

PASSATO E FUTURO DELLA CASSAZIONE

A cent'anni dalla "Cassazione civile" di Piero Calamandrei

Corte di Cassazione Roma, 11 novembre 2020

Saluto introduttivo del Procuratore generale, Giovanni Salvi

La forza di un'idea è anche nella sua capacità di resistere nel tempo, di adattarsi alla mutevole realtà, di restare ciò nonostante integro riferimento per gli operatori. La cassazione, quale ideata da Calamandrei, è tutto questo.

Non sempre siamo consapevoli del nostro debito, come quando utilizziamo quotidianamente il termine "massima", per indicare la sintesi che fissa "un problema di diritto in astratto, cioè un problema di *massima*", come scriveva Calamandrei e come ha ricordato Francesco Antonio Genovese in un bel saggio sull'Ufficio del Massimario e del Ruolo.

Certamente molto è mutato nei cento anni che ci separano da "La cassazione civile". Lo vediamo anche nelle piccole cose, ad esempio nel come indichiamo le sentenze più significative. Abbiamo mutuato dalle Corti sovranazionali e dai sistemi di *Common Law*, soprattutto statunitense, il richiamo a un nome, invece che a una serie di numeri, come in passato. Piccolo cambiamento, ma indicativo di una profonda trasformazione, per la maggiore rilevanza del precedente e per la tecnica di redazione delle motivazioni, sempre più basate su principi. La facilità con cui citiamo il precedente è strumentale all'utilizzo immediato (nel senso di non mediato) dei principi in esso affermati.

Mi ha spesso affascinato, nelle motivazioni delle sentenze delle Corti superiori degli Stati Uniti, l'utilizzo degli scritti e del pensiero dei Padri fondatori, a volte fino all'eccesso del *testualismo* e dell'*originalismo*, ma sempre in un dialogo come tra viventi. E' qualcosa che sta avvenendo anche da noi, per la rilevanza sempre maggiore di una giurisprudenza per principi. Come ha osservato uno studioso statunitense, Slansky, il dialogo a distanza tra le Corti è stato uno – non il solo, ma certamente uno - dei protagonisti di questo mutamento, che ha avvicinato sistemi che fino a pochi anni fa sembravano non comparabili. Segnale di questo avvicinamento fu infatti anche la citazione di decisioni di Corti europee in sentenze della Corte Suprema, peraltro in casi divisivi, come la pena di morte, la legittimità della criminalizzazione dell'omosessualità o le *affirmative actions*.

Nella più vicina realtà istituzionale europea, ciò è stato di necessità indotto dalla convivenza di sistemi diversi e dalla loro necessaria armonizzazione in un contesto

unico, in larga parte a opera delle Corti europee e del loro dialogo, non sempre amichevole..., con le Corti costituzionali e supreme degli Stati parte.

E' recentissima l'ordinanza delle Sezioni Unite con la quale sono state poste alla Corte di Giustizia questioni pregiudiziali che concernono i limiti di sindacabilità delle decisioni del Consiglio di Stato e la possibilità di porre in proposito interpello pregiudiziale alla Corte, orientamento che viene in consapevole contrasto con la sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale. Questione che riporta ancora a Calamandrei, alla sua idea di una Corte volta all'attuazione di un unico diritto oggettivo nazionale, seppure in una temperie del tutto diversa, anche per il radicale mutamento del ruolo del Consiglio di Stato, ancora più evidente a seguito della appena richiamata sentenza della Corte costituzionale e della difficile composizione di contrasti interpretativi in aree che ormai si sovrappongono tra giudice amministrativo e ordinario e che potrebbero non trovare un regolatore nella Corte *Suprema* di cassazione.

Del complesso di questo mutamento, oggi vorrei sottolineare un aspetto particolare, l'evoluzione della *certezza del diritto* nella *prevedibilità della decisione* e – aggiungerei – dell'*agire giudiziario*.

La centralità dell'idea della nomofilachia, come carattere fondante della cassazione, di rilievo costituzionale, in quanto presidio del principio di eguaglianza, si estende così significativamente, senza perdere né coerenza, né chiarezza concettuale.

La Corte di cassazione ha molto operato negli ultimi anni verso la prevedibilità delle proprie decisioni. Essa è divenuta sempre più attenta nel considerare la prevedibilità come valore in sé, anticipando anche soluzioni che sarebbero poi state formalizzate in riforme legislative.

A questa nuova consapevolezza ha contribuito grandemente la giurisprudenza delle Corti europee, che intorno alla prevedibilità hanno elaborato un presidio di tutela di interessi fondamentali.

La possibilità che il precedente sia ribaltato, tuttavia, è anch'essa un bene, nel senso che è la strada che la forza della realtà dei fatti impone sulla rigidità della loro formalizzazione giuridica.

Davvero rilevante non è l'immutabilità dell'orientamento e la anticipazione certa – su questa base – dell'esito della controversia. Mito ormai da tempo sfatato e in fin dei conti non desiderabile. Dalla lunga elaborazione giurisprudenziale del concetto di prevedibilità emerge, a mio parere, innanzitutto che l'incertezza giurisprudenziale fisiologica è quella che si svolge all'interno delle possibili interpretazioni, considerati

gli orientamenti giurisprudenziali e di dottrina. Tale incertezza consente le scelte, entro un margine di alea insopprimibile.

Ciò che conta è che vi siano misure atte a prevenire o risolvere rapidamente i conflitti di giurisprudenza. Gli approdi della giurisprudenza di legittimità, sul punto, e delle conseguenti misure organizzative adottate dalla Corte, sono infine sfociate nella previsione dell'obbligatorio deferimento alle sezioni unite del ricorso su cui vi sia dissenso della sezione semplice rispetto al precedente.

Semmai oggi si pone il tema di individuare con precisione quando, nei progressivi aggiustamenti di un principio affermato, si realizzi il contrasto e quale sia lo spazio legittimo delle stesse SSUU nel mutare orientamenti consolidati, senza che la specifica questione fosse ad essa stata posta, come sembra essersi verificato in rari ma significativi casi.

Altrettanto importante è che esistano strumenti in grado di rimediare, nel caso di mutamenti repentini e non prevedibili all'interno di quel margine di alea, nel caso concreto e in prospettiva.

Questo secondo filone è oggi il più vivace. La giurisprudenza civile ha elaborato rimedi agli effetti dell'*overruling*, attraverso la disapplicazione del principio di diritto innovato (*prospective overruling*) e la rimessione in termini per errore scusabile, distinguendo peraltro tra i casi in cui il principio riguardi una regola processuale o una sostanziale.

Un percorso in parte simile è visibile nel campo penale. Da un lato la giurisprudenza ha cercato di rispondere alle esigenze di ottemperare ai dettati della Corte EDU, rimettendo in discussione giudicato e preclusioni; dall'altro, l'art. 618, comma 1bis c.p.p., introdotto dalla riforma del 2017, prevede l'obbligo per la sezione semplice di rimettere la decisione del ricorso alle sezioni unite, se ritiene di non condividere il principio di diritto da queste enunciato. Istituto parallelo a quello previsto dall'art. 374 c.p.c. dopo la riforma del 2006.

Analogo allineamento per ciò che concerne l'affermazione del principio di diritto anche nel caso di ricorso inammissibile, con l'introduzione del comma 1ter nell'art. 618 c.p.p., anche se la rotta non è del tutto parallela, non essendo consentito al procuratore generale di esercitare la facoltà di cui all'art. 363 c.p.c.

Il concetto di prevedibilità opera in maniera diversa non solo con riferimento ai mutamenti di interpretazione giurisprudenziale, a seconda che avvengano nel campo penale o civile, nel diritto sostanziale o processuale, ma anche nella prospettiva della singola controversia o in quella dell'osservatore esterno che predice la risposta dell'ordinamento e su questo orienta le proprie scelte. Nella controversia operano o

potrebbero operare meccanismi riparatori del mutamento di cui si è detto, anche se pur essi infine incidenti paradossalmente sulla prevedibilità in generale.

In questo terreno ben arato e che va ormai rendendo evidente un percorso unitario di iniziative concorrenti (organizzative, ordinamentali e normative), si inserisce un tema che incide grandemente sulla prevedibilità per le scelte degli operatori.

La giurisprudenza di merito, infatti, non contribuisce direttamente a configurare il diritto vivente ai fini della perimetrazione della prevedibilità. Le diversità di giurisprudenza persistono fino a che non si verifica l'effetto conformativo, derivante dall'intervento della Corte di legittimità, o per il consolidarsi del precedente delle sezioni semplici o per l'intervento regolatore delle sezioni unite.

Il tempo, in questo caso, è variabile che influisce direttamente sull'entità del problema: più a lungo durano i procedimenti di merito, più a lungo persiste l'incertezza sul principio di diritto. Basti pensare alle conseguenze, anche nei giudizi di merito, delle incertezze interpretative in materia di protezione internazionale, derivante dall'improvviso riversarsi sulla Corte di un numero di controversie enorme, che comportano serie questioni interpretative; la loro non pronta risoluzione nel giudizio di legittimità si riflette nella difficile applicazione delle misure di deflazione nell'esame dei ricorsi, in un circolo vizioso.

La necessità di affrontare la prevedibilità, cioè la nuova dimensione della nomofilachia, sin dal merito, pone oggi l'ineludibile tema delle modalità di strutturazione degli atti del procedimento, ivi comprese le sentenze.

La chiarezza concettuale, sorella della sintesi, è premessa di una efficace *massimazione* o, se si vuole, di quella articolazione dell'atto che ne consenta una facile utilizzazione quale base dei *data* utilizzabili dagli strumenti di *Machine Learning* e dunque in un prossimo futuro di effettivo ausilio alle scelte delle parti e alla decisione del giudice.

L'incertezza si colora diversamente nel settore penale, dove essa non deriva solo dall'applicazione di principi di diritto più o meno consolidati, ma da scelte non uniformi sin dalla fase dell'iscrizione delle notizie di reato.

La prevedibilità si sgancia, per questo aspetto, dal precedente, dalla nomofilachia, e investe il più complesso terreno del rapporto tra poteri e degli assetti ordinamentali.

Nella prevedibilità convergono aspetti molto diversi. Si pensi in primo luogo alla qualità della legislazione. L'indeterminatezza della fattispecie legale, il difetto di precisione, è spesso alla base della ricerca giurisprudenziale dello strumento di integrazione degli elementi indeterminati della fattispecie.

Si pensi alla questione che forse più di tutte ha posto all'opinione pubblica il tema della prevedibilità in relazione al principio di legalità, il caso Contrada. Al di là della decisione in sé, forse frutto di una cattiva comprensione della risalente giurisprudenza sulle conseguenze penali dello stabile e consapevole aiuto prestato all'organizzazione criminale, nella materia del delitto associativo si coglie in pieno la tensione tra principio di legalità e connotazione del fatto, anche nelle sue espressioni originali. La giurisprudenza recente in materia di mafie silenziose, di nuove mafie, di partecipazione al delitto di associazione terroristica nelle sue forme non più territorialmente fondate, è manifestazione di questa tensione.

D'altra parte, anche dalla giurisprudenza europea emerge il ruolo delle corti nel dare risposta a domande nuove, anche non immaginabili. Ad esempio, la tutela offerta dalla Corte di Strasburgo all'ambiente, attraverso il diritto al godimento della vita, al benessere e alla sua qualità (art. 2 e 8 della CEDU) costituisce certamente un prodotto giurisprudenziale, che integra e supplisce la non previsione convenzionale della tutela dell'ambiente.

E' dunque evidente che la prevedibilità non è certezza, nel senso del giudice *bocca della legge* o del precedente vincolante. Essa trova spazio anche nel carattere progressivo della sua affermazione: superamento del precedente attraverso l'argomentazione razionale in grado di dimostrare l'inadeguatezza della interpretazione superata; al grado di progressività si collegherà il principio di legalità "allargato" per gli aspetti sanzionatori o l'adozione di misure reintegratorie di facoltà decadute a causa della interpretazione superata.

Da qui emerge il carattere dirompente del nuovo approccio al giudizio di cassazione: per la "scelta" del caso meritevole di pubblica udienza, comportando peraltro anche il rito camerale il consolidarsi del precedente, attraverso le inammissibilità o le dichiarazioni di manifesta fondatezza o infondatezza. Anche solo la conseguente diminuzione delle decisioni massimate congiura verso il consolidamento del precedente attraverso la sua autorevolezza.

Il completamento di questo percorso va però verso il merito e apre al ruolo della Procura generale per l'uniformità dell'applicazione del diritto anche nei giudizi di merito.

La prevedibilità non è confinata nella nomofilachia affermata nel giudizio di legittimità.

Nel settore penale, a prevedibilità, intesa nel senso forte collegato ai principi di legalità e di colpevolezza, si estende alla prevedibilità delle conseguenze delle scelte,

sin da quelle attinenti alla iscrizione della notizia di reato. Essa, come afferma Viganò, si estende dalle prime fase delle investigazioni fino all'esecuzione della decisione definitiva.

Nel settore civile la prevedibilità costituisce un fattore rilevante nell'orientare le scelte degli individui, degli organismi e della collettività. Un esempio lampante e molto studiato è quello dell'esecuzione immobiliare, ove da tempo i grandi operatori bancari utilizzano di fatto per le loro scelte sul campo gli strumenti della giustizia predittiva.

Gli effetti della mancanza di prevedibilità si estendono sino all'origine stessa della domanda, che abbiamo definito anomala o drogata, come fu per le domande previdenziali o in materia di rapporti di lavoro a seguito di privatizzazione o come sembra delinarsi nella protezione internazionale.

In questo contesto è evidente che la Procura generale può svolgere un ruolo importante sia nel contributo selettivo, sia nella individuazione precoce del contrasto inconsapevole, vista la sua partecipazione orizzontale alle attività della Corte e la possibilità di ricorrere allo strumento della affermazione del principio di diritto ex art. 363 c.p.c., portato a nuova vita e che, come affermato dalla Corte costituzionale, «costituisce [...] espressione di una giurisdizione che è (anche) di diritto oggettivo» (sentenza n. 119 del 2015).

Estendere alla fase del merito il monitoraggio delle questioni che possono determinare contenziosi diffusi o divergenze interpretative può comportare una più consapevole gestione del contenzioso di merito, ad esempio nelle riunioni di sezioni previste dalla disciplina regolamentare anche a questo scopo. Non si vuole impedire il pieno dispiegarsi della dialettica tra giudici, nelle corti e tra corti. Non si tratta cioè di pretendere una irrealizzabile e non auspicabile omogeneizzazione della giurisprudenza nella sua fase nascente, attraverso il precedente vincolante.

Si tratta invece di diffondere la consapevolezza della identità delle questioni, al fine di giungere più rapidamente a decisioni tali da evidenziare l'eventuale contrasto e da consentirne la più rapida definizione regolatoria del giudice di legittimità.

Ecco allora che il nuovo assetto dell'intervento del pubblico ministero nel giudizio civile di cassazione rende chiara la sua funzione.

La procura generale contribuisce infatti alla nomofilachia anche attraverso il processo di selezione delle modalità di intervento. Se poi si riflette sulla modifica dell'art. 363 c.p.c., portata dal d.lgs. 2006, si comprende che il procuratore generale può svolgere una funzione attiva, sin dall'individuazione della questione di diritto nel giudizio di

merito e indipendentemente dall'esistenza di una controversia pendente dinanzi alla Corte. L'effetto della richiesta della procura generale è solo l'affermazione del principio di diritto.

Questa modifica va interpretata in relazione all'art. 70 c.p.c., nel disegnare un pubblico ministero attento all'affermazione della nomofilachia sin dal merito. Il coordinamento tra art. 70 e art. 363 c.p.c, inoltre, consente di superare il limite intrinseco dell'intervento facoltativo del pubblico ministero, correlato alla non attribuzione del potere di impugnazione. Il procuratore generale della cassazione potrà comunque ottenere l'affermazione del principio di diritto, ai fini dell'uniforme e corretta applicazione della legge, anche senza che questo comporti effetti nella controversia da cui il suo intervento ha origine.

E' chiaro che ciò determina un'importante modificazione del rapporto tra uffici del pubblico ministero a partire dal primo grado, ma soprattutto tra appello e cassazione.

Tra le conseguenze di questo approccio è che esso rende evidente che in cassazione civile il pubblico ministero non è mai parte. Egli agisce nel solo interesse della legge.

Ciò è affermato finanche quando interviene nei ricorsi in materia disciplinare, nel cui giudizio di merito pure è promotore. Nondimeno, «l'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero nel giudizio davanti alla Corte di cassazione con le forme di cui all'art. 379 c.p.c. si coordina, infatti, con la funzione di controllo di legittimità propria della Corte di cassazione. L'art. 70, c. 2, c.p.c. lo contempla quale che sia la materia su cui verte il giudizio, quindi anche nel giudizio di impugnazione in materia disciplinare, nella quale il Pubblico Ministero opera, comunque, sempre a tutela dell'interesse superiore al rispetto delle leggi» (SS.UU. n. 759 del 2006).

E' frutto di un clamoroso fraintendimento l'inversione dell'ordine di parola dinanzi alla Corte. Il pubblico ministero civile deve parlare per ultimo perché deve esprimere il proprio, imparziale, parere sulle conclusioni delle parti, quale *amicus curiae* o meglio ancora come Avvocato generale di fronte alla Corte di Giustizia.

La diffusione del processo scritto in cassazione, stimolata certamente dalla pandemia, ma già prima, di recente, ampliata mediante il deposito della requisitoria scritta nel processo civile trattato in udienza pubblica, ritenuta ammissibile dalla Corte all'esito di un'interpretazione costituzionalmente orientata propugnata dalla Procura generale, che ha una ragione profonda nel carattere tecnico del processo di legittimità, facilita questo ruolo e fa sì che il contributo del procuratore generale sia sempre di più apprezzato nelle conclusioni e nelle memorie scritte.

Analogo percorso può essere individuato nel penale, a ragione del ruolo sempre crescente che va assumendo l'art. 6 del d.lgs. 106/2006. Unitamente alla previsione

dell'obbligo del procuratore generale di verificare la correttezza dell'iscrizione della notizia di reato e ai poteri di avocazione, secondo parametri predeterminati, la sorveglianza sul corretto e uniforme esercizio dell'azione penale e sul rispetto dei principi del giusto processo, può essere uno strumento molto importante per realizzare questi obiettivi senza l'utilizzo di strumenti invasivi, quali i poteri sostitutivi di cui un tempo godeva l'ufficio generale.

I risultati delle prime applicazioni sono molto positivi. E' da notare che la prima delle iniziative assunte ex art. 6, nel 2010, ha riguardato le modalità di iscrizione della notizia di reato, oggetto ora di un disegno di legge governativo. Vi è infatti uno spazio significativo per una conformazione dell'agire sin dalla fase delle iscrizioni.

Nel tempo della pandemia questi strumenti sono stati di grande utilità, consentendo un approccio omogeneo e condiviso delle Procure della Repubblica a tematiche dirimpanti quali il sovraffollamento carcerario, la crisi di impresa, la colpa medica, nel penale come nel civile.

Attraverso queste azioni si è lavorato per la prevedibilità. Prevedibilità non confinata nell'ambito del giudizio di legittimità ma necessariamente estesa ad ogni fase del procedimento, in particolare di quello penale.

La sfida è di riuscire a operare nel raccordo continuo tra i vari stati e gradi della giurisdizione, riducendo i margini di incertezza sugli esiti delle decisioni.

Questa prospettiva non è volta alla gerarchia, né attraverso il precedente vincolante, né attraverso scelte ordinamentali di verticalizzazione; essa si fonda sulla persuasività del precedente autorevole, sul dialogo continuo tra gradi e tra corti e su quella che è stata definita la nomofilachia delle prassi.

Una idea di prevedibilità, quindi, che si distacca così dal puro e semplice *stare decisis* come dalla idea di una autorità "verticale", per riprendere oggi, dal pensiero più maturo di Calamandrei – dopo l'abbandono dell'iniziale impostazione dogmatica e dopo l'abbandono della sua proposta, in sede di Costituente, di inserire nella Carta l'equivalente dell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario – una idea della giurisdizione attenta alle molte conseguenze del proprio agire, nel perenne equilibrio tra il rigore del principio di legalità formale e la ineludibile interpretazione della legge.