l'esistenza in Corte di questioni irrisolte, per le quali il permanere di contrasti costituisce insieme causa ed effetto della difficoltà di trattazione dell'enorme numero di procedure, in un circolo vizioso che occorre interrompere.

Sia chiaro. Nessuna pretesa di chiudere anticipatamente la discussione sulle questioni di diritto nuove o della riconsiderazione di quelle già in passato risolte. Una pretesa di questo genere sarebbe irrealistica, oltre che errata. Non è necessario richiamare qui il ruolo della giurisdizione, quale emergente dalla complessità della interpretazione, in un universo di relazioni tra fonti, anche giudiziarie e anche sovranazionali; terreno, quest'ultimo, di elezione in tema di protezione internazionale.

La volontà di orientare il lavoro della Procura generale verso il contributo per una tendenziale uniformità delle decisioni si inserisce pienamente nel percorso

indicato dalle Corti Europee per la prevedibilità delle decisioni giudiziarie. Nessuna chiusura alla evoluzione della giurisprudenza, che tenga conto di quella complessa rete elaborativa; purché tale evoluzione avvenga nella consapevolezza del ruolo della collegialità, innanzitutto, e del rispetto del precedente, pur negli ampi limiti riconosciuti dal legislatore e dalla giurisprudenza della stessa Corte.

L'esperienza del gruppo di lavoro costituito nella materia della protezione si ispira a quella che in passato diede esiti molto positivi nel settore del lavoro, recentemente ricordata anche dal presidente Curzio. A partire dal 2010, infatti, si avviò un lavoro di analisi dell'origine dei contenziosi seriali che all'epoca devastavano la Sezione lavoro della Corte, rendendola tributaria di una grande percentuale dell'arretrato; questa percentuale era costituita, a sua volta, per il 47% da controversie che vedevano quale parte l'INPS e Poste Italiane, società da poco privatizzata.

L'indagine portò ad individuare le origini di una parte del contenzioso in una "domanda anomala", creata da inefficienze della pubblica amministrazione e da comportamenti predatori che su queste inefficienze si inserivano, agevolati da prassi inadeguate degli stessi uffici giudiziari (che, ad esempio, consentivano la frammentazione della domanda ...)¹.

A questa domanda anomala si aggiungeva, come concausa determinante, la tardiva risoluzione di questioni di diritto, tempistica che rendeva possibile il formarsi di enormi contenziosi seriali (ad esempio, in tema di qualifica del personale forestale regionale o del personale tecnico della scuola o di Poste Italiane, nel passaggio dalla dimensione pubblica a quella privata).

Adeguate contromisure furono prese dalle amministrazioni coinvolte e dalla stessa organizzazione giudiziaria, quest'ultima grazie anche a buone prassi, come quelle del Tribunale di Foggia. Analoga reazione si ebbe in Corte, con l'adozione di un modello di selezione e concentrazione dei ricorsi a potenziale valenza seriale, così da impedire la formazione di un tal genere di contenzioso sin dal merito.

Guardare al merito è dunque fondamentale anche per la Corte. La Procura generale è per sua natura bifronte. Da un lato essa rappresenta il p.m. nel giudizio di legittimità; su questo ruolo ritornerò tra breve. Al contempo essa opera verso il merito, ai sensi dell'art. 6 del d.lvo 106/2006 nei termini ampi di cui si è detto.

Un esempio chiaro di questo impulso, che oscilla tra i profili di organizzazione e quelli di esame del merito delle questioni di diritto che si vengano ponendo,

¹ Si veda il contributo di Vincenzo Di Cerbo e Giovanni Salvi, in *Amministrazione della giustizia, crescita e competitività del Paese*, edito da Astrid, 2011

quando esse hanno valenza di carattere generale e possono influire sulla tutela dei diritti fondamentali o sull'efficacia della giurisdizione, è venuto dalla esperienza della pandemia. Lasciando da parte gli aspetti attinenti alla trattazione a distanza e alla trattazione scritta, ai fini del ruolo attivo della Procura generale possono essere richiamati i campi di azione, volti a dialogare con i grandi temi posti dall'emergenza sanitaria.

In campo penale ciò ha riguardato il ricorso alle misure finalizzate alla riduzione della popolazione carceraria, i reati di appropriazione di risorse pubbliche e quelli in tema di colpa mediche. Il campo di azione è stato però assai più vasto, investendo direttamente il tema della crisi di impresa (già oggetto di azione della Procura generale ma che il COVID richiese venisse affrontato da una diversa angolazione) e del ruolo del pubblico ministero nelle procedure di allerta e di composizione della crisi e di identificazione delle caratteristiche specifiche dell'insolvenza conseguente all'emergenza sanitaria; analogo è stato l'approccio in tema di colpa medica e più in generale di responsabilità sanitaria, che ha riguardato i riflessi delle caratteristiche specifiche della pandemia sulle linee guida, sia di gestione amministrativa che di protocolli di triage e di trattamento, muovendo dalle elaborazioni in tema di responsabilità civile.

4. Gli strumenti conformativi, dall'art. 363 c.p.c. agli "orientamenti" per le Procure della Repubblica

Un punto importante da comprendere è che questi provvedimenti, queste linee di indirizzo, non hanno la pretesa di essere direttive vincolanti per le procure generali d'appello e – per loro tramite – di primo grado; non a caso essi sono definiti *orientamenti*, la cui forza sta certamente nell'autorevolezza della fonte.

Autorevolezza, a sua volta, costruita con il metodo di lavoro, che vede la partecipazione attiva dei veri attori, cioè delle Procure della Repubblica e di quelle generali, e il contributo di alto livello di altri protagonisti in ciascuno dei diversi settori di intervento. L'esito condiviso di questo processo elaborativo è poi a sua volta oggetto di esame e di verifica nel corso del tempo.

Va anche riconosciuto che tutto ciò è stato agevolato dalla effettiva disponibilità (e funzionalità, ciò che in passato era ben poco vero) di strumenti di comunicazione a distanza, che hanno reso possibile un lavoro continuativo di molti soggetti e che hanno visto (ad esempio in tema di attuazione delle nuove disposizioni sulle intercettazioni) anche oltre cento procuratori, tra generali e di primo grado, partecipare attivamente alle riunioni preparatorie.

Questi interventi possono essere letti, unitamente a una parte del lavoro preparatorio, sul sito della Procura generale, cui si accede liberamente digitando www.procuracassazione.it.

È evidente che un tale lavoro si riflette anche sull'approccio alle questioni di diritto che vengono poi trattate dalla Corte. In molti casi questa prospettiva rivolta al merito ha consentito l'individuazione di tematiche emergenti o di irrisolte questioni in diritto, per l'esistenza di contrasti nella giurisprudenza di legittimità.

Al crocevia tra questi due sguardi – al centro si potrebbe dire del Giano bifronte – vi è l'art. 363, primo comma, c.p.c.. L'istituto prevede che il procuratore generale possa richiedere alla Corte l'enunciazione di un principio di diritto nell'interesse della legge, anche al di fuori di una controversia già pendente dinanzi alla Corte, prendendo le mosse da una decisione giudiziaria non impugnata o non impugnabile; prevede inoltre che la stessa istanza possa essere formulata in un giudizio di legittimità in cui il ricorso sia inammissibile (ipotesi prevista dal terzo comma). Nel primo caso la Procura generale, raccogliendo sollecitazioni o istanze di garanzia ben prima che esse abbiano voce in qualche ricorso, propone alla Corte un quesito di diritto di valenza generale, che assume forza di precedente.

In passato inapplicato, da alcuni anni lo strumento è stato oggetto di attenzione da parte della Procura generale, richiamato nelle relazioni inaugurali ma sostanzialmente negletto. Ora esso è divenuto uno strumento ordinario di lavoro della Procura generale, anche al fine di prevenire l'insorgere di controversie seriali.

Un buon esempio è costituito dalla richiesta in data 30 luglio 2020, attinente all'ammissibilità del decreto ingiuntivo per la liquidazione dei compensi professionali degli avvocati con la parcella vistata dal Consiglio dell'Ordine. Particolarmente interessante è che il ricorso sia stato introdotto sulla base della segnalazione pervenuta nella sezione del sito web della Procura generale, appositamente costituita. La risoluzione da parte della Corte della questione, in accordo o meno con le conclusioni del p.m., potrà certamente ostacolare il sorgere di controversie dinanzi agli uffici di merito, destinate a durare anni, fino a un futuro intervento risolutivo nell'ambito delle controversie giunte a maturazione².

5. Il p.m. di legittimità di fronte all'espansione della trattazione camera e scritta

La costante pressione operata dall'abnorme numero di controversie che giungono in cassazione, ha determinato negli anni il ricorso a misure volte a riservare

² Dopo questo intervento è giunta la decisione delle Sezioni Unite, 8 luglio 2021 n. 19247, che ha peraltro accolto le richieste della Procura generale; quand'anche tuttavia esse fossero state disattese, il valore di anticipazione della nomofilachia e di prevedibilità anche delle decisioni di merito sarebbe stato ottenuto.

la trattazione orale a quelle sole che presentino profili di rilevanza nomofilattica o di altro genere.

Ciò ha determinato il rovesciamento del tradizionale rapporto tra procedure camerali e in udienza, che è ora largamente in favore delle prime. Da tale impostazione, proveniente prima dalle misure organizzative e dai protocolli avviati in sede di autorganizzazione e poi da provvedimenti normativi che a quelle misure si sono ispirati, è però derivato anche un corrispondente restringimento del ruolo del p.m. nel processo civile di legittimità.

In sintesi, dalle riforma del 2013 e del 2016 emergono tre aree differenti di trattazione dei ricorsi, cui corrispondono modalità diverse di intervento del p.m.: l'area della VI sezione, nella quale vengono trattati i ricorsi destinati alla immediata definizione, con procedura camerale dalla quale è assente il p.m.; i giudizi a trattazione camerale, modalità ordinaria del giudizio, in cui il pubblico ministero è messo in condizione di concludere se lo ritenga; l'udienza pubblica, con la partecipazione necessaria del pubblico ministero. Quest'ultima riservata ai ricorsi con alto coefficiente nomofilattico, per la "particolare rilevanza della questione di diritto" (nuovo art. 375, ult. comma, cpc).

Il p.m. ha progressivamente perso il ruolo, a mio avviso fondamentale, di collaborazione nella selezione dei ricorsi meritevoli di trattazione orale o comunque dell'intervento del p.m., concentrandosi innanzitutto nella presenza in udienza e dunque nelle conclusioni orali e nella redazione di conclusioni scritte in alcuni casi trattati in camera di consiglio. Del tutto estromesso dalla partecipazione alle deliberazioni camerali della VI Sezione, vede così limitato il ruolo fondamentale di contribuente alla definizione della nomofilachia, sin dalla fase di selezione dei ricorsi, come peraltro continuerebbero ad imporre l'artt. 137 e ss. disp.att. c.p.c., che prevede che "Una copia del ricorso o del controricorso e della sentenza impugnata deve essere subito trasmessa dal cancelliere al pubblico ministero".

La pandemia, d'altra parte, ha accelerato il processo di cameralizzazione e ha spinto fortemente per la trattazione scritta. Questo secondo profilo ha certamente aspetti di positività, consentendo al p.m., senza incertezze, peraltro già in fatto superate, di presentare conclusioni scritte anche in udienza, così potendo rappresentare il proprio orientamento in forme stabili e pubblicamente conoscibili; occorre tuttavia un serio sforzo organizzativo della Procura generale per mantenere il livello qualitativo del proprio contributo. Ciò vuol dire disciplinare i casi i cui il p.m. debba intervenire e, per le udienze, quando in forma scritta.

È di eguale importanza recuperare, anche attraverso gli opportuni accordi, il ruolo di collaborazione con la Corte nella individuazione dei criteri di selezione dei ricorsi che abbiano effettivo valore nomofilattico, al fine di guidarne l'assegnazione ai diversi esiti.

6. Centralità del p.m. di legittimità quale vettore di uniformità e correttezza, per a tutela dei diritti

Il p.m. nel processo civile svolge una ineliminabile funzione a tutela dei diritti e del diritto. Ma se questa funzione si esplica, nelle fasi di merito, attraverso la selezione normativa dei casi intervento necessario e quella discrezionale, operata dallo stesso p.m. ai sensi dell'art. 70 ord. giud., nel processo di legittimità essa è indipendente dalla materia e da ogni rappresentazione di interessi della parte: in sede di legittimità si impone la funzione di uniformazione del diritto, che pervade ogni attribuzione del Procuratore generale presso la Corte, dalla materia disciplinare, alla risoluzione dei contrasti, all'uniformità dell'azione del p.m. di merito nei settori penale e civile.

Come è stato ben sottolineato, il rappresentante del pubblico ministero in sede di legittimità, in quanto "soggetto disinteressato, proprio perché vettore di un interesse pubblico e non delle pretese e delle posizioni proprie dei litiganti, è dunque in via di principio individuato come il portatore della soluzione del caso attraverso la lettura "esatta" della norma, in una logica di scopo, o di funzione, di marcato carattere pubblicistico"³.

Nel disegno costituzionale, l'indipendenza del p.m. costituisce la garanzia che tale organo non rappresenterà nel processo di legittimità, né le esigenze di un potere, né le attese di una delle parti, ma sarà vettore di uniformità e correttezza nell'applicazione della legge e quindi di eguaglianza. È questa caratterizzazione che ne consente, nel nostro ordinamento, l'accostamento a figure ben note di p.m. nelle Corti sovranazionali e che ha consentito alla nostra Corte costituzionale di riconoscerne il ruolo quale organo "che esercita una alta funzione di giustizia", secondo la sintetica ma esauriente definizione che ne ebbe a dare già la sentenza n. 2 del 1974.

³ C. SGROI, *La funzione della Procura generale della Cassazione*, *Questione Giustizia*, 2018.

Nomofilachia integrata e diritto sovranazionale. I “volti” della Corte di cassazione a confronto

Ora, in questo stato di cose, che cosa tiene legati i giudici al rispetto dei limiti? Che cosa impedisce loro di arrogarsi un potere eccessivo? Che cosa li aiuta a conservare qualcosa della metodicità e cautela dei loro omologhi del passato in un mondo tanto accelerato e proteiforme? Il metodo dialogico è la soluzione moderna affinché il giudice sia inserito in un contesto di costante confronto, conforto, ispirazione, influenza, scambio e limite con altre Corti, altre giurisdizioni, altri Stati, altri interlocutori istituzionali.

...Il dialogo attenua la ferocia repentina e drastica con cui il giudice assolverebbe il suo ruolo nel contesto giuridico moderno, raccostandolo alla prudenza mite, incessante ma graduale, che apparteneva ai suoi predecessori del Common Law al fine di aggiornare e migliorare il diritto.

[G. Calabresi, Il mestiere del giudice. Pensieri di un accademico americano, Bologna, 2013]

...per me il dialogo rimane il modo fondamentale con cui le Corti fanno il proprio mestiere, e costituisce la parte centrale di quello che noi facciamo. Certo, ci sono persone che credono che il mestiere di Giudice sia meramente di risolvere una disputa e che si accontentano di dare una soluzione alla causa in modo da potere andare a casa tranquilli. Ci sono dei grandi Giudici che la pensano così, ma ci sono anche altri grandi Giudici che invece “vogliono creare il Diritto!”, vogliono farlo, sia di destra che di sinistra, dei grandi nomi...e lì c'è un problema. Per me invece il mestiere di Giudice è di dialogare con altri Giudici, con altre Corti, attraverso il tempo, con la burocrazia, con i legislatori, e insieme creare il Diritto.... La questione è dunque se in questo modo, attraverso il dialogo, si possa spingere questi altri – le burocrazie e i legislatori – a fare quello che loro dovrebbero fare, ossia ad indurre i burocrati a non essere così burocratici, i legislatori di vari Stati a fare il loro mestiere, a non nascondersi ed evitare di prendere posizioni politiche che sono spiacevoli. Ora, il Giudice può, proprio perché è indipendente, cercare di fare in modo che queste Istituzioni facciano il loro mestiere e così ci aiutino – noi giudici – nel decidere i casi specifici e nel portare un poco avanti il diritto. In un certo senso questo è il modo moderno di quello che era lo sviluppo del diritto tramite il Common Law “case by case”, il metodo casistico, se si vuole parlare dei Gesuiti. Detto questo, non c'è dubbio che questo modo di fare determini alcune incertezze,

ossia se uno dicesse “il diritto è così basta” tutto sarebbe più certo. Anzi, a questo proposito ritornerò tra poco, e parlerò sul come si tratta il “fare giustizia” in casi di incertezza. Credo davvero che questo tema sia una delle questioni fondamentali e che prescinda dalla questione del dialogo, proprio per comprendere come fa un Giudice a cercare di fare il suo mestiere: aggiornare il diritto sapendo poi che per le persone è importante sapere che cos’è la legge per potere aderire a questa.

[Un’intervista impossibile a Guido Calabresi, di Roberto Conti, Giustizia insieme, 13 settembre 2021]

SOMMARIO: 1. Il ruolo della Corte di cassazione e la sua *mutazione genetica* per effetto dell’impatto delle Carte e delle Corti sovranazionali. – 2. La Cassazione (ma anche il giudice di merito) e la CEDU seguendo il ruolo dell’interpretazione *convenzionalmente* orientata fino a Cass., S.U., 19 febbraio 2021, n. 6551, a proposito di sovraffollamento carcerario, spazio vitale e “letto a castello”. – 3. La Corte di cassazione e la massimizzazione delle tutele come *Grundnorm* del sistema. – 4. Il volto della Cassazione visto dal giudice non di legittimità. Il dialogo fra Cassazione e merito, la nomofilachia *orizzontale e discorsiva* e la *sovranità democratica*. – 5. Il ruolo della Corte di cassazione a proposito del bilanciamento fra diritti fondamentali. – 6. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE e il dialogo fra la Corte di Giustizia e la Cassazione. Perché *dialogare* con la Corte di Giustizia? – 7. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, il ruolo ed i *volti* della Corte di cassazione e della Corte costituzionale. – 8. Il dialogo con la Corte edu e il ruolo della Corte di cassazione. Dal *soft law* – il Protocollo concluso dalla Cassazione con la Corte edu l’11 dicembre 2015 – ad oggi – il Protocollo n. 16, efficace ma non per l’Italia. – 9. Chi ha paura del Protocollo n. 16? – 10. L’interpretazione *convenzionalmente* orientata anche in assenza di precedenti della Corte edu. Il problema delle lacune e il *volto* operativo della Cassazione. – 11. Cass., S.U., 23 ottobre 2020, n. 29541, *Filardo*. Un altro *volto* della Cassazione. – 12. Alla ricerca di una mediazione fra i volti della Cassazione. Il *principium cooperationis*. Il coraggio nella consapevolezza del limite*.

1. Il ruolo della Corte di cassazione e la sua *mutazione genetica* per effetto dell’impatto delle Carte e delle Corti sovranazionali

Non mi sento particolarmente legittimato ad offrire punti di riferimento validi in senso oggettivo rispetto ai complessi e, per certi versi, ontologicamente “divisivi” temi affidatimi che, comunque, risentono di un’impostazione culturale personale che non può in alcun modo ambire a rappresentare *la* Corte di cassazione.

Forte di questa premessa che per onestà intellettuale occorre fare, il tentativo che si cercherà di condurre a termine è quello di fotografare il ruolo della Corte di cassazione, in ragione dell'accresciuto impatto delle fonti sovranazionali e della dilagante valenza dei diritti fondamentali nonché della progressiva apertura della Corte di cassazione verso sempre più pressanti occasioni di confronto – non sempre indolori –, con altre Corti, nazionali e sovranazionali, capaci di mutarne il volto a legge invariata, atteso che essa è pur sempre tenuta ad assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, insieme all'unità del diritto oggettivo nazionale – come recita testualmente l'art. 65 del R.D. 30.1.1941, n. 12 sull'ordinamento giudiziario – ma anche il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni e di tutti gli altri compiti affidati dallo stesso art. 65 cit. e dalla legge.

Il giudice – quello di legittimità – è istituzionalmente chiamato ad affermare ed esprimere – in ragione dei compiti affidatigli dall'art. 65 l. ord. giud.¹ – la *massima* destinata ad operare per il futuro, che si può trarre dal caso esaminato dal giudice di merito, e a garantire la tutela della legalità della decisione nel singolo caso concreto².

Oggi il ruolo del giudice di legittimità assume tratti in parte – ma non completamente – sovrapponibili a quelli del giudice di merito, sui quali occorre riflettere trovandosi la Corte di cassazione in posizione privilegiata per: a) compiere operazioni di vera e propria emersione dei principî fondamentali previsti dalla Carta costituzionale e dalle altre Carte dei diritti; b) interloquire con le giurisdizioni sovranazionali per effetto dell'obbligo del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* e – dopo l'auspicabile varo del Protocollo n. 16 annesso alla CEDU – con la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo; c) esercitare, come già accennato, la funzione nomofilattica ad essa riservata, salvo comprendere l'attuale significato che oggi tale funzione assume per la Corte stessa.

Giudice di ultima istanza chiamato, dunque, a dover curare e gestire i rapporti con il suo ordinario interlocutore, il giudice di merito appunto, ma che è sempre più assillato dal trovarsi all'interno di quel circuito di Corti nelle quali *inventa* il diritto vivente, per dirla con Paolo Grossi³.

¹ E. CARBONE, *Quattro tesi sulla nomofilachia*, in *Pol.dir.*, 2004, 599 ss.

² M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991, 13; G. SILVESTRI, *Le Corti supreme negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, in AA.VV., *Le Corti supreme*, Atti conv. Perugia, 5-6 maggio 2000, Milano, 2001, 36 ss. ed in particolare, 39: «...Le tradizionali Corti supreme si sono spostate sempre più a ridosso degli organi giudiziari diffusi sul territorio e svolgono funzioni sempre più lontane dalla nomofilachia proiettata al futuro, per assumere le sembianze di controllori specifici della giusta definizione del caso, garanti in ultima istanza della legalità che serve all'immediata tutela dei diritti del cittadino».

³ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma 2017, 82 e 115. Lo stesso P. GROSSI, in *Prefazione a Il mestiere del giudice*, a cura di R.G. CONTI, Padova, 2020, XVI, chiarisce in modo autentico il concet-

Cassazione che, proprio per l'esistenza di sistemi normativi, che si affiancano a quello interno, è posta, addirittura, in una posizione tale da poter essere *bypassata* o sconfessata dal giudice di merito, divenendo essa stessa *controllata* da quest'ultimo il quale, soggetto anch'egli soltanto alla legge (art. 101 Cost.), reputa, addirittura anche in sede di rinvio ed al cospetto del principio di diritto fissato dalla Corte (art. 384 c. 2 c.p.c.), di non doversi allo stesso conformare, magari attingendo alle giurisprudenze sovranazionali che a tanto sembrerebbero abilitarlo, per disapplicare la legge contrastante con il diritto UE⁴ o per rivolgersi alla Corte di Giustizia al fine di sollecitare un'interpretazione *contro* il principio fissato dalla Cassazione in sede di rinvio⁵.

È, d'altra parte, noto che non vige il principio del precedente vincolante, sicché qualunque giudice di merito può motivatamente discostarsi dall'orientamento espresso dalla Corte di legittimità, contribuendo a quel dinamismo interpretativo e a quei mutamenti giurisprudenziali che, purché frutto di consapevole e ragionato dissenso, costituiscono sempre e comunque la linfa vitale del nostro sistema⁶.

Dunque, una Cassazione, per certi versi, vulnerabile e, per altri, vocata al dialogo⁷ interno – anche se “blindato” fra singole Sezioni e le Sezioni Unite (civili e

to di *invenzione* che Egli stesso ha canonizzato, precisando che nel parlare di ruolo inventivo, “... si fa esclusivo riferimento alla *inventio* dei latini consistente appunto in un *cercare per trovare*”.

⁴ V. Corte Giust. 5 ottobre 2010, causa C – 173/09, *Elchinov*. V. altresì, Corte giust. 15 gennaio 2013, causa C – 416/10, *Križan*, ove si è addirittura ritenuto che il giudice del rinvio al quale sia stata rimessa dal giudice di ultima istanza la decisione sulla base di un principio di diritto confliggente con il diritto UE, non è vincolato a detto principio, ma è a sua volta legittimato a prospettare un nuovo rinvio pregiudiziale per conoscere l'interpretazione del diritto UE sul quale esistono seri dubbi.

⁵ In questa direzione può ricordarsi Corte giust., 24 giugno 2019, C-573/17, *Poplawsky*, ove la Corte ha dichiarato che l'obbligo di interpretazione conforme impone ai giudici nazionali di modificare, se del caso, una giurisprudenza consolidata, se questa si basa su un'interpretazione del diritto interno incompatibile con gli scopi di una decisione-quadro, e di disapplicare, di propria iniziativa, qualsiasi interpretazione accolta da un organo giurisdizionale superiore alla quale essi siano vincolati, ai sensi di tale disposizione nazionale, se detta interpretazione non è compatibile con la decisione-quadro di cui trattasi (v., in tal senso, sentenze del 19 aprile 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, punto 33, nonché del 29 giugno 2017, *Poplawski*, C-579/15, EU:C:2017:503, punti 35 e 36). Pertanto, un giudice nazionale non può, in particolare, validamente ritenere di trovarsi nell'impossibilità di interpretare una disposizione nazionale in maniera conforme al diritto dell'Unione, per il solo fatto che detta disposizione è stata costantemente interpretata in un senso che è incompatibile con tale diritto (cfr. sentenze dell'8 novembre 2016, *Ognyanov*, C-554/14, EU:C:2016:835, punto 69, e del 6 novembre 2018, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, C-684/16, EU:C:2018:874, punto 60).

⁶ Cfr. R. CONTI, *Il mutamento del ruolo della Corte di cassazione fra unità della giurisdizione e unità delle interpretazioni*, in <http://www.giurcost.org/studi/conti5.pdf>.

⁷ V., sulla centralità del dialogo per il giudice federale americano, ma in una prospettiva che non è molto diversa da quella del giudice di ultima istanza nazionale, G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice*.

penali) per effetto dell'art. 374 c.p.c. e del novellato art. 618 c.p.p.⁸ – ed esterno con la Corte costituzionale, la Corte di Giustizia e la Corte edu, come si vedrà nel prosieguo.

Focalizzando, dunque, il discorso sull'avvento del diritto di matrice sovranazionale – diritto UE, CEDU, Trattati internazionali che riconoscono diritti fondamentali, in relazione a quanto previsto dall'art. 117, 1^a comma, Cost. – esso rende viepiù evidente il cambio di prospettiva della funzione nomofilattica e, in definitiva, la *mutazione genetica* della Corte di cassazione, ormai “giuridicamente obbligata” a garantire – anche – l'uniforme interpretazione della legge, come reinterpretata alla luce della CEDU e delle altre Carte dei diritti fondamentali.

In questa prospettiva abbiamo già proposto alcune riflessioni sui temi della metamorfosi della funzione nomofilattica della Corte di cassazione e della c.d. *nomofilachia europea* alle quali in questa sede è sufficiente rinviare⁹.

Tutto ciò essa fa al servizio di plurime funzioni che ne atteggiano il tratto, al contempo, di *giudice controllore*, rispetto al merito – ma non sempre, per quanto detto appena sopra – e di *giudice controllato*, rispetto alle altre giurisdizioni nazionali – Corte costituzionale – e sovranazionali – Corte europea dei diritti dell'uomo e, pur con tratti diversi, ma non troppo, – Corte di Giustizia dell'UE¹⁰ –.

Pensieri di un accademico americano, Bologna 2014, 66 e ss. Anche l'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale, sulla vicenda “Cappato” è sintomatica di quanto le Corti superiori tendano quasi naturalmente a favorire soluzioni che presuppongono un dialogo con il legislatore o con le altre Corti. Dialogo cercato addirittura forzando prassi secolari ed attingendo ad esperienze oltre-oceaniche, anche se proprie di sistemi giuridici che la tradizione giuridica colloca in ambiti diversi da quelli nostrani.

⁸ Sui rapporti fra Sezioni semplici e S.U. penali v., di recente, G. DE AMICIS, *La formulazione del principio di diritto e i rapporti tra Sezioni semplici e Sezioni Unite penali della Corte di cassazione*, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dalla Struttura della formazione decentrata presso la Corte di cassazione il 30 novembre 2018.

⁹ V., volendo, R. CONTI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte UE: risorsa, problema e principio fondamentale di cooperazione al servizio di una nomofilachia europea*, Relazione al Convegno sul tema “Le questioni ancora aperte nei rapporti tra le Corti Supreme Nazionali e le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo” – 23 e 29 ottobre 2014 –, organizzato presso la Corte di cassazione dalle Strutture territoriali di formazione decentrata della Corte di cassazione e della Corte d'Appello di Roma, in www.cortedicassazione.it; Id., *La giurisdizione del giudice ordinario e il diritto Ue*, in www.questionegiustizia.com; A. BARONE, *The european « nomofilachia » network*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2/2013, pag. 351.

¹⁰ Sui tratti, a volte accidentati, di questo cammino della Corte di cassazione v. A. COSENTINO, *Il dialogo fra le Corti e le sorti (sembra non magnifiche, né progressive) dell'integrazione europea*, in www.questionegiustizia.com.

Le riflessioni che seguono cercheranno, dunque, di offrire al lettore non tanto le pur sicuramente esistenti disarmonie all’interno della giurisdizione di legittimità, quanto la diversità di *volti* che all’interno della Corte stessa convivono rispetto alle questioni sopra sommariamente tratteggiate.

2. La Cassazione (ma anche il giudice di merito) e la CEDU seguendo il ruolo dell’interpretazione *convenzionalmente* orientata fino a Cass., S.U., 19 febbraio 2021, n. 6551, a proposito di sovraffollamento carcerario, spazio vitale e “letto a castello”

Con le note sentenze “prime gemelle” del 2007 – nn. 348 e 349 – la Corte costituzionale affermò che il primo artefice dell’applicazione della Convenzione edu è “il giudice”. In quell’occasione fu parimenti confermato che “il giudice” è tenuto ad interpretare il diritto interno in modo conforme alla Convenzione. «...*Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme.*» – p. 6.2 cons. in diritto sent. n. 349/2007 –. Passaggio ulteriormente ribadito quando la Corte riconosce che «...L’applicazione e l’interpretazione del sistema di norme sono attribuite beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri, cui compete il ruolo di *giudici comuni della Convenzione...*» – cfr. sent. ult. cit. –.

Non è qui il caso di soffermarsi sui successivi seguiti, pur rilevanti, sui quali ha messo mano la Corte costituzionale, anche se il pensiero corre alle seconde sentenze gemelle del 2009 – nn. 311 e 317 –, alla – per certi versi – “dolorosa” presa di posizione della sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale¹¹, che ruota tutta attorno al tema della *giurisprudenza consolidata*, sul quale la stessa si sforza di costruire un quadro di *principia* che dovrebbero valere per il giudice comune, scongiurando alla radice il pericolo (duplice) di diventare entusiasta propagatore del verbo delle Corti internazionali e di rimanere attratto dal fascino ipnotico proveniente dalla CEDU¹².

¹¹ Oltre ai numerosissimi commenti alla sentenza ricordata nel testo, in calce alla pubblicazione della stessa in *Consultaonline*, v., A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano 2017, 195.

¹² V., di recente, in termini assai favorevoli alla scelta di C. Cost. n. 49/2015, E. LAMARQUE, *I poteri del giudice comune nel rapporto con la Corte costituzionale e le Corti europee*, in *La Corte costituzionale del XXI secolo*, in *Questionegiustizia*, n. 4/2020, 93 ss. Per un risalente commento v. volendo, R. CONTI, *La CEDU assediata? (osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015)*, in *Consultaonline*, 26 marzo 2015.

Orientamenti, quelli espressi dalla Corte costituzionale che, pur nelle *oscillazioni del pendolo*¹³, confermano come il giudice comune sia ancora una volta investito di un ruolo “a fisarmonica”, che lo vedrebbe, a volte, vincolato all'altrui interpretazione – il che avverrebbe, in definitiva, quando la Costituzione è interpretata dalla Corte costituzionale – v. sent. n. 6/2018 ed i *seguiti* recenti culminati nell'ordinanza delle Sezioni Unite civili di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia in materia di eccesso di potere giurisdizionale (Cass. S.U. n. 19598/2020, su cui v., *infra*), altre volte, libero artefice nell'individuazione del diritto del caso concreto.

Occorre qui dunque evidenziare e valorizzare, ancora una volta, l'accresciuto ruolo del giudice – soprattutto di legittimità – e la centralità della sua funzione, nonché – per dirla con le parole usate dal Primo presidente Curzio in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario –, dell'interpretazione “*convenzionalmente*” orientata allo stesso affidata.

Un'interpretazione che alla luce della sentenza n. 49/2015, risulterebbe *inconvenzionale* (e dunque non ammessa) in assenza del *consolidamento* della giurisprudenza di Strasburgo, ma che, ancora una volta, passa per l'attività riservata al giudice comune, al quale viene demandato il compito di stabilire *quando* la giurisprudenza della Corte edu sia o meno consolidata.

Tale situazione sarebbe, del resto, ulteriormente indotta dall'estrema genericità degli indici rivelatori del consolidamento indicati dalla sentenza n. 49/2015.

Come che sia – e salvo ritornare nel prosieguo sul ruolo del consolidamento –, risulta dunque evidente un incrementato livello di *responsabilità* in capo al giudice comune che fa il paio con il parimenti crescente livello di professionalità reclamato da interprete sempre più proiettato verso un confronto, un dialogo, con altre giurisdizioni ed altre tecniche decisorie, non pienamente sovrapponibili a quelle che governano il sistema interno.

Ed infatti, dietro alle Sirene del dialogo vi è, nemmeno tanto nascosto, il rischio che il confronto con le altre giurisdizioni possa essere foriero di risultati non adeguati quando allo stesso non si arrivi con idonei strumenti di conoscenza.

Si intende, in definitiva, sottolineare che la progressiva valorizzazione del diritto di accesso alla giustizia e l'implementazione di centri decisionali, nazionali e sovranazionali, chiamati ad esprimere il loro avviso su una stessa questione secondo un quadro giuridico di riferimento non sempre omogeneo rispetto alle singole giurisdizioni rappresenta, oggi, un *dato di certezza* dal quale non è pos-

¹³ A. RUGGERI, *I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, in *Consultaonline*, 1/2019, 25 marzo 2019.

sibile prescindere per intavolare una riflessione onesta e seria sulla giustiziabilità dei diritti.

Non è senza significato, ancora una volta, il ricorso a vicende che hanno visto in campo i giudici comuni, i giudici costituzionali, quelli delle Corti sovranazionali e, infine, il legislatore.

Il pensiero corre al tema del sovraffollamento carcerario, nel quale le pressioni sul giudiziario che non avevano trovato valorizzazione a livello interno circa una condizione carceraria disumana, dopo il loro pieno riconoscimento innanzi alla Corte edu con la nota sentenza “pilota” *Torreggiani c. Italia*, hanno stimolato il legislatore ad intervenire, compulsato dalla vigilanza del Comitato dei Ministri presso il Consiglio d’Europa sullo stato di attuazione della sentenza appena ricordata, determinando, per l’effetto, l’introduzione di una novella alla legge sull’ordinamento penitenziario sfociata negli artt. 35-bis e *ter*¹⁴.

Orbene, con l’art. 35 *ter* o.p., è stato lo stesso legislatore a formalizzare l’obbligo di interpretazione conforme alla Corte dei diritti dell’uomo, con riferimento all’art. 3 CEDU.

Tale disposizione si apre, infatti, chiarendo che “Quando il pregiudizio di cui all’articolo 69, comma 6, lett. b), consiste, per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l’articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, *come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo*”.

Emerge, ancora una volta, il ruolo per così dire “di frontiera” della Corte di cassazione che anche sulla questione appena ricordata, così profondamente innervata di profili fattuali, è chiamata a gestire un contenzioso nel quale il numero considerevole di precedenti della Corte edu in materia di sovraffollamento, molti dei quali legati a situazioni fattuali e peculiari proprie di realtà normative diverse da quelle interne, mette a nudo in modo adamantino la complessità dei tempi alla quale accenna, in modo approfondito, anche Davide Galliani¹⁵.

E proprio la recentissima decisione delle Sezioni Unite penali, a proposito dell’incidenza o meno sullo *spazio minimo vitale* del letto singolo e del letto a

¹⁴ V., volendo sul tema, R. CONTI, *La nuova frontiera dopo la “Torreggiani”: tracciati e prospettive per il giudice e il legislatore*, in *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, a cura di F. Fiorentin e D. Galliani, Torino 2019, 599.

¹⁵ D. GALLIANI, *È più facile perdonare un nemico che un amico. La Corte europea dei diritti dell’uomo, la giusta giustizia, la giurisprudenza consolidata, l’ordinamento italiano*, in *P. Pinto de Albuquerque, I diritti umani in una prospettiva europea, opinioni concorrenti e dissenzienti*, a cura di D. Galliani, Torino, 2016, 5.

castello – Cass., S.U., 19 febbraio 2021, n. 6551, *Min. Giustizia c. Comisso*¹⁶ – mostra quanto sia tuttora da approfondire il ruolo del giudice rispetto al ricordato art. 35 *ter* o.p. e, più in generale, del primo rispetto alle fonti e alle diverse dinamiche che si agitano contemporaneamente sullo scrittoio del giudicante.

La lettura del precedente da ultimo ricordato mostra ancora una volta le *oscillazioni del pendolo* alle quali si faceva riferimento quanto al rapporto fra giudice, Costituzione, CEDU e relative interpretazioni, confermando la complessità della trama di un ragionamento che si snoda verso percorsi non univoci. A volte, infatti, si ha la sensazione che si tenda a spingere verso il consolidamento della giurisprudenza convenzionale evocato dalla sentenza n. 49/2015, in ciò le Sezioni Unite penali, ribadendo l'impostazione espressa da Cass., S.U. pen., 24 ottobre 2019 - 3 marzo 2020, n. 8544, *Genco*¹⁷, a proposito del valore della sentenza *Contrada* della Corte edu e della sua non estensibilità alle vicende dei c.d. *fratelli minori*, ingessano l'interpretazione convenzionalmente orientata maggiormente protettiva. Altre volte si tende, invece, ad ammettere l'integrazione della giurisprudenza convenzionale rivelatasi "muta" rispetto al tema in discussione per coglierne il senso e quindi, in definitiva, superando la teoria del consolidamento attraverso l'interpretazione, altre volte ancora caldeggiando quella – invero auspicabile – tendenza a fondere i parametri e le giurisprudenze nazionali e sovranazionali al fine di garantire la più ampia tutela possibile, realizzando proprio quel canone della *massimizzazione delle tutele* in tesi negato. Ciò che costituisce, appunto, l'approdo finale delle S.U. appena ricordate in tema di spazio vitale e letto a castello. Il tutto, *ça va sans dire*, giungendo a simile conclusione attraverso affermazioni intrise di fattualità, a dir poco inusitate da parte di un giudice di legittimità, quali sono quelle che muovono dal dato fattuale della amovibilità del letto a castello che non riguarderebbe, invece, il letto singolo!

Un ruolo che, ancora una volta, mette continuamente a nudo i diversi volti della Corte di cassazione ed in particolare quello più favorevole ad una prospettiva di aperta compenetrazione dei parametri, quale che ne sia la fonte, insieme ad altri più attenti alla prospettiva domestica, fino a trarne spunto per operazioni che possono in tesi determinare una minore tutela, emendabile solo con il ricor-

¹⁶ V., sul punto l'assai interessante riflessione alla sentenza delle S.U. penali citata nel testo di F. GIANFILIPPI, *Il letto (di Procuste) e le Sezioni Unite – sent. n. 6551/2021–: il punto sugli spazi detentivi minimi e un'occasione per parlare ancora di giurisprudenza convenzionale e limiti all'ap-prezzamento del giudice nazionale*, in *Giustiziainsieme*, 2 marzo 2021.

¹⁷ M.S. MORI, *I "Fratelli minori" di Contrada e le possibili conseguenze nei rapporti con la Corte europea dei diritti dell'uomo: note a margine di SS.UU. n. 8544 24.10.2019 - 3.3.2020 Genco*, in *Giustiziainsieme*, 12 giugno 2020.

so alla Corte costituzionale. E proprio sulle ricadute in termini di giustiziabilità dei diritti che derivano dai diversi volti della Corte ci si riserva di dire qualcosa in coda alle riflessioni.

3. La Corte di cassazione e la massimizzazione delle tutele come *Grundnorm* del sistema

Ancora, una Corte che, a volte, sembra supplire all’inerzia del legislatore richiamandosi al *principlismo*¹⁸ e alla duttilità strutturale dei suoi canoni, visti – da taluni – come attività di vera e propria usurpazione di poteri camuffata da interpretazioni ardite che mascherano autentiche attività di produzione legislativa, al punto da ipotizzare una vera e propria eversione rispetto ai canoni costituzionali – primo fra tutti quello rappresentato dall’art. 101 Cost. – e, da altri, come fulgida espressione di una giurisdizione dinamica, indirizzata ad un’opera di *invenzione* rivolta ad integrare in modo pieno la Costituzione e le Carte internazionali con i diritti che ivi vengono riconosciuti e protesa verso un ideale di massimizzazione delle tutele.

Anche quest’ultimo tema, evocato nel titolo della sessione, risulta spesso fortemente divisivo.

La Corte costituzionale ne ha più volte fatto cenno. Ed infatti, essa ha ritenuto che la necessità di una valutazione congiunta, e virtualmente paritaria, di tutti i parametri (costituzionali e sovranazionali) coinvolti, sia stata espressa nella sentenza n. 191 del 2014, dove si sottolinea il ruolo della Corte costituzionale come finalizzato ad «una valutazione sistemica e non frazionata dei diritti coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, in modo da assicurare la massima espansione delle garanzie di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione e reciproco bilanciamento (sentenze n. 170 e n. 85 del 2013 e n. 264 del 2012)»

Proprio con riguardo ai rapporti fra Costituzione e CEDU, Corte cost. n. 317/2009 ha chiarito l’obbligo di considerare contestualmente tutte le norme (costituzionali e convenzionali) rilevanti, allo scopo di individuare, su un piano sostanziale e concreto, la soluzione in grado di assicurare nel caso di specie – ma

¹⁸ Sui tormentati rapporti fra giudice e legislatore v., per tutti, R. RORDORF, *Giudizio di cassazione. Nomofilachia e motivazione*, in *Libro dell’anno del diritto 2012*, spec. par. 2.1, in www.treccani.it e in più scritti, A. RUGGERI, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone, in “itinerari” di una ricerca, sul sistema delle fonti, XXI, Torino 2018, 101 ss. V., volendo, R. CONTI, *Leggendo l’ultimo Lipari*, in www.questionegiustizia.com

chiaramente non trascurando di rivolgere, per così dire, un attento sguardo al passato e uno ancor più attento al futuro – la “massima espansione delle tutele”.

Ha invece parlato di “massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico” Corte cost. n. 269 del 2017; operazione, quest’ultima, che in molti casi “complessi” (tra cui *in primis* quelli di conflitto o divergenza qui evocati) i giudici comuni forse ben potrebbero, se non dovrebbero, rinunciare a svolgere autonomamente, richiedendo invece l’intervento del giudice costituzionale (così Sciarabba¹⁹).

Su questa scia le Sezioni Unite della Cassazione non hanno mancato di affermare – Cass., S.U., 23 luglio 2019, n. 19886 – che se la funzione del giudice nazionale è, stando ai più recenti arresti di questa Corte a Sezioni Unite – sent., 21 dicembre 2018, n. 33208 e altri precedenti ivi richiamati – e della Corte costituzionale – sent. n. 49/2015, 24 e 25 del 2019 –, quella di cooperare attivamente, attraverso l’interpretazione convenzionalmente orientata, alla protezione dei diritti fondamentali, dialogando con la giurisprudenza delle Corti costituzionali e sovranazionali in modo da offrire un livello elevato di protezione dei diritti fondamentali, il definitivo assestamento della giurisprudenza della Corte edu in ordine ad una data materia – nel caso di specie la non necessità dell’attivazione di un procedimento esecutivo nei confronti dello Stato debitore, dalla quale deriva la piena unitarietà fra fase di cognizione e fase esecutiva quando il soggetto debitore è appunto lo Stato – consente di modificare i principi espressi dalle stesse Sezioni Unite in precedenza – Cass. S.U. n. 6312/2016 –, conformandole alle più elevate nicchie di tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU.

Questo principio viene dunque guardato, da una parte della dottrina, come autentico canone-guida nelle relazioni fra le Carte e le norme, rilevandosi come quello della massimizzazione delle tutele costituisca un’autentica *Grundnorm* nelle relazioni inter-ordinamentali, visto che “...è nella natura ed indeclinabile vocazione di ogni valore, il tendere alla propria espansione e salvaguardia, la massima appunto possibile, alle condizioni oggettive di contesto”²⁰. Prospettiva

¹⁹ V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Roma 2019, 169.

²⁰ A. RUGGERI, *Il primato del diritto dell’Unione sul diritto nazionale: lo scarto tra il modello e l’esperienza e la ricerca dei modi della loro possibile ricomposizione*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XX, Torino, 8 ss.; id., *Disordine del sistema delle fonti, crisi della legge e ruolo del giudice (tornando a riconsiderare talune correnti categorie teoriche alla luce delle più salienti esperienze della normazione e dei più recenti sviluppi istituzionali)*, in *Consultaonline*, 9 novembre 2020, 613; F. VIGANÒ, *Cedu e cultura giuridica italiana*, 13) *Conversando con i penalisti su Cedu e dintorni*, Intervista di R. CONTI e V. MILITELLO a R. MAGI, V. MANES e F. VIGANÒ, in *Giustizia insieme*, 8 febbraio 2021. Sul tema, v., volendo R. CONTI, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, *Relazione svolta al corso di formazione*

che, se accolta, vede (anche) la Corte di cassazione, come giudice “garante di diritti a protezione multilivello”²¹ nonché ultimo avamposto della giurisdizione interna, capace di assumersi le responsabilità che, per funzione, ad essa competono rispetto alla tutela dei diritti.

E per ragioni di brevità può qui soltanto accennarsi all’esistenza di precisi ed inequivocabili canoni normativi che attestano la propensione delle Carte sovranazionali dei diritti fondamentali a regolare i rapporti fra detti strumenti proprio in base al principio della massimizzazione delle tutele – v. art. 53 della Carta UE dei diritti fondamentali e art. 53 CEDU –²².

Altra dottrina invece non ha mancato di avversare tale prospettiva in modo altrettanto fermo, valorizzando soprattutto il fatto che non possa realmente parlarsi di accrescimento dei diritti se ci si pone nella prospettiva della riduzione di tutela che si produrrebbe su un altro diritto, proprio per effetto del bilanciamento. Ciò che finirebbe, forse, per assecondare la critica di chi, ancora una volta, incede a un’improvvida confusione di ruoli fra legislatore e giudici, a questi ultimi appunto a volte accostandosi in un’ottica, come si diceva, eversiva, rispetto alla Costituzione.

Troppo difficile esaminare compiutamente le tesi a favore o contro rispetto al tema della massimizzazione delle tutele.

In questa sede, senza pretesa alcuna di offrire risposte, può forse solo accennarsi ad un’idea che tende a circoscrivere la funzione nomofilattica di precedente a quei casi che dovessero avere le medesime, identiche, caratteristiche; ipotesi che spesso appaiono residuali e che si misurano continuamente e dinamicamente con il caso concreto e controverso.

Se, dunque, si condivide l’assunto che l’unità dell’ordinamento da perseguire “...è quella fondata sulla garanzia dell’eguaglianza, attuata empiricamente da un’opera di uniformizzazione nomofilattica aperta al dinamismo di un sistema costituzionale perennemente proteso all’attuazione di principi fondamentali mu-

organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura sul tema “I diritti fondamentali alla luce della Costituzione, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e della Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo e della giurisprudenza delle Corti” nei giorni 7 e 8 settembre 2020, in Consultaonline, 3/2020.

²¹ M.G. LUCCIOLI, *I miei cinquant’anni in magistratura*, Udine 2016, 139.

²² Cfr., volendo, R. CONTI, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, Relazione svolta all’incontro di studio organizzato dalla SSM sul tema *I diritti fondamentali alla luce della Costituzione, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e della Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo e della giurisprudenza delle Corti*, in *Consultaonline*, 2 novembre 2020, spec. par. 6, *La massimizzazione delle tutele nel campo dei diritti fondamentali. A proposito dei rapporti fra Carta UE e CEDU*.

niti di una carica assiologica inesauribile ed attento all'accurata rilevazione delle differenze"²³, si riescono, forse, a garantire tanto il naturale dinamismo della giurisprudenza di legittimità, protesa anch'essa a rigenerarsi progressivamente e continuamente in ragione di un sempre più elevato *standard* di tutela dei diritti fondamentali, su base costituzionale ed sovranazionale, quanto la valenza generalizzante del dato normativo, capace di regolare *pro futuro* la materia e di integrarsi attraverso l'interpretazione, con i principi costituzionali.

4. Il volto della Cassazione visto dal giudice non di legittimità. Il dialogo fra Cassazione e merito, la nomofilachia *orizzontale e discorsiva* e la *sovranità democratica*

Queste dunque, elencate sicuramente per difetto e con una certa approssimazione, appaiono essere alcune delle peculiarità del mestiere del giudice di legittimità²⁴, per effetto delle quali chi vi opera, almeno i più coscienziosi, ha ormai perso completamente la velleità di sentirsi "organo supremo della giustizia" come pure ancora recita l'art. 65 ord.giud., invece maturando, progressivamente, un *habitus* di vero e proprio crocevia di pulsioni centrifughe e centripete assai difficili da gestire e controllare.

A mia opinione, l'attivismo che ha caratterizzato il mondo giudiziario e la Corte di legittimità, sia pure in maniera zigzagante, nel corso degli ultimi anni, al netto di possibili esasperazioni che pure potranno esserci state, spesso dipeso dal recepimento di *input* provenienti dalle Corti sovranazionali di Lussemburgo e Strasburgo e da innegabili vuoti normativi, ben lungi dall'essere espressione di un arretramento culturale e decadente rispetto ai fasti del passato, contribuisce ad inverare le democrazie occidentali dei nostri tempi, al contempo individuando alcuni canoni fondativi imprescindibili, per l'appunto rappresentati dal rispetto della dignità umana, nella sua proteiforme dimensione, e dei diritti fondamentali della persona.

Un percorso che non solo non può essere interrotto, ma che deve essere continuamente implementato ed arricchito.

²³ G. SILVESTRI, *Le Corti supreme negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, in AA.VV., *Le Corti supreme*, Atti conv. Perugia, 5-6 maggio 2000, Milano, 2001, 45.

²⁴ Per un'analisi approfondita del ruolo del giudice di legittimità, v. A. VALITUTTI, *Il valore vincolante del precedente di legittimità. La Corte di cassazione tra nomofilachia e nomopoietica*, in <http://www.lanuovaproceduracivile.com/valitutti-il-valore-vincolante-del-precedente-di-legittimita-la-corte-di-cassazione-tra-nomofilachia-e-nomopoietica/>; F. DE STEFANO, *Giudice e precedente. Per una nomofilachia sostenibile*, in *Giustiziainsieme*, 3 marzo 2021; A. SCARPA, *Nomofilachia codificata e supremazia dei precedenti*, 23 febbraio 2021.

Si fa in ogni caso strada la consapevolezza che l’idea del giudice nazionale di vertice come portatore e dispensatore di “certezze cristallizzate” risulta inadeguata.

Si delinea infatti, con tratti marcati, un’immagine della giurisdizione nazionale di ultima istanza costantemente *in progress* proprio perché chiamata, fuori da una dimensione *museale*, a misurarsi e prim’ancora a dialogare, in un ciclo continuo e mai concluso, con i giudici di merito e le altre Corti – nazionali e sovranazionali²⁵ –, contribuendo ad un’evoluzione sempre più incessante dei diritti, i quali tendono costantemente e continuamente a favorire nuove forme di bilanciamento fra diritto *vigente* e diritto *vivente*.

Facile, a questo punto, fermarsi alla critica che intravede in questa Corte una fucina di incertezze, a fronte del perseguimento della certezza del diritto classicamente intesa.

Ma altrettanto agevole è rispondere ad essa riflettendo sul fatto che la certezza, se calibrata sull’appiattimento del diritto visto in una dimensione formalistica e statica, finisce con l’essere *certezza del nulla*, come ha finemente riconosciuto Lipari²⁶.

Preme sottolineare che quelle tensioni, quelle pulsioni, quelle contraddizioni, quei nodi irrisolti che si è cercato di rappresentare qui, altro non sono – *recte*, devono essere – che le ansie di qualunque giudice, di merito o di legittimità.

Si tratta di uno scenario rispetto al quale il giudice – soprattutto se di merito –, per l’un verso, si trova tutto a contatto con i fatti che, nella loro innata diversità e nella loro *carnalità* – per usare un’espressione cara a Paolo Grossi²⁷ – vengono portati al suo cospetto e, per altro verso, viene chiamato a maneggiare Costituzioni, Carte sovranazionali, pronunzie delle Corti (nazionali e non), fonti giuridiche e non – *soft law* –. Un giudice di merito che, dalla frontiera dei territori anche più isolati e marginali della Repubblica, sia capace tanto di innestare percorsi ermeneutici nuovi e innovativi proprio grazie e attraverso la cooperazione fra le fonti e le giurisdizioni, quanto di farsi, volta a volta, artefice della stabilizzazione

²⁵ La nostra Corte di cassazione è stata la seconda in Europa a stilare un protocollo di dialogo con la Corte edu che si è rivelato assai fruttuoso, coinvolgendo tutte le sezioni, civili e penali, all’interno del Gruppo di attuazione appositamente creato per favorire sia la diffusione della giurisprudenza sovranazionale, che la conoscenza delle tecniche di decisione della Corte edu e delle pronunzie interne che alla stessa fanno riferimento. V., sul punto, A. DI STASI, *Corte di cassazione e Corti europee*, in *I processi civili in Cassazione*, a cura di A. Didone e F. De Santis, Milano 2018, 248 ss.

²⁶ N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., 184.

²⁷ P. GROSSI, *Il diritto civile italiano alle soglie del terzo millennio (una pos - fazione)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2010, 473; id., *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, Napoli, 2007, 73.

dei principi fissati dalla giurisprudenza di legittimità, ma anche volano di indirizzi motivatamente in “*dissenting opinion*” con la Cassazione.

Si stenta, quindi, a trovare, su questi temi, delle diversità sostanziali nella posizione del giudice a seconda delle funzioni di legittimità o di merito svolte.

Si tratta, del resto, di nodi problematici sui quali le opinioni e le prospettive sono fortemente contrastanti anche all'interno della giurisdizione e che alimentano, pertanto, modi di esercitare le funzioni giudiziarie profondamente diversi, tanto nel merito quanto in sede di legittimità.

A mia opinione, allora, non è tanto importante dare o trovare una soluzione fissa e preconfezionata alle questioni controverse, quanto propugnare la prospettiva che tutti i giudici, in tutte le loro articolazioni, partecipino attivamente, senza scale gerarchiche e senza gradini, ad un'idea di giurisdizione al servizio dei diritti, rispetto alla quale è vitale recuperare un'unità di intenti fra merito e legittimità, implementando le opportunità di reciproca conoscenza e confronto, alimentando le occasioni di formazione comune, coinvolgendo in questi percorsi la dottrina e l'avvocatura, allentando le tensioni che un *deficit* di consapevolezza delle dinamiche interne alla Corte di cassazione rischia invece di favorire, ponendo, infine, a beneficio di tutti i giudici, strumenti di conoscenza e iniziative che possano andare a beneficio dell'intera giurisdizione.

Serve, dunque, smarcarsi dalla prospettiva di *Giudice alto e giudice basso*, peraltro contraria a Costituzione; occorre allontanare l'idea di una verticalizzazione della Cassazione a scapito del dinamismo del giudice meritale. Ed invero, consapevoli dei ruoli e delle funzioni di ciascun plesso della giurisdizione ordinaria, occorre investire sulla cultura comune, sulla formazione comune, che si alimenta reciprocamente di mutui scambi di esperienze²⁸. Emarginare l'ideologia che anche inconsapevolmente può favorire la creazione di *muri* fra merito e legittimità, invece favorendo la costruzione di *ponti* fondati sulle campate comuni e inossidabili della cultura, della formazione orientata al ragionamento, del rispetto reciproco dei ruoli all'interno di una casa comune nella quale i gradi di giudizio sono risorse più che lacci, sono opportunità ineguagliabili di democrazia più che fastidiosi e spesso pericolosi meccanismi capaci di cancellare la verità.

Può far tutto questo il giudice, pur in difetto di una diretta investitura democratica?

Rordorf, nella conversazione già ricordata, non sembra nutrire dubbi “...perché la sovranità appartiene al popolo ma si esercita nelle forme previste dalla

²⁸ Per una più moderna formazione giuridica, cfr. Intervista di Angelo Costanzo a Paolo Cherubini, 30 luglio 2019, in *Giustiziainsieme*.

legge. Quindi anche la giurisdizione, che è appunto una forma di esercizio di sovranità, è pienamente legittima nella misura in cui trova nella Costituzione e nelle leggi in base ad essa emanate il proprio fondamento ed i propri limiti.”

Si va così manifestando una *sovranità costituzionale* che, in apparenza contrasta con la sovranità democratica del popolo, ma che, a ben considerare, affonda le sue radici proprio nella difesa dei valori costituzionali, caratterizzando la democrazia stessa del nostro Paese²⁹. Ma esistono due fattori che possono minare la prospettiva che si è qui accennata. Per un verso, la produzione elefantica della giurisprudenza di legittimità reca con sé, inevitabilmente, un decadimento nelle motivazioni del giudice di legittimità, minandone pericolosamente la credibilità. In dottrina, Davide Galliani ha iniziato una riflessione approfondita sul ruolo della motivazione, che si attaglia in modo particolare sulla figura del giudice di legittimità³⁰. Analisi approfondita e complessa che, condivisibile o meno che sia, coglie la crisi in cui versa il principale strumento operativo nelle mani del giudice e, dunque, l’aspetto più qualificante della sua funzione, sulla quale si costruisce tanto lo *ius litigatoris* quanto lo *ius constitutionis*. Di guisa che la necessità di motivazioni adeguate alla causa trattata non è esigenza che riguarda tanto e solo il giudice di legittimità, ma a, monte, l’intero sistema giudiziario, potendosi agevolmente preconizzare che ad una crescente richiesta di maggiore produttività non potrà che seguire uno scadimento ulteriore del prodotto e dunque della giustizia.

Per altro verso, il peso del contenzioso ed i numeri che spesso aggravano i giudici di merito costituiscono la migliore giustificazione per ritenere che quello della Cassazione sia, spesso, un “volare alto” che poco consideri, appunto, il *lavoro sporco e quotidiano* del giudice di merito e che, alle volte, si traduce nell’impossibilità oggettiva, in relazione al fattore tempo, di misurarsi, pur volendolo, con ciò che si avverte essere mera speculazione astratta, sulla quale prevale il peso delle carte, dei ruoli, dei capi che stringono sui tempi di deposito, che assillano brandendo lo spettro dei ritardi e dei conseguenti procedimenti disciplinari nonché della incombente Legge Pinto.

Insomma, un *pensare alto* che allontana quasi ineluttabilmente il merito dalla legittimità e si scontra con una realtà bassa, nella quale il bilanciamento che ciascun giudice deve operare, per tentare almeno la sopravvivenza, non sia quello, arduo e complesso, che vede in posizioni contrapposte diversi valori fondamen-

²⁹ V, sul punto, *Ragionando sulla (recte, sulle) sovranità*, *Intervista di Roberto Conti a Enzo Cannizzaro*, cit.in *Giustiziainsieme*, 24 febbraio 2021.

³⁰ D. GALLIANI, *I criceti e la ruota che gira. Il senso costituzionale dell’obbligo di motivazione*, in *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 2019, 684 ss.

tali – di matrice costituzionale e sovranazionale –, ma quello che più efficacemente tende ad orientarsi verso l'esercizio di una giurisdizione meno cervellotica e più celere, senza porsi grandi problemi.

E tuttavia, sarebbe dunque illusorio pensare che il “volare alto” della Corte di cassazione, nel senso in verità problematico che si è qui cercato di rappresentare, possa o debba rimanere nel compartimento stagno di quel giudice che, per posizione, è chiamato a controllare l'operato del giudice di merito, a fornire la risposta (quasi) definitiva al processo e, al contempo, a garantire l'unità del diritto oggettivo e l'uniforme interpretazione della legge.

Potrebbe dunque essere utile e fecondo ispirarsi ad un'idea di giurisdizione capace di favorire il massimo travaso di esperienze tra merito e legittimità, scevra da logiche di sovra-ordinazione ed invece orientata ad affermare, all'interno di una comune cultura dei diritti fondamentali, la centralità della persona, cittadino e non, e con essa, della funzione giudiziaria per la democrazia del Paese.

Vi è forte la necessità di costruire una *nuova* nomofilachia che, per dirla con le efficaci parole usate dal Primo Presidente emerito Gianni Canzio, tende a divenire sempre di più orizzontale, discorsiva, dialogica con gli stessi giudici di merito e circolare³¹. Ed è significativo che proprio le Sezioni Unite civili abbiano colto la centralità della formazione rispetto al farsi della giurisdizione, non ponendola come monade ma come elemento concorrente nella funzione nomofilattica della giurisprudenza, sottolineando che “La nomofilachia delle Sezioni Unite è un farsi, un divenire che si avvale dell'apporto dei giudici del merito e delle riflessioni del Collegio della Sezione rimettente, dell'opera di studio e di ricerca del Massimario, degli approfondimenti scientifici e culturali offerti dagli incontri di studio organizzati dalla Formazione decentrata presso la Corte, delle sollecitazioni e degli stimoli, espressione di *ius litigatoris*, derivanti dalle difese delle parti e dal contributo, ispirato alla salvaguardia del pubblico interesse attraverso il prisma dello *ius constitutionis*, del pubblico ministero” (Cass., S.U. 9 settembre 2021 n. 24414).

Ancora una volta la prospettiva gerarchica che, si è visto, poco persuasiva se utilizzata per spiegare i rapporti fra giurisdizioni nazionali e sovranazionali, va riconsiderata, pur se a legislazione invariata (art. 65 l. ord. giud.) fra giudici di merito e giudice di legittimità, arricchendosi l'una per effetto delle concretizzazioni che gli altri operano quotidianamente, in un processo osmotico, che

³¹ V.G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Contratto e impresa*, 2/2017. Sul tema v., altresì, R. RORDORF, *A cosa serve la Corte di cassazione*, in *Magistratura giustizia società*, Bari, 2020, 329; E. LUPU, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione e l'indipendenza funzionale del giudice*, in Cass. pen. 2020, 991.

trae alimento dal sempre maggiore peso assunto dal principio di effettività delle tutele³².

In questa prospettiva, la creazione di più stringenti canali di collegamento fra legittimità e merito, magari valorizzando al meglio le strutture che in atto già esistono in Corte, come anche il travaso diretto delle esperienze lavorative, realizzato anche attraverso i meccanismi già previsti a livello ordinamentale – ricorso nell’interesse della legge del Procuratore generale e affermazione del principio di diritto nei ricorsi inammissibili (art. 373 c.p.c.) – e *de iure condendo* – rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione –, potrebbe favorire quella “contaminazione tra i gradi della giurisdizione” di cui si è già parlato³³, tutta indirizzata ad allontanare da sé il vizio peggiore del giurista, la pigrizia³⁴.

Ciò consentirebbe di far conoscere più in profondità le dinamiche del lavoro del consigliere di Cassazione e di far emergere meglio le criticità evidenziate dai giudici di merito rispetto alle decisioni della Cassazione³⁵, comprimendo l’autoreferenzialità che viene avvertita come dato non rispondente a ciò che serve al giudice non di ultima istanza³⁶, e così venendo incontro all’esigenza del “merito” di avere dei punti saldi fissati da parte del giudice di legittimità in materie particolarmente delicate³⁷ e, al contempo, di poter allentare il peso dell’arretrato.

Una Corte, quella di Cassazione, che non va, in definitiva, in cerca di salvandotti né di consensi, al di fuori del modo con il quale essa continua ad operare – per l’appunto rappresentato dalla sua produzione giurisprudenziale e dai *principia* che essa fissa nelle proprie decisioni – ma alla quale, nemmeno, può essere negato il ruolo – che essa non intende peraltro in alcun modo abdicare – di crocevia del diritto nazionale e sovranazionale, giocato in modo relazionale con le altre giurisdizioni superiori, a patto che essa riesca a mettersi al servizio dei suoi destinatari e dell’intera giurisdizione nazionale in modo efficace e lineare, pur nella complessità dei tempi moderni.

³² G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, 79 ss.

³³ G. CATALDI, *Ruolo e funzione della Corte di cassazione: il punto di vista del giudice d’appello*, in www.questionegiustizia.com, 3/2017.

³⁴ P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, cit., 103.

³⁵ L. de RUGGIERO, *Cosa si aspettano i giudici di merito dalla Cassazione: i “precedenti” e il controllo della motivazione*, in www.questionegiustizia.com, 3/2017.

³⁶ B. RIZZARDI, *Il giudice di merito e la Corte di cassazione: alla ricerca della nomofilachia perduta*, in www.questionegiustizia.com, 3/2017.

³⁷ Sulla solitudine del giudice di merito in relazione a materie sensibili insiste, opportunamente, M.G. LUCCIOLI, *I miei cinquant’anni in magistratura*, cit., 67.

In questa prospettiva, la sciagura del COVID, che tanto sta condizionando la formazione dei magistrati, potrebbe rappresentare forse, paradossalmente, per tutti i magistrati, proprio per le modalità – da remoto – su cui sono stati proiettati, un’occasione di travaso dei modi di pensare e di formarsi fra giudici di merito e di legittimità ed anche dell’avvocatura. In questo senso, l’idea che ai corsi di formazione pubblicizzati dal sito della Corte di cassazione prendano parte attiva anche i giudici di merito, l’accademia e l’avvocatura – come già da tempo avviene – potrebbe essere un fattore di grande crescita. Come lo è già la sperimentazione di incontri organizzati dalla formazione decentrata della Corte, per anticipare alcune delle questioni di massima di particolare importanza all’esame delle Sezioni Unite. Temi, questi ultimi, sui quali è di recente tornato il Primo Presidente della Corte, in occasione dell’inaugurazione dell’anno giudiziario 2022, insistendo sulla consapevolezza per cui la “formazione intesa come agorà, aperta a raccogliere gli impulsi interni ed esterni finisce, in tal modo, per rappresentare uno dei punti di forza dell’intera giurisdizione, dalla quale pretendere un prodotto non solo quantitativamente tarato sui tempi limitati di chi opera nel sistema giustizia ma prima ancora qualitativamente capace di rappresentare un punto di riferimento costante, destinato a rimanere oltre il tempo nel quale si è realizzato.”

5. Il ruolo della Corte di cassazione a proposito del bilanciamento fra diritti fondamentali

Nel tratteggiare il ruolo della Corte di cassazione degli ultimi anni nonché la sua dinamica apertura verso le tecniche decisorie delle giurisdizioni sovranazionali e – più in generale – verso nicchie di protezione dei diritti sempre più in linea con la protezione dei valori fondamentali della persona umana, un posto di rilievo va riconosciuto al tema del bilanciamento³⁸.

Bilanciamento che si atteggia in modo diverso a seconda che esso riguardi la necessità di conciliare un diritto fondamentale con altre esigenze di natura pubblica, ovvero attenga realmente all’esistenza di due diritti che insistono sulla

³⁸ Generalmente ci si troverà di fronte a diritti comprimibili, talaltra a diritti *assoluti*, rispetto ai quali si sfruttano tecniche interpretative dietro alle quali si celano, ancora una volta, operazioni di bilanciamento: cfr. A. TANCREDI, *La tutela dei diritti fondamentali “assoluti” in Europa: “It’s all balancing”*, in *Ragion pratica*, 2007, 383 ss.; id., *L’emersione dei diritti fondamentali “assoluti” nella giurisprudenza comunitaria*, cit., 692. Sul tema del bilanciamento v. R. GUASTINI, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1996, 142 ss.; A. CERRI, *Il “principio” come fattore di orientamento interpretativo e come valore “privilegiato”: spunti ed ipotesi per una distinzione*, in *Giur. cost.*, 1987, 1860 ss.; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, 11 ss.

stessa circostanza e, per dirla con Giuliano Amato, “si contendono un medesimo spazio di libertà³⁹”.

E che, dunque, questa sia proprio una delle sfide più complesse che si aprono innanzi all’operato del *giudiziario* non sembra da porsi in discussione, se solo si considera quanto il sistema interno sia tarato su coordinate di legalità formale che guardano con sfavore a siffatto intervento operato fra legge e valori⁴⁰.

Ad ogni buon conto, che tale attività di bilanciamento spetti, in prima battuta, al legislatore, è fuori di dubbio.

Ma che a quest’ultimo si affianchi, ineludibilmente, il ruolo del giudice, costituzionale e non, al quale spetta non soltanto il compito di verificare che l’opera legislativa di bilanciamento sia conforme ai valori fondamentali anzidetti, ma anche quello di “interpretare” il diritto scritto e valutarne, fin quando possibile, la conformità con i parametri della Costituzione e delle altre Carte dei diritti⁴¹, offrendone letture coerenti ai valori fondamentali, pare altrettanto evidente.

³⁹ G. AMATO, *Corte costituzionale e Corti europee, Fra diversità nazionali e visione comune*, Bologna, 2015, 86.

⁴⁰ V., in modo molto incisivo R. RORDORF, nell’Intervista di R. CONTI allo stesso Rordorf ed a E. LUPO, G. CANZIO e G. LUCCIOLI, *Diritti fondamentali e doveri del giudice di legittimità*, in *Giustiziainsieme*, 19 giugno 2019: “...i diritti fondamentali si traducono spesso non tanto in regole quanto in principi. Secondo la nota distinzione proposta da Dworkin, le regole sono applicabili “nella forma del tutto-o-niente”: se si danno i fatti stabiliti da una regola, allora o la regola è valida, e in tal caso si deve accettare la risposta che essa fornisce, oppure la regola è invalida, ed allora non influisce sulla decisione; i principi, invece, esprimono i valori supremi dell’ordinamento di una comunità e la loro applicazione può richiedere ponderazione e bilanciamento (eventualmente imponendo la disapplicazione di regole incompatibili con essi), onde può accadere che un principio, in determinate circostanze o in particolari contesti, prevalga su un altro o viceversa, oppure che possa essere applicato in maniera più o meno ampia. Ed è proprio in questo aspetto che mi pare sia dato cogliere una significativa evoluzione del *modus operandi* del giudice di legittimità, posto a confronto con i diritti fondamentali: cioè nel sempre più frequente ricorso a criteri di bilanciamento e ponderazione ed, al contempo, nella sempre maggiore propensione ad interpretare le regole del diritto positivo in modo costituzionalmente orientato (o orientato in conformità ai dettami del diritto europeo e della Convenzione dei diritti umani), ossia adeguando di volta in volta il dettato normativo a principi fondamentali – quali l’uguaglianza, la solidarietà, la dignità, la buona fede, ecc. – che, per la loro valenza generale, sono suscettibili di una vasta gamma di modulazioni.” Sulla centralità del bilanciamento v., nella stessa intervista, cit., le considerazioni di G. Luccioli.

⁴¹ Cfr. anche V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell’Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in www.europeanrights.eu: “...E in ogni caso mi pare si debba considerare che in un sistema di diritti dell’uomo come quello europeo, sofisticato e ricco di diritti riconosciuti, il conflitto giurisprudenziale può facilmente sorgere quando più diritti si pongano in contrasto o concorrenza, senza che l’uno possa essere completamente sacrificato all’altro e con la necessità quindi di procedere a valutazioni di bilanciamento e proporzione.”

Il bilanciamento è, dunque, un fenomeno, comune alle giurisdizioni superiori nazionali e sovranazionali, che compare tanto nella giurisprudenza costituzionale – come ha anche di recente testimoniato il Giudice costituzionale Silvana Sciarra nel *podcast* della Corte costituzionale dedicato al diritto del lavoro⁴² – e di legittimità⁴³, quanto in quella delle Corti di Lussemburgo⁴⁴ e Strasburgo⁴⁵.

È proprio nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ove si è sviluppata la teoria del c.d. margine di apprezzamento e del giudizio di proporzionalità degli interessi in gioco, a dimostrare la particolare tecnica utilizzata da quel giudice per sciogliere i nodi di vicende spesso ingarbugliate e di difficile soluzione⁴⁶.

Il punto è che sono proprio le giurisdizioni sovranazionali appena ricordate ad investire direttamente il giudice nazionale di siffatte operazioni di bilanciamento⁴⁷.

Ed è attraverso queste operazioni che il giudice comune, proprio nel compiere tale attività di conformazione del diritto interno alla CEDU, procede attraverso una tecnica che prende in considerazione i diversi diritti che entrano in gioco, al fine di giungere al “risultato” che appare il migliore possibile per l'affermazione della massima tutela del valore fondamentale.

È in altri termini, l'attività stessa dell'individuazione di un diritto che reca con sé la necessità di un previo bilanciamento di quel valore, senza il quale il diritto non potrà essere configurato nella sua corretta consistenza⁴⁸.

⁴² V. sul punto, S. SCIARRA, *La Corte e il lavoro, podcast di Silvana Sciarra*, 9 ottobre 2020, in www.treccani.it. V. anche, S. MANGIAMELI, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in www.giurcost.it, in particolare par. 10.

⁴³ Cfr. S.U. 25 ottobre 2010 n. 21799, in tema di ricongiungimento familiare – art. 31 t.u. espulsione –, per cui v. *infra*.

⁴⁴ A tal proposito possono ricordarsi le sentenze *Schidberger* – 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Racc.*, p. I-5659 e *Omega* – Corte giust. 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *ivi*, *Racc.*, I-9609-. Ora, Corte giust. (Grande Sezione) 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae)*.

⁴⁵ V. Corte dir. uomo, 10 gennaio 2008, *Kears c. Francia*, in www.echr.coe.int.

⁴⁶ Corte dir. uomo, 31 maggio 2007, *Bistrovic c. Croatia*, § 3.

⁴⁷ Basti, sul punto, ricordare, a titolo di esempio, la sentenza resa dalla Corte di Giustizia il 20 maggio 2003, *Rechnungshof*, nella quale il giudice europeo, dovendo risolvere il conflitto fra un diritto sancito a livello comunitario ed un diritto costituzionalmente garantito, ha rimesso al giudice la valutazione sulla proporzionalità della misura limitativa a carico del diritto dell'Unione, in tal modo riconducendo all'autorità remittente il compito di operare il *bilanciamento* necessario tra i diritti.

⁴⁸ A. RUGGERI, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento “intercostituzionale”*, in *Federalismi*, 10/2009.

Ogni volta che il giudice comune è chiamato a definire la portata del diritto fondamentale protetto dalla Costituzione, dalla CEDU e/o dalla Carta dei diritti fondamentali dell’UE e ad acclarare se le limitazioni ammesse, a vari livelli, impediscono l’operatività del valore fondamentale in esame, egli si troverà a dover esaminare, all’interno di quella verifica, i valori che sono in gioco, proprio al fine di considerare la ricorrenza o meno del diritto preso in esame⁴⁹.

Si tratterà, allora, di un bilanciamento che non avviene, a monte, sulle disposizioni, ma sulle “norme” per come esse vivono e sui “casi” per come essi si declinano volta per volta.

È qui sufficiente rinviare al quadro sinottico allegato alla relazione relativo ad alcune delle pronunzie della Corte di cassazione nelle quali le tecniche di bilanciamento di cui si è detto sono spiegate in modo dettagliato, contenendo una sorta di decalogo assai utile per il giudice, anche di merito, su come maneggiare il delicato tema qui affrontato, quando in gioco entrano i diritti fondamentali, con quella dose di *coraggio* intriso di *senso del limite* di cui si dirà nel paragrafo finale⁵⁰.

6. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE e il dialogo fra la Corte di Giustizia e la Cassazione. Perché *dialogare* con la Corte di Giustizia

All’interrogativo proposto nel titolo del presente paragrafo si può tentare di rispondere dicendo che attraverso la domanda di pronuncia pregiudiziale, il giudice nazionale diventa parte di una discussione di diritto UE senza dipendere da altri poteri o da altre autorità giudiziarie nazionali, le quali nemmeno possono limitarsi od opporsi a tale scelta, anche se strutturate in (apparente) posizione gerarchica superiore rispetto al giudice che intende sollevare il rinvio.

Comincia, così, a delinearsi la portata del dialogo di cui qui si discorre, sul quale è ancora una volta tornato ad insistere il Primo Presidente Curzio nel corso della già ricordata Relazione inaugurale dell’anno giudiziario dell’anno 2020 (p. 188).

⁴⁹ A. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, cit.; id., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIII, Studi dell’anno 2009, Torino, 2010, 480. Sul valore dei diritti fondamentali in dimensione multilivello v. P. GIANNITI e C. SARTEA, “*Diritti umani e sistemi di protezione sovranazionali*”, Roma, 2019 e L. SALVATO, *Diritti umani e sistemi di protezione sovranazionali: considerazioni a margine di un recente volume di Pasquale Gianniti e Claudio Sarteà*, in *Giustiziainsieme*, 22 novembre 2019.

⁵⁰ Cass., n. 18279/2010; Cass., S.U., 9 dicembre 2015, n. 24822; Cass. n. 3831/2018; Cass., S.U., 21 dicembre 2018 n. 33208; Cass., S.U., 12 giugno 2019, n. 15750; Cass., S.U., 23 luglio 2019 19888; Cass., S.U., 26 luglio 2019, n. 20404; Cass. n. 19618/2020; Cass. n. 29469/2020; Cass. n. 28887/2020; Cass. n. 9147/2020; Cass. n. 8325/2020; Cass. n. 4791/2020.

Utile appare, ancora una volta, il rinvio alle Conclusioni dell'Avvocato Generale Colomer, presentate il 25 giugno 2009 nella causa C-205/08, ove si intravede nel dialogo pregiudiziale uno strumento straordinario per il «rafforzamento della voce istituzionale di un potere degli Stati membri: la giustizia». Tanto, in definitiva, significa valorizzare il ruolo centrale dei giudici nello spazio costituzionale europeo. È dunque la giurisdizione «in quanto potere basato sull'indipendenza – sull'imparzialità *n.d.r.* –, sul rispetto della legge e sulla risoluzione delle controversie» a godere di «una voce singolare, staccata dallo scenario politico e legata unicamente alla volontà del diritto». Può, a ragione affermarsi che *«L'autorevolezza dell'ordinamento europeo è quindi intrisa di una forte componente giudiziaria. Non è esagerato ritenere che la Corte di giustizia sia il responsabile ultimo del diritto dell'Unione grazie ai giudici nazionali»*. Ed è sempre Colomer a sottolineare che «grazie al *dialogo* tra giudici sono stati definiti, uno ad uno, i tratti genetici del nuovo ordinamento: l'effetto diretto, il primato del diritto comunitario, la responsabilità, l'effettività, l'equivalenza e molti altri principi che articolano il sistema giuridico dell'Unione».

Importante è dunque comprendere il ruolo del *dialogo* pregiudiziale.

Per far ciò, ci sia consentito usare, ancora una volta, le parole dell'Avvocato Colomer, quando afferma che «la giurisprudenza comunitaria ha introdotto tali giudici nel dialogo pregiudiziale, non tanto allo scopo di aumentare il numero dei rinvii, quanto piuttosto per preservare l'autonomia istituzionale degli Stati membri».

Ed è proprio questo il punto nodale del dialogo, visto che proprio la richiesta di rinvio crea un percorso virtuoso di avvicinamento del diritto comunitario a quelle *tradizioni culturali comuni* che costituiscono, come è noto, una delle basi fondamentali dei principi generali dell'ordinamento comunitario, conati, ancora una volta, dalla Corte di Giustizia.

Ha dunque ragione Colomer nel ritenere che è proprio il rinvio pregiudiziale ad alimentare il *dibattito giudiziario europeo*. Sotteso a tale rinvio non è dunque il desiderio della Corte di Giustizia di esercitare un controllo sull'affluenza di procedimenti sottoposti alla sua giurisdizione ma, piuttosto, *l'intenzione di rispettare e mostrare una certa deferenza nei confronti della concezione della funzione giurisdizionale in ciascuno Stato membro*.

Riemerge, nemmeno poi tanto sottotraccia, l'idea che nei rapporti fra legislazione nazionale e UE non vi sia un meccanismo di equi-ordinazione che, per converso, i giudici di Lussemburgo sembrano voler riconoscere ai giudici nazionali nel rapporto che essi hanno con la Corte europea.

Quando questi vestono i panni del giudice comune del diritto UE partecipano a pieno titolo proprio alla costruzione dell'edificio europeo e non possono in alcun modo rimanere condizionati da eventuali limitazioni normativamente introdott-

te dal legislatore nazionale, che finirebbero non tanto per pregiudicare l’attuazione del diritto europeo nello Stato, quanto per condizionare l’intero meccanismo di operatività del sistema di tutela offerto dalla Corte di Giustizia, la quale sarebbe impossibilitata a svolgere il proprio ruolo al servizio di tutti i cittadini dell’UE.

Il punto problematico è semmai rappresentato dal “come” questo dialogo vada gestito dopo l’intervento della Corte costituzionale inaugurato dal famoso *obiter* contenuto nella sentenza n. 269/2017⁵¹ e dai successivi *seguiti*⁵².

Ed un caso assai paradigmatico della complessità del tema è sicuramente rappresentato dall’ordinanza delle Sezioni Unite civili (n. 19598/2020⁵³) di rimessione alla Corte di Giustizia del rinvio pregiudiziale sulla coerenza, rispetto ad alcuni canoni fondamentali dell’UE, dell’orientamento manifestatosi all’interno delle stesse Sezioni Unite in seguito ad una pronuncia della Corte costituzionale – n. 6/2018 – a proposito della determinazione del concetto di *motivo inerente la giurisdizione*.

La valenza della questione appena ricordata risulta in questa sede marcata se si considera che Cass. S.U. n. 19598/2020 ha volutamente scelto la “strada” di Lussemburgo, pur consapevole che in gioco vi era l’interpretazione di un parametro contemplato dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, speculare ad altro parametro costituzionale (art. 24 Cost.), in tal modo espressamente scartando l’alternativa rappresentata dalla proposizione della questio-

⁵¹ V., sul tema, R. CONTI, Giudice comune e diritti protetti della Carta UE. Questo matrimonio s’ha da fare o no? in *Giustiziainsieme*, 4 marzo 2019.

⁵² Sul tema ripetutamente trattato in dottrina, ci si astiene dal riportare i numerosi contributi di molti autorevoli studiosi.

⁵³ B. NASCIMBENE, P. PIVA, *Il rinvio della Corte di cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell’Unione europea?*, in *Giustiziainsieme*, 24 novembre 2019; P. BARATTA, *È censurabile per Cassazione la violazione del diritto sovranazionale imputabile al giudice amministrativo?*, in www.apertacontrada.it; S. BARBARESCHI, L.A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di cassazione «fuori contesto»: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Federalismi.it*, 2020; R. BIN, *È scoppiata la terza “guerra tra le Corti”?* A proposito del controllo esercitato dalla Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione, in *Federalismi.it*, 2020; G. COSTANTINO, A. CARRATTA, G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Questione giustizia*, 2020; F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustiziainsieme*, 2020; G. Greco, *La violazione del diritto dell’Unione europea come possibile difetto di giurisdizione?*, in *Eurojus*, 2020; G. Tropea, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Giustiziainsieme*, 7 ottobre 2019; B. De Santis, *Considerazioni di prima lettura sul rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia di Cass. S.U. n. 19598/2020*, in www.judicium.it, 12 ottobre 2020.

ne di costituzionalità per violazione dell'art. 117, 1^a comma, Cost. – integrato dall'art. 47 Carta UE –, che l'*obiter* della sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale ed i successivi seguiti avrebbero, secondo taluni, imposto come percorso prioritario. Secondo altri, tale arresto quanto meno avrebbe suggerito come opportuno il nuovo rinvio della questione alla Corte costituzionale, per eventualmente consentirle di rimeditare i principi espressi dalla sentenza n. 6/2018.

Non ritenendo in alcun modo di dover prendere posizione sulla questione in questa sede, rimane la circostanza che la scelta della “strada Lussemburgo” adottata dalle Sezioni Unite, comunque la si interpreti, provenendo dal più autorevole consesso della Corte di cassazione, denota la piena autonomia del giudice nazionale rispetto all'alternativa “rinvio pregiudiziale/questione di legittimità costituzionale” che pure continua ad agitare gli studiosi quanto all'esistenza di eventuali criteri che possano chiarire in via generale le modalità operative che il giudice comune deve seguire.

Strada di “Lussemburgo”, è appena il caso di riconoscere, che non venne percorsa dalla medesima Corte di cassazione quando, con l'ordinanza n. 3831 del 16 febbraio 2018, diede il via al giudizio di costituzionalità che condusse all'ordinanza n. 117/2019, pur trapelando in modo nitido il dubbio che sarebbe stata opportuna la devoluzione alla Corte di Giustizia – v. punti 11.3.6.6 dell'ordinanza –, e pur ritenendo che la “strada” indicata da Corte cost. n. 269/2017 dovesse essere quella che portava a Palazzo della Consulta, fatta salva la strada di Lussemburgo, ma soltanto “dopo” l'intervento della Corte costituzionale. Principi che poi la stessa Corte cost. n. 117/2019, nel sollevare il rinvio pregiudiziale, si è presa cura di “precisare” in modo diverso ed in linea con quanto affermato da Corte cost.n. 20/2019, dando il là alla recente pronuncia della Grande sezione della Corte di Giustizia – Corte giust., 2 febbraio 2021, in C-489/19, D.B. – sul tema del *nemo se detegere* riconosciuto come dotato di copertura sovranazionale anche nei procedimenti sanzionatori proprio grazie al rinvio pregiudiziale sollevato dalla nostra Corte costituzionale.

Sono, però le recenti conferme, giunte dalla Corte costituzionale, in ordine alla centralità del dialogo con la Corte di Giustizia – sent. n. 54/2022- a dimostrare quanto sia opportuno e fecondo il dialogo, paradossalmente anche quando sembra che i dialoganti -tra cui, la stessa Corte di cassazione – non credano nella sua efficacia – Corte cost. n. 67/2022⁵⁴–.

⁵⁴ Sul punto, di recente, I. ANRÒ, B. NASCIBENE, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di cassazione e Corte di giustizia in materia*

7. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, il ruolo ed i *volti* della Corte di cassazione e della Corte costituzionale

Qualche anno addietro ci siamo sforzati di tratteggiare il ruolo della Corte di cassazione nell’applicazione e nell’uso della Carta UE dei diritti fondamentali⁵⁵.

L’analisi alla quale è qui sufficiente rinviare va decisamente aggiornata per effetto delle questioni più scottanti insorte all’indomani dell’*obiter* contenuto nella sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale a proposito della questione della doppia pregiudizialità e dei rapporti fra Carta UE dei diritti e Costituzione. Una riflessione tutt’altro che accademica proprio perché sagomata sul tema dei diritti fondamentali e dei soggetti attuatori o protettori e promotori di essi⁵⁶ e, dunque, sui limiti e sulla consistenza dei poteri riservati alla giurisdizione comune.

In discussione, all’evidenza, vi è infatti il potere-dovere del giudice comune di applicare direttamente le disposizioni precettive della Carta dei diritti fondamentali UE, del quale prima dell’*obiter* nessuno poteva dubitare.

Potere-dovere che, tutto al contrario, dopo l’*obiter* della 269/2017 sembrò anestetizzato, introducendo un sindacato di costituzionalità mai perimetrato in materia con le *rime* espresse nella ricordata pronuncia del giudice costituzionale. Tutto questo in nome del *predominio assiologico della Costituzione* affermato con riguardo alla CEDU, ma di fatto ora esteso alla Carta UE che, alla prima spesso sovrapponendosi, rischierebbe di offuscare il sindacato accentrato di costituzionalità e, in definitiva, la stessa Costituzione.

Da qui, un mutamento di sensibilità nell’atteggiamento della Corte costituzionale e la sua scelta di riprendersi uno spazio e un ruolo centrale nell’applicazione del diritto dell’Unione che va peraltro oltre la Carta UE, involgendo tutte le controversie nelle quali si discute di diritti fondamentali, come è stato reso palese dalla sentenza n. 20/2019. Una partita che si gioca all’evidenza “a tre”, coinvolgendo direttamente la Corte di Giustizia, la quale, con lo strumento privilegiato del rinvio pregiudiziale, se attivato dal giudice comune nazionale del diritto UE, rischierebbe di tagliare fuori, con la mossa del cavallo, la Corte costituzionale.

di sicurezza sociale, in *Giustiziainsieme*, 31 marzo 2022.

⁵⁵ R. CONTI, *L’uso fatto della Carta dei diritti dell’Unione da parte della Corte di cassazione*, in *Consultaonline*, 26 gennaio 2016.

⁵⁶ V., del resto, i contenuti dell’Intervista di R. CONTI a A. RUGGERI e R. BIN *Giudice o giudici nell’Italia postmoderna?* cit., ora in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, Napoli, 2022, vol. II, 1193 ss.

Dunque, un *obiter*, quello della 269, che sembrava destinato a correggere e superare quel *sistema Onida* che aveva invece fortemente enfatizzato il ruolo del giudice comune di garante principale della immediata ed uniforme applicazione delle regole europee dotate di efficacia diretta⁵⁷.

Sullo sfondo, un'idea di riconformazione del giudice comune che, accostandosi alla Carta UE, dovrebbe in definitiva comportarsi come si atteggia quando maneggia la CEDU, non potendo disapplicare direttamente la norma interna contrastante con la Carta.

Sembrava così compiuto il disegno riformatore dei poteri del giudice comune in nome di una continuità sistemica fra le Carte dei diritti sovranazionali, che vengono accomunate quanto a modalità operative, essendo entrambe “sottoposte” al giudice delle Leggi ed alla supremazia della Carta costituzionale.

Questo possibile “volto” del *new deal* della Corte costituzionale è stato, tuttavia, in parte risagomato dal suo stesso giudice nei suoi *seguiti* (sentenze nn. 20 e 63 del 2019) che, forse condizionati dal clima di scarso gradimento della posizione espressa nell'*obiter*, hanno mostrato un altro volto, molto più conciliante ed aperto verso il giudice comune, tutto improntato all'idea della cooperazione e della condivisione nonché della flessibilità, che era poi stato il canone originariamente suggerito da Marta Cartabia alla fine degli anni '90⁵⁸.

Quel che colpisce non poco è, dunque, il rimarcare il fatto che, le tre strade astrattamente percorribili da parte del giudice comune – rinvio pregiudiziale, rinvio alla Corte costituzionale o disapplicazione della norma contrastante con il parametro della Carta UE avente immediata efficacia – integrano, secondo Corte cost. n. 20/2019, un “concorso di rimedi giurisdizionali” capace di arricchire “gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali”.

Si tratta di rimedi che sono destinati ad integrarsi, creando effetti benefici e per l'appunto favorendo una congrua soluzione di compromesso fra le esigenze espresse dalla Corte costituzionale e quelle di sistema poste dalla Cassazione.

Insomma, il risultato raggiunto sembra realmente aver realizzato una fusione fra i diversi *volti* che abbiamo provato a tinteggiare.

⁵⁷ Così R. MASTROIANNI, *La Carta UE dei diritti fondamentali fa gola o fa paura?*, in Intervista di R. CONTI a B. NASCIBENE, P. MORI e R. MASTROIANNI, in *Giustizia insieme*, 26 aprile 2019. Sul tema, oltre alle riflessioni profonde degli altri due intervistati, v., anche *La Carta UE in condominio fra Corte costituzionale e giudici comuni. Conflitto armato, coabitazione forzosa o armonico ménage?* Intervista di R. Conti a L. Trucco, G. MARTINICO e V. SCARABBA, in *Giustizia insieme*, 8 maggio 2019.

⁵⁸ V.M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di “doppia pregiudizialità”, comunitaria e costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, 222 ss.

Dunque, tutto come prima?

La concorrenza di strumenti di tutela che vengono offerti ai titolari dei diritti sembra arricchirsi per effetto della considerazione che, non uno, ma due “giudici” – quello comune e quello costituzionale – possano offrire tutela ai diritti fondamentali che campeggiano nella Carta UE, entrambi potendo dialogare con la Corte di Giustizia.

Stando alle *rime* della sentenza n. 63/2019, infatti, la Corte costituzionale, ove chiamata in causa dal giudice comune, non può esimersi dal fornire una risposta alla questione con gli strumenti che le sono propri, ivi compreso il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. E così, in effetti, la Corte costituzionale ha inteso fare con l’ordinanza n. 117/2019, della quale torneremo a sottolineare nel prosieguo i frutti fecondi.

In questo processo cooperativo, il ruolo della Corte di cassazione e dei giudici di merito risulta comunque rilevante e ad essi toccherà scrivere le pagine ancora bianche e riempire di contenuti espressivi i volti dei giudici che saranno chiamati a fornire ulteriori chiarimenti.

Il nodo sul quale polarizzare energie di mente e di saggezza sarà quello del “criterio ordinatore” – se mai se ne possa e debba individuare uno – per decidere se ad interloquire con la Corte di Giustizia, ove sia in discussione la portata del parametro della Carta UE di immediata efficacia, debba essere prima il giudice comune o la Corte costituzionale. Questione che, proprio di recente, ha visto la dottrina continuamente misurarsi⁵⁹ e che, dunque, attende di avere le prime risposte giurisprudenziali.

La Corte costituzionale, per parte sua, insieme ad una nutrita schiera di autorevoli studiosi, sembra voler lusingare il giudice comune per condurlo sulla sua strada, quella della Consulta, insistendo sulla capacità rigeneratrice del controllo di costituzionalità, all’esito del quale il sistema verrebbe, proprio grazie all’incidente di costituzionalità sollevato da quest’ultimo, per sempre depurato dalla disposizione in contrasto con il parametro della Carta UE, impedendo quindi applicazioni giurisprudenziali frastagliate ed invero favorendo la mai indomita esigenza di certezza del diritto.

Si tratta di lusinghe che muovono da intenti commendevoli⁶⁰ ma che non finiscono di persuadere laddove il canone della libera scelta fra rinvio pregiudiziale ed incidente di costituzionalità fa da schermo all’intento più o meno

⁵⁹ Cfr. da ultimo, A. RUGGERI, *Il giudice e la ‘doppia pregiudizialità’: istruzioni per l’uso*, in *Federalismi*, 24.2.2021. In precedenza, *La Carta UE dei diritti fondamentali fa gola o fa paura?* Intervista di R. Conti a P. Mori, B. Nascimbene e R. Mastroianni, 27 aprile 2019.

⁶⁰ Lamarque, op. cit., 96.

dichiarato che individua nella questione di legittimità costituzionale “il rimedio dei rimedi” che meglio e più di altri mira a favorire la massima protezione dei diritti.

Postulato, quest'ultimo, che sconta un sentimento negativo sempre più diffuso verso la *sovranità* europea⁶¹ e che carica, in apparenza, il giudice comune di un compito – quello di purificare il sistema – che l'ordinamento dell'Unione europea non gli attribuisce in alcun modo e che, in definitiva, tende a sovvertire, appunto, quel sistema, accentrando nel giudice costituzionale lo scettro dell'interpretazione del diritto UE, pur mediandolo con la possibilità di poter sempre ricorrere al dialogo con la Corte UE se ed in quanto dovuto. Tema, quest'ultimo, quello della obbligatorietà o meno del rinvio pregiudiziale per la Corte costituzionale, che porterebbe lontano ma che conferma la sovrapposizione di campo e di ruolo che il *new deal* potrebbe nascondere, a tutto vantaggio del giudice costituzionale, se si dovesse caldeggiare la prospettiva che, in fin dei conti, quel che comanda è la Costituzione ed il suo giudice naturale⁶².

Insomma, al volto conciliante e dialogante della Corte costituzionale pronta a riconoscere, in astratto, il ruolo e l'autonomia del giudice comune nell'andare in contrario avviso a quanto precedentemente ritenuto dalla stessa Consulta – previamente investita con l'incidente di costituzionalità –, in nome del diritto UE, sembra fare capolino un volto elegantemente nascosto, ma che in chiaroscuro si affaccia. Ed è il volto della Corte costituzionale ben consapevole della diversa “autorevolezza” e del diverso peso fra Consulta e giudice comune – *recte*, piccolo giudice comune –. Una disparità verosimilmente destinata, se si indossa la lente dell'operatore concreto, svestendo quella “presbite” dell'ideologo, a determinare la conclusione della vicenda che riguarda la portata di un diritto con la parola data dalla Corte costituzionale. Risulta difficile immaginare che il *piccolo giudice comune* possa in concreto sovrastare la voce della Corte costituzionale ponendosi di traverso ed appare invece agevole preconizzare gli attacchi ai quali andrebbe incontro per aver “violato” la Costituzione, discostandosi dalla soluzione offerta dalla Consulta.

E, d'altra parte, questo panorama a tratti caravaggesco si arricchisce quando si afferma che il giudice comune avrebbe una grande opportunità, scegliendo la strada di Piazza del Quirinale, di depurare il sistema proprio grazie all'accogliamento dell'incidente di costituzionalità.

⁶¹ Pur una raffinata analisi del concetto proteiforme di sovranità v., di recente, E. CANNIZZARO, *La sovranità oltre lo stato*, Bologna, 2020 e, a margine, *Ragionando sulla (recte, sulle) sovranità, Intervista di Roberto Conti a Enzo Cannizzaro*, cit.

⁶² Prospettiva, quest'ultima, assai cara a R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *www.rivistaAIC.it*, 1/2015, 2.

Questa posizione, che anche di recente è stata sostenuta da Elisabetta Lamarque, ancora una volta non finisce di convincere se si considera che essa tende ad applicare al sistema del diritto dell’Unione europea un meccanismo ad esso totalmente estraneo rispetto al ruolo del giudice nazionale. Nella prospettiva del diritto UE mai un giudice nazionale potrà invalidare o eliminare dal mondo giuridico una disposizione del diritto UE contrastante con i valori fondamentali riversati nella Carta UE, spettando tale potere in via esclusiva alla Corte di Giustizia.

Preme, invece alla Corte di Giustizia ed al sistema del quale essa si fa custode, che nell’ordinamento nazionale non produca effetti la disposizione contrastante con il diritto UE, e ciò attraverso i meccanismi “propri” del diritto UE, appunto costituiti dall’interpretazione eurounitariamente conforme, della disapplicazione e dell’azione di responsabilità, tutti ben saldamente uniti dal meccanismo del rinvio pregiudiziale riconosciuto a qualsiasi giudice dei 27 Paesi dell’Unione europea, dal più periferico e *piccolo* al più autorevole.

Ora, il volto nascosto della Corte costituzionale sembra disinteressarsi di questo sistema, pretendendo di applicare le proprie regole sul presupposto della coincidenza del diritto protetto dalla Carta UE con la Costituzione. Coincidenza che, però, *ça va sans dire*, non può che essere ponderata e verificata volta per volta dal giudice del caso concreto e che, in ogni caso, non sembra poter tollerare una riduzione ad unità del sistema di protezione dei diritti di matrice costituzionale, nel quale il sindacato accentrato non è un’opportunità o una mera possibilità grandemente consigliata ma un dovere che nasce dalla Costituzione.

Se, in conclusione, il “piano” tratteggiato dalla sentenza n. 269/2017 si è andato depotenziando progressivamente per volontà stessa del giudice costituzionale, rimangono tutti in piedi i dubbi che il *volto* caravaggesco della Corte costituzionale possa prendere il sopravvento, determinando in modo più o meno consapevole un depotenziamento delle forme di tutela dei diritti fondamentali.

Da qui la necessità che l’interprete rimanga sempre vigile e attento, un po’ come una sentinella.

E non che questo, ovviamente, voglia o possa rappresentare una sorta di “lesa maestà” rispetto alla funzione autorevolissima della Corte costituzionale, ma semplicemente e solo un modo di essere pienamente rispettosi delle funzioni giudiziarie che sullo stesso giudice ricadono, non per sua scelta, nelle cangianti e variegata forme che si è visto caratterizzare il ruolo del giudiziario.

E ciò anche per fugare l’idea, a volte sussurrata, altre apertamente espressa, che l’*entusiasmo* del giudice comune verso il diritto UE e la Corte di Giustizia sia frutto di superficialità, esso piuttosto dimostrando la fatica e la complessità dell’esercizio delle funzioni giudiziarie, alla ricerca di quella “invenzione del diritto” che, appunto, in senso grossiano, è tutto fuorché leggerezza, spensieratezza e

superficialità, dimostrando, invero, la fatica del giudicare nel confronto con diritti viventi e dottrine spesso contrastanti e divaricate.

In questa prospettiva assume, dunque, maggiore senso e significato la proposta di consentire contestualmente al giudice comune di sollevare, ove lo ritenga utile e necessario, il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e l'incidente di costituzionalità innanzi alla Consulta.

Il ricorso contemporaneo alle due strade, come in altra occasione abbiamo provato a sostenere⁶³, renderebbe manifesto che i volti dei dialoganti si illuminano entrambi di luce propria irradiandosi l'uno l'altro, in una prospettiva di pieno, leale e franco confronto nella risoluzione dei conflitti e contrasti sui quali, appunto, quel "piccolo giudice" non potrà che decidere, suo malgrado, in nome di quella fedeltà ai valori della Costituzione ed alle sue leggi scolpita dall'art. 54, c. 1, Cost.

8. Il dialogo con la Corte edu e il ruolo della Corte di cassazione.

Dal *soft law* – il Protocollo concluso dalla Cassazione con la Corte edu l'11 dicembre 2015 – ad oggi – il Protocollo n. 16, efficace ma non per l'Italia –.

In questa prospettiva cooperativa, del resto, si muove il protocollo d'intesa concluso fra la Corte di cassazione e la Corte edu l'11 dicembre 2015⁶⁴, al quale chi scrive ebbe l'opportunità di partecipare accompagnando il compianto Primo Presidente Giorgio Santacroce a Strasburgo per la firma dell'accordo con il Presidente della Corte edu Guido Raimondi.

⁶³ V., volendo, R. CONTI, *An, quomodo e quando del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia quando è 'in gioco' la Carta dei diritti fondamentali UE. Riflessioni preoccupate dopo Corte cost. n. 269/2017 e a margine di Cass. n. 3831/2018*, in Giudice donna (www.giudicedonna.it), 4/2017; id., *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustizia insieme*, 4 marzo 2019; id., *Il rinvio pregiudiziale visto da un giudice nazionale. Le virtù di uno strumento da proteggere e applicare correttamente*, Relazione tenuta al corso organizzato dalla Scuola superiore della magistratura in favore dei Mot nei giorni 12 e 13 gennaio 2021, in corso di pubblicazione su www.giudicedonna.it. Si sono espressi nello stesso senso C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osser. Sulle fonti*, 2/2019, 25 ss.; G. MARTINICO, *Conflitti interpretativi e concorrenza fra corti nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. soc.*, 4/2019, 691 ss., spec. 702 ss.; I. Massa Pinto, *Il giudizio d'incostituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d'ingaggio*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 1/2020, 8 gennaio 2020, 77 e nt. 41.

⁶⁴ V., volendo, sulla storia del Protocollo di attuazione fra Cassazione e Corte edu, R. CONTI, *La Corte di cassazione italiana e il ruolo svolto da Guido Raimondi nel dialogo con la Corte EDU*, in *Liber Amicorum Guido Raimondi-Intersecting Views on National and International Human Rights Protection*, 173 ss.

A riprova della fecondità di queste forme di dialogo è opportuno rammentare la posizione di chi, per lunghi anni, ha svolto con autorevolezza indiscussa un ruolo apicale all'interno della Corte di cassazione.

Gianni Canzio ha più volte sottolineato la centralità del dialogo fra le Corti così realizzato, riconoscendo che la strada segnata dai Protocolli d'intesa rappresenta un punto di non ritorno e una straordinaria evoluzione di cui non potrà farsi a meno nel percorso di costruzione dell'ordinamento integrato⁶⁵.

Analogamente, Renato Rordorf ha ancora di recente testualmente riconosciuto⁶⁶ il ruolo del Protocollo, "...destinato a favorire la conoscenza da parte del giudice europeo delle specificità di ogni singolo ordinamento nazionale, facendo sì che la sua giurisprudenza riesca meglio ad esprimere la sintesi dei valori e dei principi fondamentali ai quali sono ispirati gli ordinamenti dei diversi paesi; e per altro verso consente alle corti nazionali di sentirsi partecipi del processo di elaborazione del diritto vivente sovranazionale e di avvertirlo come parte integrante del proprio patrimonio giuridico anziché come un corpo estraneo col quale faticosamente ed a malavoglia convivere"⁶⁷.

Maria Gabriella Luccioli non ha poi mancato di evidenziare che il Protocollo d'intesa del dicembre 2015 siglato fra Corte di cassazione e Corte edu, inglobandosi all'interno della Rete delle Corti europee gestita dalla Corte di Strasburgo, "...ha assunto la posizione di crocevia tra diritto nazionale e sovranazionale. L'operatività dei richiamati strumenti ha comportato uno straordinario cambio di paradigma rispetto ad un passato non troppo lontano, del tutto chiuso in una prospettiva statalista, consentendo alla Cassazione di sentirsi parte attiva del processo di elaborazione del diritto vivente sovranazionale, ora

⁶⁵ Da ultimo, v. G. Canzio, *L'applicazione della Carta dei diritti fondamentali e il dialogo tra le parti*, in *Europa Umana, Scritti in onore di P. Pinto de Albuquerque*, a cura di D. Galliani e E. Santoro, Pisa, 2020, 147; id., Gianni Canzio in *Magistratura*, Intervista di ER. Conti e G. Liberati, in *Giustizia insieme*, 14 settembre 2020.

⁶⁶ V. Intervista di R. CONTI a R. RORDORF, G. LUCCIOLI, E. LUPO e G. CANZIO sul tema "*Diritti fondamentali e doveri del giudice di legittimità*", in *Giustizia insieme*, 19 giugno 2019.

⁶⁷ Nella stessa occasione Rordorf ebbe ad aggiungere che "...la strada dei protocolli d'intesa, percorsa ormai in diverse direzioni per migliorare l'interazione tra diversi soggetti ed istituzioni operanti nel mondo della giurisdizione, è suscettibile di ulteriori e più ampi sviluppi nel rapporto tra Corte di cassazione e Corti sovranazionali europee. È una strada lungo la quale mi sembra doveroso incamminarsi per cercare di sviluppare una visione più dialettica e meno autoritaria della funzione giurisdizionale: la sola che, in un'ottica di auspicabile ulteriore superamento delle tradizionali barriere nazionali, può davvero garantire una tutela diffusa ed omogenea dei diritti fondamentali, ma rappresenta una risorsa da implementare ed alimentare sulla strada, sempre accidentata ma obbligata, dei diritti fondamentali."

percepito come parte del suo patrimonio giuridico. Ne deriva che la funzione nomofilattica si arricchisce di nuove potenzialità in direzione di una *nomofilachia europea*, in quanto il dovere di assicurare l'uniforme interpretazione della legge, ai sensi dell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario, si declina ora anche in termini di garanzia dell'uniforme interpretazione della legge alla luce della CEDU, delle altre Carte dei diritti fondamentali e del diritto di matrice europea. Si passa così dal dialogo tra le Corti all'integrazione dei sistemi, perseguendo l'obiettivo della massima estensione possibile della tutela dei diritti, e segnatamente della tutela della dignità della persona, che in numerose decisioni della Corte Europea è assunta come principio immanente, immediatamente efficace ed inderogabile”.

Anche il Primo Presidente Curzio, nella relazione presentata all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2020 del 29 gennaio 2021, non ha mancato di sottolineare la centralità delle forme di dialogo fra la Corte di cassazione e la Corte edu⁶⁸ (p. 189).

Si tratta di prese di posizione che segnano un cambio di passo nei rapporti fra le due Corti improntato al canone della “fiducia reciproca” che non vuol dire deferenza dell'una Corte all'altra, ma riconoscimento e rispetto dell'autonomia e della funzione che ciascuna ricopre.

Sedersi ad uno stesso tavolo e dialogare in posizione equiordinata su questioni di comune interesse vuol dire guardare con convinzione e fiducia al futuro dei rapporti fra le due Corti e, probabilmente, rappresenta la migliore risposta a chi pensa di bollare come retorico il concetto stesso di dialogo fra le Corti⁶⁹.

9. Chi ha paura del Protocollo n. 16?

Si tratta di affermazioni di particolare rilevanza, poiché espresse con riguardo alle forme di dialogo correlate ad atti di *soft law* anteriori al Protocollo n. 16 annesso alla CEDU, che ha introdotto la possibilità per le Alte Corti nazionali di richiedere un parere preventivo non vincolante alla Grande Camera della Corte edu su questioni che involgono l'interpretazione dei principi contenuti nella CEDU.

⁶⁸ P. CURZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2020*, 29 gennaio 2021, in Cortedicassazione.it

⁶⁹ Su un esempio tangibile di dialogo concreto svolto fra le due Corti v., volendo, R. CONTI, *Diritto all'anonimato versus diritto alla conoscenza delle origini dell'adottato*, in *Fattore tempo e diritti fondamentali, Corte di cassazione e Cedu a confronto*, IPZS, 2017, 75, in cui si dà atto delle interlocuzioni fra le due Corti svolte sul tema del diritto alla conoscenza delle proprie origini, delle quali vi sono tracce nella successiva Cass., S.U., n. 1946/2017.

Strumento quest'ultimo – entrato in vigore dopo la ratifica di 10 Paesi del Consiglio d'Europa – che mostra il ruolo propulsivo per la tutela dei diritti fondamentali svolto dal giudice nazionale, senza che ne esca in alcun modo scalfita l'autonomia e l'indipendenza dello stesso, al contrario artefice in prima persona di una tutela dei diritti piena ed effettiva, svolta soprattutto in ambito nazionale ed all'interno del canone di sussidiarietà, fortemente implementato dalla possibilità di scambio e di confronto, appunto rappresentata dal parere, che può essere chiesto alla Corte edu prima della definizione del giudizio sul piano interno.

L'attuale situazione di stallo venutasi a creare rispetto alla ratifica del Protocollo n. 16 annesso alla CEDU in Italia, dopo che il Protocollo n. 15 è stato invece ratificato dalla recente legge n. 11/2021, è grave e pericolosa. E sul punto la magistratura in qualunque sua veste, come anche l'Accademia dovrebbero fare sentire la loro voce⁷⁰.

Ma perché si è bloccato il processo di ratifica del Protocollo n. 16 in Italia lasciando il via libera soltanto al Protocollo n. 15, ratificato con la legge n. 11/2021? E chi ha paura del Protocollo n. 16?

Ecco emergere, nuovamente, i diversi volti che dentro la Corte di cassazione e fuori dalla Corte, nelle istituzioni, si agitano attorno ai temi che qui si dibattono.

Un volto che investe nel dialogo e si affida ad esso con fiducia reciproca; un altro che lo guarda con sospetto e preoccupazione, stretto nella morsa rappresentata dall'ordine di appartenenza, dalla paura di perdere, nel dialogo, fette di potere – a volte indicate strumentalmente come di *autonomia* – evocando addirittura lo spettro dell'erosione della sovranità o del proprio ordine di appartenenza.

Non è certo questa la sede per approfondire il discorso sul piano del Protocollo di attuazione fra Cassazione e Corte edu.

⁷⁰ Il dibattito lanciato da *Giustizia Insieme* sulla mancata ratifica del Protocollo n. 16 con l'editoriale *L'estremo saluto al Protocollo 16 annesso alla CEDU*, è stato animato dai contributi dottrinari di Antonio Ruggeri – *Protocollo 16: funere mersit acerbo?*, Cesare Pinelli – *Il rinvio dell'autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 16 CEDU e le conseguenze inattese del sovranismo simbolico sull'interesse nazionale*, Elisabetta Lamarque – *La ratifica del Protocollo n. 16 alla CEDU: lasciata ma non persa*, Carlo Vittorio Giabardo – *Il Protocollo 16 e l'ambizioso (ma accidentato) progetto di una global community of courts*, Enzo Cannizzaro – *La singolare vicenda della ratifica del Protocollo n. 16*, Paolo Biavati – *Giudici deresponsabilizzati? Note minime sulla mancata ratifica del Protocollo 16*, Sergio Bartole – *Le opinabili paure di pur autorevoli dottrine a proposito della ratifica del protocollo n. 16 alla CEDU e i reali danni dell'inerzia parlamentare* e Bruno Nascimbene – *La mancata ratifica del Protocollo n. 16. Rinvio consultivo e rinvio pregiudiziale a confronto*. V., volendo, R. CONTI, *Chi ha paura del Protocollo n. 16 – e perché?* – in *Sistema penale*, 28 dicembre 2019.

Molto più utile è semmai riflettere sugli aspetti legati al Protocollo n. 16.

Ed il pensiero va quasi naturalmente, per descrivere la situazione di attuale stallo, all'immagine biblica dei babelici che nella edificazione della Torre avevano pensato di realizzare la propria impresa e la loro sfida a Dio, escludendo la possibilità di lingue differenti e dunque radunandosi attorno a un principio forte di identità: "un solo popolo" e "una sola lingua"⁷¹.

Oggi il volto di chi ha paura del Protocollo si raduna attorno ad un'idea fortemente identitaria, pensando di eliminare le diversità con l'affermazione di un solo diritto, una sola Costituzione, un solo giudice.

Ma vi è un altro volto, al quale non fa invece paura il Protocollo, di chi è convinto che il diritto nasca dalla composizione delle diversità, dal confronto, dalle traduzioni dei linguaggi diversi provenienti anche da diverse "lingue giuridiche"⁷².

Non fa paura, ancora, a chi crede che proprio nel confronto e nella fatica della ricomposizione fra le diversità, ove esistenti, stia il sale del diritto nella dimensione concreta e dunque la democrazia dei giorni nostri, pervasa anche dal formante giurisprudenziale, come ancora una volta Rordorf mostra di sapere.

Una Costituzione che, così, scende dalla Torre di Babele e si mostra porosa, aperta, capace di arricchirsi dei materiali costituzionali posti al di fuori di essa, ma che partecipano della medesima natura costituzionale.

Il Protocollo non fa paura a chi ha come stella polare l'idea di un diritto che si compone, dunque, della legge e della sua applicazione e attuazione nel caso concreto.

Un'idea nella quale anche il singolo si fa costruttore del diritto, partecipe della realizzazione di ciò che è diritto.

Un diritto che, dunque, è in continua evoluzione e nel quale fatto e diritto non riescono più nettamente a distinguersi, ma si fondono armonicamente nella ricerca di uno *ius litigatoris* che è anche *ius constitutionis*.

Un diritto fatto di complessità⁷³ e problematicità proprio perché si alimenta incessantemente di materiali provenienti non soltanto dall'interno ma anche dall'esterno.

⁷¹ M. RECALCATI, *La Torre di Babele simbolo eterno dell'antipolitica*, *La Repubblica*, 12 giugno 2016 e, più di recente, id., *Il gesto di Caino, Lezioni magistrali*, Carpi, 13 settembre 2019, <https://www.youtube.com/watch?v=RkPohFGLvO0&feature=youtu.be&fbclid=IwAR1ywJmYgJZVhHdR49ybnEHjd-s4tlyFbgjns6OQzKuuCo1TQ047k5Ic&app=desktop>.

⁷² A. RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del prot. 16)*, in *www.diritticomparati.it*, 3 febbraio 2014, e in *www.rivistaaic.it*, 1/2014 (7 febbraio 2014).

⁷³ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in AA.VV., *Oltre il «positivismo giuridico». In onore di Angelo Falzea*, a cura di P. Sirena, Napoli, 2012, 3 ss.

Piace, dunque, il Protocollo n. 16 a chi si oppone ad ogni idea di totalitarismo, di diritto uno e primo rispetto a ciò che, stando fuori dai confini, costituirebbe sempre e comunque attacco alla sovranità e che, invece, è democrazia, è ricerca della composizione.

Non piace il Protocollo n. 16 a chi non si accorge che le diversità non si appianano eliminandole, ma, come si diceva, attraverso la fatica della ricomposizione delle stesse.

In questa prospettiva, il dialogo fra le Corti che il Protocollo n. 16 intende realizzare ed incentivare costituisce uno strumento di straordinaria rilevanza, del quale non bisognerebbe avere paura, a meno di accostarsi a prospettive sovraniste che lascerebbero peraltro fuori il nostro Paese da un dialogo fra altri plessi giurisdizionali, senza potervi contribuire con la propria tradizione costituzionale e con il proprio patrimonio culturale e giuridico, come già emerge dai primi interventi della Corte costituzionale – che ha riconosciuto pieno valore ai pareri resi dalla Grande Camera sulla base di richieste di pareri provenienti dai Paesi che hanno ratificato il Protocollo – e della Corte edu – che nella sua giurisprudenza ha già richiamato i pareri resi, indicandoli ai fini del loro valore di precedenti, in modo omologo alle pronunzie rese sui ricorsi individuali –.

Del resto, quanto appena sostenuto trova piena conferma in quanto già ritenuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 49/2015⁷⁴.

In definitiva, si avverte sempre di più l'esigenza di cercare modalità operative e tecniche decisorie che, anche in ragione della pluralità di fonti che governano i diritti, tanto in chiave nazionale che in prospettiva sovranazionale, attenuino o riducano le possibilità di conflitti fra i diversi plessi giurisdizionali, proprio in una prospettiva che, prima ancora di essere orientata all'alleggerimento del contenzioso da parte di un sistema giudiziario sempre più in crisi sul versante dei tempi, offra a chi ha a che fare con la giustizia, risposte tendenzialmente prevedibili proprio grazie alla conoscenza della posizione della Corte edu.

⁷⁴ In Corte cost. n. 49/2015 si chiarì, infatti, che “...È perciò la stessa CEDU a postulare il carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale, incentivando il dialogo fino a quando la forza degli argomenti non abbia condotto definitivamente ad imboccare una strada, anziché un'altra. Né tale prospettiva si esaurisce nel rapporto dialettico tra i componenti della Corte di Strasburgo, venendo invece a coinvolgere idealmente tutti i giudici che devono applicare la CEDU, ivi compresa la Corte costituzionale. Si tratta di un approccio che, in prospettiva, potrà divenire ulteriormente fruttuoso alla luce del Protocollo addizionale n. 16 alla Convenzione stessa, ove il parere consultivo che la Corte EDU potrà rilasciare, se richiesta, alle giurisdizioni nazionali superiori è espressamente definito non vincolante (art. 5). Questo tratto conferma un'opzione di favore per l'iniziale confronto fondato sull'argomentare, in un'ottica di cooperazione e di dialogo tra le Corti, piuttosto che per l'imposizione verticistica di una linea interpretativa su questioni di principio che non hanno ancora trovato un assetto giurisprudenziale consolidato e sono perciò di dubbia risoluzione da parte dei giudici nazionali.”

Il Parlamento, riprendendo in mano il progetto di ratifica del Protocollo n. 16 avrebbe dunque l'opportunità di mettersi dalla parte dei diritti dei cittadini, dei più deboli, di quelli che non possono permettersi di arrivare a Strasburgo e di sostenere i costi ulteriori di un processo già definito sul piano interno e che hanno dunque bisogno di essere sostenuti dallo Stato. Stato che assume qui il volto della giurisdizione che coopera con quello del legislatore, unitariamente rivolto a salvaguardare i diritti fondamentali delle persone.

In conclusione, la scelta italiana di chiudere le porte al Protocollo n. 16 appare come un'occasione persa.

Occorre dunque che l'accademia ed il mondo degli operatori di giustizia si attivino per indurre il Parlamento a ritornare sull'argomento con una visione più ampia e *re cognita*, valutando le conseguenze negative che il suo mancato recepimento procura alla giurisdizione e, ancor prima, all'ordinamento italiano inteso nella sua complessità e pluralità.

Se però questo dialogo sotto il paradigma del Protocollo n. 16 non avrà esito positivo, non resterà che alle Corti il compito di continuare incessantemente il confronto intrecciato sulla base dei Protocolli d'intesa di cui si è detto⁷⁵, a patto di continuare ad intendere il ruolo dei Protocolli come motore propulsivo della cultura dei diritti fondamentali.

In questo contesto si iscrive la decisione del CSM, *in itinere*, alla quale ha fatto anche cenno il Presidente Curzio nella sua relazione (p. 192), di diffondere a tutti i magistrati italiani i *report* che il Gruppo di attuazione del Protocollo d'intesa concluso fra Corte di cassazione e Corte edu dedica alle novità giurisprudenziali della Cassazione e della Corte edu, unitamente ad altro materiale proveniente dalla Corte di Strasburgo⁷⁶.

10. L'interpretazione convenzionalmente orientata anche in assenza di precedenti della Corte edu. Il problema delle lacune e il volto operativo della Cassazione.

Un aspetto importante che va sottolineato per comprendere il ruolo della giurisdizione – di legittimità e di merito – nel processo di implementazione del

⁷⁵ R. CONTI, *Il Protocollo di dialogo fra Alte corti italiane, Csm e Corte Edu a confronto con il Protocollo n. 16 annesso alla Cedu. Due prospettive forse inscindibili*, in *Questionegiustizia*, 29 gennaio 2019.

⁷⁶ La prospettiva di "aprire" all'esterno l'esperienza di dialogo della Corte di cassazione con la Corte edu muove dalle audizioni disposte dalla Nona Commissione del CSM, a partire dal 10 aprile 2019, con il coordinatore del gruppo di attuazione del Protocollo della Cassazione, il punto di contatto della Corte edu, ed a seguire del *focal point* con la Corte edu della Cassazione e dei referenti delle Alte Corti nazionali.

diritto di matrice convenzionale può cogliersi esaminando la posizione del giudice costituzionale rivolta ad attenuare l’operatività della CEDU, che varrebbe solo in via mediata ed in presenza di plurimi e costanti precedenti della Corte edu.

In questa direzione si iscrive, con certezza, Corte cost. n. 109/2017 (§ 3.1) ove si è, fra l’altro, affermato: “[...]ell’attività interpretativa che gli spetta ai sensi dell’art. 101, secondo comma, Cost., il giudice comune ha il dovere di evitare violazioni della Convenzione europea e di applicarne le disposizioni, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte edu, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti di quest’ultima”, ponendosi in linea con quanto affermato da Corte cost. n. 68/2017.

Si tratta, a ben considerare, di posizioni che non si pongono in posizione distonica con la sentenza n. 49/2015, ma che aiutano la Corte costituzionale a scrollarsi, almeno le critiche, a volte pesanti, che aveva suscitato la presa di posizione in tema di giurisprudenza consolidata⁷⁷.

La piena riconferma dei superiori principi da parte di Corte cost. n. 63/2019 rende ormai pienamente consolidato il principio in forza del quale l’interprete è tenuto ad applicare la CEDU anche in assenza di pronunzie della Corte edu.

Ne esce, così, confermata l’idea che è l’interprete, e per quel che ci riguarda il giudice comune, a dover far *vivere – o morire*, seguendo le indicazioni di Corte cost. n. 49/2015, in caso di mancanza di giurisprudenza consolidata – la CEDU, all’interno dei casi posti al suo vaglio, in una prospettiva che guarda, a me pare in ogni caso, alla CEDU come strumento di innalzamento di tutela dei diritti fondamentali e di massimizzazione delle tutele, tutte le volte in cui la tutela apprestata a livello convenzionale è possibile, inserendosi negli interstizi del sistema interno, laddove questo non prenda espressamente posizione su una data questione⁷⁸.

Quando la Corte costituzionale riconosce che “[...]ell’attività interpretativa che gli spetta ai sensi dell’art. 101, secondo comma, Cost., il giudice comune

⁷⁷ Ciò si coglie in altri precedenti della Corte costituzionale, allorché quello stesso giudice ha ritenuto di potersi spingere sul terreno della verifica di convenzionalità di una norma interna anche in assenza di precedenti specifici del giudice europeo – cfr. Corte cost. n. 276/2016 che, con riguardo al tema del diritto di elettorato passivo e alla protezione riconosciuta ad esso dalla Convenzione ed in assenza di precedenti specifici della Corte EDU relativi a normative che facciano derivare da condanne penali la perdita dei requisiti di candidabilità e di mantenimento della carica, si è spinta ad individuare in autonomia la linea di tutela offerta a livello convenzionale per valutare la compatibilità con l’art. 117, primo comma, Cost. della normativa oggetto del giudizio –.

⁷⁸ V., ancora, C.V. GIABARDO, *Per la chiarezza di idee in tema di creazione giudiziale di diritto e ruolo della giurisprudenza nel tempo presente (Riflessioni al confine tra filosofia del diritto, diritto comparato e diritto processuale civile)*, in *Giustiziainsieme*, 4 settembre 2020, sub par. 5.1.

ha il dovere di evitare violazioni della Convenzione europea e di applicarne le disposizioni, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte edu...” – Corte cost. n. 109/2017 – essa dimostra, ancora una volta, quanto centrale sia il riferimento al canone ermeneutico nell’attività giudiziale. Concetti, questi ultimi, sui quali sono tornati di recente con parole nitide Francesco Viganò, Vittorio Manes e Raffaello Magi⁷⁹.

Affermazione, quest’ultima, che potrebbe tornare utile per rispondere alle critiche, spesso aspre, mosse contro la deriva che sarebbe rappresentata da un ricorso senza controllo al canone ermeneutico per superare la legge e porre, dunque, il giudice, fuori dal perimetro delle sue attribuzioni.

Del resto, anche recentemente la Corte costituzionale è tornata a parlare di interpretazione convenzionalmente orientata e lo ha fatto in ambito di misure di prevenzione, personali e patrimoniali, gestendo i “seguiti” prodotti dalla sentenza *de Tommaso c. Italia* della Grande Camera della Corte edu con le sentenze n. 24 e n. 25 del 2019, sulle quali è possibile rinviare a riflessioni già in precedenza esposte⁸⁰.

Proprio le sentenze da ultimo ricordate della Corte costituzionale (nn. 24 e 25 del 2019) attestano con espressioni terminologiche inequivoche l’attuale contesto storico, nel quale si parla ormai abitualmente di “confluenza della giurisprudenza” delle tre Corti (per descrivere il fenomeno ricordato al punto 8 del considerato in diritto della sent. n. 25/2019), di “confronto” fra la Corte di cassazione e la sentenza *de Tommaso* – p. 11 sent. n. 25/2019 –, di rilettura del diritto interno aderente alla CEDU – *ibidem* –, di attività interpretativa idonea a determinare un grado di precisione sufficiente del precetto non penale. Linea che le Sezioni Unite penali avevano già pienamente e convintamente seguito – Cass., S.U., *Paternò* n. 40076/2017, Cass., S.U. (pen.), 22 febbraio 2018, n. 8770 –.

Nella medesima prospettiva l’ordinanza n. 117/2019 della Corte costituzionale non ha mancato di confermare l’esigenza di una leale cooperazione fra le giurisdizioni quando, chiamata a valutare la portata del principio *nemo tenetur se detegere* in ambito “coperto” dal diritto UE (abuso di informazioni riservate), ha mostrato di individuare i contenuti di tale “valore” sotto il profilo della Costituzione, della CEDU e della Carta UE, poi sollevando questione pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia proprio in relazione allo “spirito di leale cooperazione tra Corti nazionali ed europee nella definizione di livelli comuni di tutela dei diritti fondamentali; obiettivo questo di primaria importanza in materie oggetto di ar-

⁷⁹ R. MAGI, V. MANES e F. VIGANÒ, *Conversando con i penalisti su CEDU e dintorni, Intervista a cura di V. Militello e R. Conti*, in *Giustizia insieme*, 8 febbraio 2021.

⁸⁰ V., volendo R. CONTI, *Ruggeri, i giudici comuni e l’interpretazione*, cit.

monizzazione normativa” – cfr. p. 10 del cons. in diritto Corte cost. n. 117/2019 –. Spirito che ha prodotto frutti fecondi, come è lo stesso estensore dell’ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale ad avere puntualmente individuato (Viganò, cit.)

Insomma, pronunzie, queste ultime, che confermano quanto oggi “il diritto non è fatto, ma viene fatto⁸¹” dalle Corti attraverso il caso esaminato, l’interpretazione del quadro normativo di riferimento, la motivazione della decisione⁸² e la sua argomentazione.

L’interpretazione, dunque, ritorna a campeggiare nel discorso giuridico, con i toni spesso pugnaci con i quali i sostenitori della necessità di un suo contenimento si confrontano con coloro che vedono, invece, in essa il luogo di naturale composizione dei conflitti tra norme.

Ed è estremamente importante che la prospettiva segnata dalle sentenze della Corte costituzionale, ora ricordate, sia stata pienamente recepita proprio dal giudice di legittimità, che invece talvolta, anche nella sua articolazione più autorevole, mostra di non volerla apertamente riconoscere – cfr. Cass. S.U. pen., n. 6551/2012 –.

È infatti interessante notare come, a titolo meramente esemplificativo, Cass. n. 2438/2018 abbia offerto una lettura accorta del canone dell’interpretazione consolidata, recuperando la linea fondamentale dei *principia* espressi dalla Corte edu in materia di ragionevole durata del processo e di effettività dei rimedi, per poi applicarli a una vicenda non espressamente esaminata dallo stesso giudice della Convenzione, senza che ciò abbia indotto il giudice di legittimità a ritenere il parametro convenzionale non operativo benché non interpretato dal suo giudice naturale con riferimento specifico alla questione vagliata dal giudice nazionale.

Tutto questo induce quasi naturalmente a ricostruire il sistema attraverso un lento, ma ineluttabile, passaggio dalla centralità delle fonti alla *centralità dell’interpretazione*, che poi diventa realmente centralità delle interpretazioni, se si guarda alla naturale vocazione del giudice ad essere all’un tempo chiamato a rileggere i dati normativi in chiave costituzionale, convenzionale (sulla quale qui abbiamo discusso) e del diritto dell’Unione Europea, egli vestendo insieme, fuori da pianificazioni gerarchiche, questi ‘tre cappelli’ quando maneggia il *caso* posto alla sua attenzione⁸³.

⁸¹ N. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, Milano 2019, 74.

⁸² Sul ruolo centrale della motivazione delle decisioni ritorna, di recente, N. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, cit., 66.

⁸³ Estremamente raffinata, di recente, l’analisi sul tema delle interpretazioni conformi di V. Scia-

Dunque, un percorso ed un confronto che, nelle parole sapienti della giudice costituzionale Silvana Sciarra pronunziate ad un recente *webinar* sul ruolo del rinvio pregiudiziale⁸⁴, si deve percorrere sul piano deliberativo, del perseguimento di un obiettivo di un'unità complessa ma tuttavia realizzata con parole comuni, piuttosto che con la logica poco appagante – e che ha il respiro corto – della *prima e ultima parola*⁸⁵. Una via che occorre perseguire attraverso il canone, da utilizzare sempre e comunque, della trasparenza discorsiva, anche quando dovesse fare emergere una possibile diversità di vedute.

Un *interpretare*, un *inventare*, un *cercare per trovare*, un *reperire*⁸⁶ (come pure afferma Cass., S.U., 25 gennaio 2017, n. 1946), un *ricercare* (Cass., S.U., 12 dicembre 2012, n. 22784), un *individuare* il significato della legge attraverso la confluenza della giurisprudenza e le puntualizzazioni giurisprudenziali – Corte cost. n. 25/2019 – che conducono, dunque, il giudice a trarre linfa dai principi⁸⁷, non più visti come ricavabili da norme particolari, ma nella loro dimensione elastica e potenziale, direttamente proveniente dal complesso e variegato sistema che va individuato attraverso operazioni ermeneutiche ben lontane dall'angusto piano dell'art. 12 delle Preleggi al codice civile⁸⁸.

Un quadro, quello appena descritto, che certo sembra difficilmente compatibile con quella *giustizia predittiva* che si affaccia all'orizzonte, proprio per alimentarsi di valori che trovano volta per volta, caso per caso, dimensione e protezione diversa a seconda dei casi che vengono all'esame del giudice⁸⁹. Una

rabba, *Spunti di riflessione in tema di "interpretazione conforme"*, in *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Roma, 2019.

⁸⁴ *Webinar* organizzato dall'Università degli Studi di Napoli il 22 gennaio 2021 sul tema *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: attualità e prospettive*, in occasione della presentazione del libro curato da F. FERRARO e C. IANNONE su *Il rinvio pregiudiziale*, Giappichelli, Torino, 2020.

⁸⁵ S. Sciarra, *Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all'accentramento nel giudizio di costituzionalità*, in *Federalismi*, 3/2012, 41.

⁸⁶ Su tale espressione insiste particolarmente il già citato P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017, 115 e 127, specificamente ricordando Cass. S.U. n. 1946/2017. Analoga attenzione riserva a tale pronunzia N. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, cit., 93. V. ancora E. Scoditti, *Scoprire o creare il diritto? A proposito di un recente libro*, in www.questionegiustizia.com.; C.V. GIABARDO, *Per la chiarezza di idee in tema di creazione giudiziale di diritto e ruolo della giurisprudenza nel tempo presente (Riflessioni al confine tra filosofia del diritto, diritto comparato e diritto processuale civile)*, cit.

⁸⁷ Sul ruolo dell'interpretazione nell'individuazione dei principi v. T. MAZZARESE, *Interpretazione della costituzione. Quali i pregiudizi ideologici?*, in A. DONATI, A. SASSI, *Fondamenti etici del processo*. Vol. I di Diritto privato. *Studi in onore di Antonio Palazzo*, Torino, 2009, 439 ss.

⁸⁸ Cass., S.U. (pen.), 22 febbraio 2018, n. 8770.

⁸⁹ V. M. R. Ferrarese, Introduzione ad A. GARAPON e J. LASSÉGUE, *La giustizia digitale*, Bologna, 2021, 19.

giustizia che, dunque, si ha difficoltà estrema a pensare che possa essere dispensata da un algoritmo.

Una visione, quest’ultima che, d’altra parte, costituisce la naturale proiezione di quanto andava dicendo Piero Calamandrei sessant’anni fa, quando ricordava che l’infinita ricchezza del casellario rappresentato dal sistema delle fonti scritte lascia spesso spazio al vuoto ed alla necessità di aggiungere una casella supplementare da parte del giudice, attraverso l’interpretazione, senza che ciò integri opera di creazione, essendo piuttosto “ricerca, nella legge generale e astratta, di qualche cosa che c’è già per volontà del legislatore, e che si tratta non di creare *ex novo*, ma di scoprire e riconoscere”⁹⁰.

11. Cass., S.U., 23 ottobre 2020, n. 29541, *Filardo*. Un altro volto della Cassazione

Ma la Corte di cassazione, si diceva all’inizio, ha vari volti.

Proprio rispetto al ruolo e alla rilevanza dell’interpretazione convenzionalmente orientata può essere utile richiamare una recente pronuncia delle Sezioni Unite penali.

Il giudice della nomofilachia, nella sua più autorevole composizione – Cass., S.U., 23 ottobre 2020, n. 29541, *Filardo* – ha di recente affermato, pur non investito specificatamente della questione dal Primo Presidente, che la CEDU, al pari della Costituzione, avrebbe un ruolo assolutamente ridotto all’interno del giudizio di legittimità, poiché la presunta violazione del parametro convenzionale “... a sua volta proponibile in ricorso unicamente a sostegno di una questione di costituzionalità di una norma interna” dovrebbe fare i conti con il rango che la CEDU ha all’interno del sistema delle fonti, appunto meramente “integratrice del precetto di cui all’art. 117, comma 1, Cost.”.

Da qui l’inammissibilità della censura che pone alla sua base la violazione del parametro convenzionale in assenza di una questione di legittimità costituzionale proposta.

Orbene, stando al ragionamento delle Sezioni Unite penali – che sul punto seguono un orientamento espresso dalla sezione seconda penale (Cass. pen. n. 12623/2020) – il rango subordinato della CEDU alla Costituzione non potrebbe che consentire il ricorso al parametro convenzionale solo se ed in quanto funzionale ad una questione di costituzionalità che, non essendo stata prospettata dal ricorrente, rende la censura non esaminabile dal giudice di legittimità.

⁹⁰ P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, cit., 604.

Quel che più colpisce rispetto alla netta presa di posizione delle Sezioni Unite è la totale pretermissione, all'interno del processo decisionale del giudice di nomofilachia, del piano interpretativo sul quale si colloca la CEDU e del quale si è detto nel precedente paragrafo.

Piano al quale, si è visto, le Sezioni Unite penali, almeno nei precedenti sopra ricordati, sembravano essersi richiamati – Cass., S.U., *Paternò* n. 40076/2017, Cass., S.U. (pen.), 22 febbraio 2018, n. 8770 –.

Un piano, quello interpretativo, che alle Sezioni Unite penali *Paternò* era parso invece ineludibile, al punto da renderlo indispensabile al fine di evitare il vizio di costituzionalità di una disposizione incriminatrice e, conseguentemente, l'incidente di costituzionalità – cfr. p. 9 sent. *Paternò*, cit. – ed al quale il decisore di turno, compreso quello di ultima istanza, non sembrava in alcun modo doversi e potersi sottrarre tutte le volte in cui gli fosse prospettato un *vulnus* della decisione giudiziale rispetto al parametro convenzionale.

Sicché in quel caso spetterebbe al giudice comune verificare se detto *vulnus*, ove ritenuto esistente, possa essere rimosso attraverso un'interpretazione del dato normativo interno coerente con il parametro convenzionale, senza dunque alcuna necessità di investire il giudice costituzionale e con l'ovvia ulteriore possibilità di considerare che l'incidente di costituzionalità potrebbe eventualmente essere sollevato dal giudice al quale è stata proposta la censura, ove egli dovesse ravvisare una radicale incompatibilità del dato normativo interno con la CEDU tale da richiedere necessariamente l'intervento del giudice costituzionale.

Le diverse coordinate invece espresse da Cass., S.U. n. 29541/2020 segnano, così, un altro volto della Corte che ha peraltro il suo *pendant* in ampi settori della dottrina.

Dottrina che guarda con sfavore a quella giurisprudenza, tanto comune che – con rime variegata e a fisarmonica, come si avrà modo di spiegare nel prosieguo – costituzionale, la quale si muoverebbe ben oltre la Costituzione, al punto da risultare eversiva, in quanto destinata a scavalcare il parametro costituzionale dell'art. 101 Cost.⁹¹ Si tratta di un'operazione fortemente ideologica che troverebbe conferma in un certo numero di pronunzie dei giudici comuni, innaturalmente rivolte a modificare i rapporti tra legge e interpretazione⁹², ope-

⁹¹ R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, n. 4, 757.

⁹² M. LUCIANI, *L'attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo*, in *Questione giustizia*, 29 dicembre 2020. In precedenza, id., *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, 345 ss. V. anche F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, in *Federalismi.it*, 18/2019, 2 ottobre 2019.

rando uno slittamento eversivo dal piano delle fonti a quello dei valori, addirittura prefigurando un inesistente principio di massimizzazione delle tutele che non potrebbe appartenere ad un giudice terzo⁹³.

Sfavore, che ancora una volta, si indirizza soprattutto rispetto al peso ed al ruolo progressivamente assunti dal diritto di matrice sovranazionale nonché all’influenza, innaturale, che le giurisdizioni sovranazionali, chiamate ad interpretare quello stesso diritto, giocherebbero proprio sui giudici interni. Si tratta di sistemi che metterebbero in discussione il primato della Costituzione e, in una parola, la sovranità dello Stato, sotto forma del principio del libero convincimento del giudice aggredito – quando in gioco dovesse entrare il parere preventivo sollecitato alla Corte ed in forza del protocollo n. 16 annesso alla CEDU –, dalla forza *sostanzialmente* vincolante del parere reso in sede di richiesta consultiva dalle Alte Corti nazionali.

Dunque, due volti di una stessa Corte, due diverse prospettive che convivono e che trovano composizione all’interno della Corte.

Non ci si nascondono gli effetti, a volte indesiderati, che queste diversità di indirizzi possano produrre, ma non può nemmeno sottacersi come le diversità all’interno di un organo giurisdizionale rappresentino ricchezza, dinamicità, garanzia di indipendenza ed espressione di quella prerogativa costituzionale (art. 101, c.2 Cost.), che comunque deve indurre il giudicante a trovare, dopo il confronto dialettico, una composizione per perseguire il canone, parimenti fondamentale, della prevedibilità delle decisioni.

Si potrà certo sostenere, come molti autorevolmente fanno, che le oscillazioni cui la giurisprudenza nazionale è soggetta tra i vincoli discendenti dalla cooperazione coi giudici sovranazionali, considerato il dovere di fedeltà ai valori fondamentali del diritto interno, possano alimentare contenzioso, incertezza ed imprevedibilità, rimettendo “nelle mani del singolo operatore di giustizia un potere enorme, di opzione tra l’obbedienza alle pronunzie delle Corti sovranazionali e la opposizione ad esse in nome dell’identità costituzionale”⁹⁴.

⁹³ Ancora R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, cit. Il riferimento è ad A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Spunti su sconfinamenti e legittimazione della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, 251 ss. Sul medesimo tema v. il confronto tra lo stesso R. Bin e A. RUGGERI nell’intervista su *Giudice e giudici nell’Italia postmoderna?*, a cura di R.G. CONTI, in *Giustizia Insieme*, 10 aprile 2019 e ancora, A. RUGGERI, *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in *Consultaonline*, 3/2019, 16 dicembre 2019, 713 e 714, note 26 e 30.

⁹⁴ A. RUGGERI, *Corte EDU e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti, XXIII, Studi dell’anno 2018*, Torino, 2019, 469.

Il sistema fondato sull'interpretazione ed il dialogo fra le Corti favorirebbe così la frantumazione del precedente – anch'esso valore fondamentale del sistema – e farebbe da “anticamera” all'incertezza dei diritti alla quale, tuttavia, la stessa dottrina ha opportunamente affiancato il valore, parimenti essenziale, per l'attuale contesto sociale, rappresentato dalla certezza dei diritti.

A tal proposito, sembra di particolare rilievo il rinvio ad una recente conversazione fra Luigi Salvato e Renato Rordorf su *diritto legislativo* e *diritto giurisprudenziale*⁹⁵ nella quale si misurano due esponenti di spicco della Corte di cassazione.

Da quella lettura emerge come il secolare dissidio fra certezza del diritto ed effettività delle tutele può forse trovare rimedio solo considerando che l'alternativa secca favorevole ad un interprete che determini in modo fisso ed inemendabile il diritto del caso concreto, imponendolo a chi debba decidere i casi omologhi, senza possibilità di modificarne i postulati ed in nome di un canone di certezza e prevedibilità, oltre a non considerare la realtà dei tempi complessi che stiamo vivendo, non riesce a dare risposta appagante all'ipotesi in cui il “precedente” abbia prodotto un'ingiustizia che solo l'accorto intervento di un altro interprete rispetto al caso concreto è in grado di emendare, come ha sapientemente evidenziato Rordorf.

Come che sia, le posizioni sicuramente diverse sui grandi temi che si agitano all'interno della Corte nel confronto Salvato-Rordorf, mostrano l'arte del giudicare, alimentata dal confronto, dal dialogo, dal ragionamento, al punto che la sintesi delle due posizioni compone e rappresenta la Corte di cassazione, con le sue accezioni e caratterizzazioni necessariamente variegate.

12. Alla ricerca di una mediazione fra i volti della Cassazione. Il *principium cooperationis*. Il coraggio nella consapevolezza del limite

Non ci si nasconde, peraltro, che le conclusioni del paragrafo precedente possano apparire ammantate da una prospettiva troppo partigiana e sfuggente rispetto al conflitto che le posizioni ed i *volti* della Cassazione mostrano.

In effetti, il tema qui esaminato del ruolo del giudice rispetto all'interpretazione costituzionalmente, eurounitariamente e convenzionalmente orientata e, più in generale, degli ambiti dell'interpretazione delle norme interne e sovranazionali, in relazione alla tutela multilivello, disegna questioni nuove, tutt'altro che agevoli da dipanare e, come si è visto, spesso divisive.

⁹⁵ *Conversando su diritto legislativo e diritto giurisprudenziale, Intervista di Luigi Salvato a Renato Rordorf*, in *Giustizia insieme*, 2 febbraio 2021.

Come trovare un componimento fra queste prospettive avvertite come inconciliabili e dicotomiche?

Può forse dirsi che il giudice e il legislatore abbiano entrambi l'obbligo di contribuire in modo solidale, nei contesti normativi e fattuali storicamente dati, alla salvaguardia dell'ordinamento nell'identità dei suoi principi fondamentali, vicendevolmente riconoscendosi come attori insostituibili al servizio dei diritti delle persone.

Per altro verso, non sembra nemmeno vero che in assenza dell'intervento del legislatore il giudice si dimostri *infedele* alla Repubblica allorché si metta al servizio delle domande di giustizia poste al suo vaglio, applicando al caso concreto il diritto, per come esso si sedimenta attraverso i principi-cardine della Costituzione e delle Carte dei diritti fondamentali⁹⁶.

Quest'obbligo di fedeltà, d'altra parte, non può non considerare la particolarità del ruolo attribuito al giudice comune – di legittimità e di merito – nel nostro sistema e il processo di progressivo cambiamento dei rapporti del giudice con la legge positiva nazionale.

Si tratta allora forse di sperimentare una prospettiva che trae le sue origini dalla Costituzione⁹⁷ e dal *principium cooperationis*, ispirato all'esigenza di integrazione fra le Carte dei diritti già espressa da Corte cost.n.388/1989, che si declina su diversi piani.

Nell'attuale *contesto* della giustizia, tutto aggrovigliato attorno a chi si accapiglia sul rapporto fra giudice e legge con prese di posizione che odorano, a volte, di scontri epici fra guelfi e ghibellini ed altre assumono il sapore di vere e proprie crociate, la vera scommessa sta, forse, più che nella ricerca del tarlo dell'una o dell'altra posizione nell'aprirsi alla ricerca di un equo temperamento fra l'avanzare di un costituzionalismo globale, nel quale assumono crescente peso e significato i principi fondamentali della persona e la necessità di realizzare una giusta convivenza con altri principi ed interessi di rango costituzionale, nessuno dei quali può assumere una posizione tirannica se non quello della dignità.

⁹⁶ Temi già in passato affrontati in altra sede alla quale si rimanda. V., volendo, R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011; id., *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Roma, 2015; id., *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sopranazionali*, in www.questionegiustizia.com, *Rivista on line*, 4/2016; id., *Scelte di vita o di morte: il giudice è garante della dignità umana?*, cit.

⁹⁷ M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2016, 7 ss., A. COSENTINO, *Ricordo di Maurizio Fioravanti*, in *Giustiziansieme*, 10 Settembre 2020.

La tendenza allo scontro che, a volte, prevale invece sul tema del rapporto fra legge e giudice non pare adeguatamente considerare che è proprio la *complessità*⁹⁸ – della società, del suo dinamismo – a non potere essere imbrigliata in formule astratte e/o all'interno delle categorie che non possono certo in alcun modo essere elise o eliminate, ma che devono continuamente essere riponderate, attualizzate rispetto al contesto, rinvigorite, riempite dal *nuovo* rappresentato dall'attualità in cui i confini crollano progressivamente a favore di una sempre più avvertita esigenza di protezione e salvaguardia della persona.

Il tutto al fine di raggiungere la giustizia che si compone continuamente attraverso nuovi tasselli che legislatore, giudici, comunità interpretativa – per dirla con Lipari – e società devono sapere maneggiare e, in una parola, conoscere.

Essa, anzitutto, per dirla ancora con Antonio Ruggeri, suggerisce di considerare tutti i giudici come “orizzontali”, siccome distinti tra di loro unicamente per le funzioni esercitate o, se si preferisce, per la tipicità dei ruoli, comunque bisognosi di essere espressi al massimo rendimento possibile ad ogni livello istituzionale, senza dunque alcuna “graduatoria” tra di loro: siano giudici comuni e siano pure giudici costituzionali o *materialmente* costituzionali, quali ormai in modo sempre più marcato e vistoso vanno conformandosi le stesse Corti europee⁹⁹.

Ne consegue che sia nel rapporto fra giudice di merito, giudice di legittimità e giudice costituzionale che in quello fra giudice nazionale e sovranazionale, la logica ispiratrice non potrà che essere quella della leale cooperazione, essa riuscendo a perseguire il miglior risultato possibile per le parti che sono davanti al giudice.

Questa sembra la prospettiva corretta per gestire la complessità che si è andata tratteggiando.

Occorre un giudice che, chiamato a far vivere le Carte dei diritti nazionali e sovranazionali, sia capace di essere sì coraggioso al punto che, per dirla con Antonio Ruggeri, “*se privo del coraggio di mettersi in gioco anche – laddove necessario – esponendosi in prima persona farebbe bene a cambiare mestiere*”.

⁹⁸ F. MESSINA, *Il diritto alla verità. Presentazione dell'incontro con Marco Damilano – 3 giugno ore 18.00 – diretta su “zoom” e bacheca Facebook “Memoteca Montanari”, in questa Giustiziainsieme, 1 giugno 2020.*

⁹⁹ A. RUGGERI, *Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in “sistema”, in “Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti. XVI. Studi dell'anno 2012*, Torino, 2013, 246.

Ma un giudice che, al contempo, non può non avere una “mentalità ispirata al *sensu del limite* e alla consapevolezza delle risorse di mente e di cuore di cui ciascun operatore può e deve essere dotato e che vanno fino in fondo portate a frutto”. Il pensiero va quasi naturalmente all’ultimo Calamandrei, quando ricordava che “...nel sistema di legalità, la stessa legge offre al giudice i mezzi per non perderla mai di vista, per mantenersi sempre in contatto con essa, anche quando i tempi cambiano più velocemente delle leggi: l’interpretazione evolutiva, l’analogia, i principi generali, finestre aperte sul mondo, dalle quali, se il giudice sa affacciarsi a tempo, può entrare l’aria ossigenata della società che si rinnova¹⁰⁰”.

Un invito alla prudenza coraggiosa, si potrebbe dire, che va rivolto soprattutto quando si tocca il tema, centrale, dell’interpretazione.

In questa prospettiva il giudice, di legittimità come di merito, non può temere di essere *contromaggioritario* ma, invece, deve conoscere con professionalità gli strumenti che si trovano davanti al suo scrittoio.

Il giudice di Cassazione non deve quindi avere timore di essere accusato di atteggiamenti eversivi quando egli si muove nel rigoroso rispetto delle regole di ingaggio previste dal sistema.

Tocca dunque impegnarsi in una continua ricerca, non in astratto ma in concreto, *in vivo* e non *in vitro*, del *limite* che i soggetti istituzionali coinvolti devono saper cogliere per perseguire una prospettiva che, senza retorica alcuna, si muove nel verso della massimizzazione delle tutele, alimentata, appunto, dal confronto, dalla conoscenza, dalla formazione degli operatori rispetto alle fonti costituzionali di matrice interna e sovranazionale, dall’intelligente e consapevole attenzione al perenne interscambio fra le Corti, capace di determinare, alla fine del confronto, un risultato che (quasi incredibilmente) attribuisce comunque notevole valore all’interpretazione fornita proprio dalle autorità interne, che sono “di prossimità” rispetto alle spesso dolorose vicende della vita.

Il futuro, dunque, non è nello scontro, ma nell’incontro delle diversità.

Il giudice nazionale è in realtà il “sovrano” ed al tempo stesso il “servo” dei diritti, allo stesso spettando una straordinaria opera di costruzione di una trama nella quale gli interessi, i valori, qualunque sia la loro matrice – costituzionale,

¹⁰⁰ P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Opere giuridiche – Volume I – Problemi generali del diritto e del processo*, Roma, 2019, 610. Per l’evoluzione del pensiero di Calamandrei sui temi della legalità e del ruolo del giudice v., M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, VI, Milano, 2013, 393.

sovranazionale, euro – unitaria –, rappresentano i rocchetti che “il giudice operaio” cerca di armonizzare e fare girare tutti insieme.

Un giudice, quello attuale, dunque, non mero lettore di un sistema di norme, ma ingranaggio essenziale del processo produttivo del diritto¹⁰¹.

Resterà da valutare se la visione qui prospettata contrasti con la funzione nomofilattica fissata dalla Costituzione, nonché con l’art. 111 Cost. Ancora, se essa sia frutto di una posizione “minoritaria” della dottrina costituzionalistica e proietti il giudice in modo innaturale verso una dimensione che non gli appartiene o non gli dovrebbe appartenere. E ancora, se tutto ciò non finisca altresì per fomentare lo scontro fra plessi giurisprudenziali, introducendo in dibattiti di matrice meramente interna elementi estranei, così, in definitiva, trasformando il ruolo stesso del giudice di legittimità.

A questi interrogativi, meritevoli di attenta analisi, non si può qui che rispondere con affermazioni che rischiano di apparire assertive, ma che lo spazio e la pazienza di chi legge questo già assai e troppo lungo scritto comunque suggeriscono.

Il richiamo al rispetto della Costituzione ed a quel *patriottismo costituzionale* sotteso alle critiche anzidette appare forse ingeneroso e non coglie, forse, l’essenza e l’esistenza, all’interno della Costituzione, di parametri che completano l’art. 111 e che trovano negli artt. 2, 11, 117, 1^a c., Cost. altrettanti valori fondanti ed essenziali, tutti informati ad un controllo di garanzia e di protezione forte dei diritti fondamentali delle persone.

Il *tratto armato* che a volte si vorrebbe cogliere e stigmatizzare in alcune decisioni della Cassazione – ordinanza di rinvio alla Corte costituzionale n. 8325/2020 in tema di maternità surrogata, rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia nell’ordinanza delle S.U. n. 19598/2020 – non persuade.

In entrambe le vicende la Cassazione non sembra affatto aver utilizzato in maniera disinvolta alcuni strumenti pur normativamente previsti – questione di legittimità costituzionale alla Corte costituzionale, rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia – essendosi anzi mossa nel pieno rispetto delle prerogative riservate al giudice di ultima istanza.

Nel caso esaminato da Cass., n. 8325/2020, la Corte non ha inteso disattendere la decisione delle Sezioni Unite, ma ha al contrario dubitato della compatibilità dell’orientamento espresso da quell’organo con i parametri costituzionali integrati dalla CEDU, evocando il parere della Grande Camera dei diritti

¹⁰¹ N. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, cit., 98.

dell'uomo reso il 9 aprile 2019¹⁰² che ha piena valenza giuridica al pari delle altre pronunzie della Corte edu, come già affermato dalla Corte costituzionale (Cort. cost., n. 230/2020) e dalla stessa giurisprudenza della Corte edu che richiama i pareri come suoi precedenti (Corte edu, 16 luglio 2020, *D. c. Francia*, ric. n. 11288/18).

Cass. S.U., n. 19598/2020, per converso, ha chiesto – fra l'altro – alla Corte di Giustizia l'interpretazione di un parametro contenuto nella Carta UE dei diritti fondamentali al fine di verificare la tenuta di un orientamento delle stesse Sezioni Unite, ancora una volta muovendosi nel rigoroso rispetto dell'art. 111 Cost., che affida alle Sezioni Unite, e non alla Corte costituzionale, il compito di regolare i plessi giurisdizionali, senza invadere o scavalcare alcun organo costituzionale, ma, al contrario, richiamando i precedenti della Corte di Giustizia che affermano principi, magari non digeriti da qualcuno, ma pur sempre diritto vigente e vivente e dunque “dialogando” con quel giudice e sollecitandone l'interpretazione di parametri UE.

Tanto vale la pena di precisare, al di là del merito delle questioni sull'eccesso di potere giurisdizionale e sulla maternità surrogata.

E ciò non già per giustificare o assecondare un procedere per così dire “deragliato” della Cassazione, ma soltanto per sottolineare che anche i due provvedimenti della Cassazione indicati come casi paradigmatici di un incedere fuori binario, se visti in diversa prospettiva, sembrano allineati nella prospettiva del dialogo costruttivo, coraggioso e comprensivo dei limiti al quale qui si è accennato. Decisioni, peraltro, queste ultime che, al pari di quelle di qualunque altro provvedimento giurisdizionale, si misurano sulla motivazione che esse utilizzano, sulla plausibilità e persuasività delle argomentazioni utilizzate che, appunto, si proiettano in quella *comunità interpretativa* dei giuristi che ne verificherà poi la correttezza e solidità. Il che è accaduto anche in relazione alle due vicende che, ancora una volta, hanno suscitato reazioni e riflessioni divaricate, a volte favorevoli, a volte aspramente contrarie. Verrebbe da dire, ancora una volta, *nihil sub sole novi*.

In definitiva, che il ragionamento qui esposto e alcune delle linee di tendenza accennate a proposito del ruolo nomofilattico della Cassazione siano in linea, non già con la maggioranza della dottrina, ma con posizioni ritenute minoritarie, rivela che forse quelle prevalenti non tengono nel dovuto conto al-

¹⁰² Sul quale v., volendo, R. CONTI, *Il parere preventivo della Corte Edu (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in *Questionegiustizia*, 28 maggio 2019.

cune non secondarie considerazioni di ordine valoriale sulle scelte adottate, in ogni caso trascurando l'essenza dell'essere giudice soggetto soltanto alla legge, il quale non misura il suo incedere e le sue decisioni sulle linee delle occasionali maggioranze – politiche o accademiche che siano –, quanto sui valori della Costituzione integrati fra loro con i sistemi dotati di piena efficacia normativa per come esso li interpreta secondo la sua responsabilità.

I QUADERNI DELLA SSM

nella stessa collana

Quaderno 1 – Bioetica e biodiritto

Quaderno 2 – Raccolta delle fonti e delle principali delibere della Scuola superiore della magistratura

Quaderno 3 – Comunione e condominio

Quaderno 4 – Diritti e obblighi del lavoratore all'epoca COVID

Quaderno 5 – Il trattamento dei dati personali in ambito giudiziario

Quaderno 6 – Storia della magistratura

Quaderno 7 – I metodi di risoluzione alternativa delle controversie:
Focus su mediazione, negoziazione assistita e conciliazione
giudiziale

Quaderno 8 – Il procedimento disciplinare dei magistrati

Quaderno 9 – L'ordinamento giudiziario

Quaderno 10 – L'evoluzione della responsabilità civile

Quaderno 11 – I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee

Quaderno 12 – Dieci anni di Scuola superiore della magistratura (2011-2021)

Quaderno 13 – Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitaria

Quaderno 14 – Il diritto tributario nella prospettiva penale e civile

Quaderno 15 – Giustizia digitale



I QUADERNI DELLA SSM

nella stessa collana

Quaderno 16 – Il nuovo diritto di famiglia

Quaderno 17 – L'etica giudiziaria

Quaderno 18 – Gli assetti organizzativi dell'impresa

Quaderno 19 – Intercettazioni di comunicazioni e tabulati

Quaderno 20 – Il giudizio civile di cassazione



Finito di stampare nel mese di gennaio 2023
a cura dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A.

