



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO

Relazione tematica

Rel. n. 87

Roma, 20 ottobre 2011

IL RUOLO DELLA CASSAZIONE: TRADIZIONE E MUTAMENTI.

SOMMARIO:

- 1.- Introduzione.
- 2.- Premessa storica.
- 3.- Cassazione unica o pluralità di Corti: un dibattito ancora attuale?
- 4.- La Corte di cassazione nella carta costituzionale: la funzione di nomofilachia ed i vincoli costituzionali.
- 5.- Corte di cassazione e Corte Costituzionale: possibili interferenze.
- 6.- La Corte di cassazione e le Corti europee.
 - 6.1.- L'incidenza problematica del "pluralismo delle fonti" sull'esercizio della giurisdizione.
 - 6.1.1.- Il profilo del giudicato nazionale: a) il giudicato e la Corte di Strasburgo; b) il giudicato e la Corte di Lussemburgo.
 - 6.1.2.- La vicenda del personale ATA: il coinvolgimento della Cassazione, della Corte costituzionale e delle Corti europee.
- 7.- Il rinnovato valore da assegnare alla funzione nomofilattica della Cassazione.
 - 7.1.- Nomofilachia e CEDU.
 - 7.2.- Nomofilachia e diritto dell'Unione europea.

1.- Introduzione.

Il processo storico-costituzionale che ha condotto alla scelta e alla stabilizzazione del modello unico di Corte di cassazione prende l'avvio dall'unificazione dello Stato italiano e si sviluppa in modo graduale e non lineare, riflettendo fin dall'inizio la dialettica, immanente ed ancora attuale nel conflitto politico-istituzionale italiano, tra accentramento e decentramento dei pubblici poteri, tra uniformità e policentrismo delle decisioni.

Gli echi di questa non sopita e del resto molto feconda tensione si riflettono ancora in modo molto significativo sul dibattito relativo al ruolo attuale della Corte di cassazione in un sistema di tutela multilivello (interno ed internazionale) di tutela dei diritti fondamentali, calato però in una situazione di faticoso esercizio della funzione di nomofilachia, alla quale, tuttavia, non si rinuncia a riconoscere una posizione di primato nell'inveramento del valore costituzionale dell'uniformità e dell'uguaglianza che spetta alla Corte garantire.

2.- Premessa storica.

Negli Stati preunitari la Cassazione fu organo di controllo dell'applicazione esegetica della legge. La spinta proveniente dall'attuazione del principio illuministico della separazione dei poteri che in Francia aveva portato al riconoscimento di un ruolo costituzionale alla Cassazione medesima, non produsse nel nostro Paese significativi mutamenti nella funzione delle Corti che rimasero sostanzialmente organi di terza istanza, anche dopo la restaurazione dei poteri legittimisti, succeduta al Congresso di Vienna. Solo nel regno di Sardegna, nel 1847 e in Toscana nel 1848, sulla spinta della diffusione delle idee liberali nei due Stati, vennero istituite Corti di Cassazione sul modello francese napoleonico che ebbero notevole influenza sulla successiva configurazione post unitaria del sistema giurisdizionale italiano.

L'unificazione non determinò la contestuale creazione di un'unica giurisdizione suprema. Questo risultato, che venne raggiunto solo nel 1923, fu il frutto di una strutturazione progressiva. Ad un sistema caratterizzato inizialmente da quattro Corti (Torino, Firenze, Napoli, Palermo) se ne aggiunge nel 1875 una quinta romana, che secondo la legge istitutiva doveva assumere il ruolo di Corte suprema con sezioni "temporanee" in grado di garantire progressivamente una uniformazione e una convergenza al centro delle diverse competenze. Il cammino verso la Corte unica era stato intrapreso, anche se la natura esplicitamente provvisoria del processo di uniformazione della giurisprudenza evidenziava il radicamento e la forza delle spinte autonomiste.

L'attribuzione alla Corte di Roma della risoluzione dei conflitti di giurisdizione tra le diverse Corti regionali e tra i tribunali ordinari e speciali costituì comunque un primo passo di grande rilievo cui seguì nel 1877 (legge n. 3761) anche la competenza sui conflitti tra autorità giudiziaria ed amministrativa, in precedenza del Consiglio di Stato. Con queste ulteriori funzioni la Corte assumeva, in forma esclusiva, la

funzione, di rilievo costituzionale, di garantire l'equilibrio e la separazione tra due dei tre poteri dello stato costituzionale liberale. Mancava alla sua piena attuazione, il potere di uniformare gli indirizzi giurisprudenziali territoriali, molto legati ai modelli culturali di provenienza, ancora solo frammentariamente e del tutto insufficientemente esercitato dalle Sezioni Unite romane.

Solo con la definitiva soppressione delle Corti regionali, come organi giurisdizionali di terza istanza, avvenuta nel 1888 (legge n. 5825) con riferimento agli affari penali, e nel 1923 (r.d. n. 601) con riferimento alle controversie civili il processo di unificazione sarà completato con il trasferimento di tutte le competenze delle Corti soppresse a Roma.

L'esigenza di attribuire ad un unico organo giurisdizionale la definitiva ed inappellabile interpretazione della norma nella soluzione di una controversia, sorgeva, nel contesto storico politico in cui è maturata la realizzazione della Corte Suprema Unica, per ragioni diverse da quelle che attualmente sono poste a base dell'urgente esigenza di un coerente esercizio di nomofilachia. Sia nell'ordinamento liberale, sia in quello illiberale successivo, la Corte avrebbe dovuto svolgere un ruolo di sostegno e conferma della lettera della legge, in quanto espressione della sovranità parlamentare, nello Stato liberale, e dell'attuazione del disegno politico governativo, nell'ordinamento fascista. Del resto proprio il timore dell'effetto prevaricante di un "autoritarismo unitario" rispetto alla maggiore democraticità del pluralismo giuridico garantito dalle Corti regionali aveva caratterizzato il dibattito che si era sviluppato nel corso del lungo processo di istituzionalizzazione e consolidamento della Corte di cassazione unica.

Nella soluzione che prevalse, i critici evidenziavano la sostanziale subordinazione del potere giudiziario a quello legislativo, come nel modello francese, ulteriormente garantita dalla natura quasi esclusivamente governativa delle nomine dei magistrati, in particolare dei magistrati in posizioni direttive od apicali. La conservazione delle Corti regionali, anche dopo l'istituzione della Cassazione unica a Roma, secondo i numerosi sostenitori di questa opzione, avrebbe assicurato la tutela dei diritti dei singoli ponendosi in una prospettiva più prossima alla dimensione soggettiva del diritto, mentre la Corte Suprema di Roma avrebbe dovuto garantire l'uniformità interpretativa nell'interesse dello Stato.

La forza propulsiva della corrente "pluralista", incentrata sulla centralità del diritto giurisprudenziale, non ha trovato una diretta consequenzialità nella soluzione ordinamentale "monista" che si è definitivamente stabilizzata, anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione, nel nostro paese (pur se secondo la totalità della dottrina costituzionalista non vi è stata una costituzionalizzazione della Cassazione unica nelle norme della Carta) ma ha avuto una forte e positiva influenza sulla progressiva formazione di un diritto giurisprudenziale caratterizzato da una propria continuità ed autonomia rispetto all'ordine legislativo e alla sua diretta riferibilità agli indirizzi politico governativi.

Una forte spinta verso l'autonomia interpretativa delle norme per effetto dell'elaborazione giurisprudenziale è stata determinata da Lodovico Mortara, Primo presidente della Corte di cassazione di Roma nel 1915 e Ministro della Giustizia nel

1919-1920. L'interpretazione delle norme attraverso la decisione giurisdizionale, secondo il pensiero di Mortara, crea un ponte tra la mera lettera della legge e la "vita sociale" dal momento che le norme una volta emanate acquistano una loro autonomia ed oggettività che l'attività ermeneutica del giudice contribuisce a sedimentare. In questo quadro prospettico la Cassazione doveva svolgere un ruolo di moderazione, nel senso che la libertà interpretativa doveva accompagnare l'applicazione della legge, rinnovandone la vitalità in funzione di garanzia dell'equilibrio tra il potere legislativo e giudiziario. In questo quadro la Corte di cassazione veniva ad assumere una funzione costituzionale di controllo sia sul versante della creatività giurisprudenziale delle magistrature inferiori attraverso l'uniformità interpretativa sia sul versante del rapporto con il potere legislativo "segnando il confine al di là del quale l'onnipotenza legislativa che non può estendersi".

L'esigenza di conservare alla Cassazione un'autonomia discrezionale rispetto alle pressioni del potere politico, fu largamente avvertita negli anni venti e trenta, a partire dall'avvento del fascismo e fu determinata in larga parte dalla marginalizzazione del ruolo del parlamento. Tale autonomia non deve, però, essere enfatizzata in un contesto politico caratterizzato dall'abolizione delle nomine elettive al Consiglio Superiore della Magistratura e da una forte gerarchizzazione dell'organizzazione giudiziaria che toccava la sua punta più elevata proprio con la Corte di cassazione, i cui consiglieri e vertici erano di nomina ministeriale. La continuità ed autonomia che non cessava di caratterizzare l'esercizio delle funzioni della Corte di cassazione, doveva necessariamente svolgersi all'interno delle linee di confine delineate dalla tradizione giuridica e dalle riforme del sistema politico e costituzionale che il nuovo regime intendeva realizzare.

3.- Cassazione unica o pluralità di Corti: un dibattito ancora attuale?

Dalla caduta del fascismo all'elaborazione, da parte dell'Assemblea Costituente, della carta costituzionale, la Corte di cassazione svolse un'intensa attività equilibratrice dei poteri costituzionali non ancora assestati nel nuovo ordine istituzionale che con il referendum e successivamente con l'approvazione della Costituzione verrà delineato.

La tradizione liberale della Corte, offuscata da alcune forme di contiguità con il regime fascista, riscontrabili in alcuni orientamenti si riepande con pienezza e si manifesta tra le altre sulle rilevanti prese di posizione in favore dell'intangibilità del giudicato rispetto a nuove regole legislative e nell'autoattribuzione del potere di revisione, attraverso il sindacato sul difetto assoluto di giurisdizione, delle decisioni dell'Alta Corte di Giustizia per i delitti fascisti.

All'avvio dei lavori dell'Assemblea Costituente, di conseguenza, la Corte di cassazione non si presenta come un organo giurisdizionale da "ridimensionare" per la pregressa contiguità con gli interessi di regime ma, al contrario, come uno strumento di primaria importanza per restituire alla giurisdizione, nella sua interezza,

indipendenza ed autonomia dal potere politico. L'attenzione a quest'ultimo profilo si manifesta in particolare nei lavori della Costituente nel riproporre con vigore l'opzione per il pluralismo delle Corti, in contrapposizione alla tesi "monista" di Calamandrei che si dimostrerà vincitrice. L'opzione era giustificata dal timore, derivante dal recente passato, di un eccessivo conformismo governativo della Cassazione unica e dal più elevato tasso di democraticità e grado di evoluzione che sarebbero derivati dalla diversificazione e confronto di diversi orientamenti esegetici.

Ogni forma di centralità dei pubblici poteri, che aveva costituito un tratto essenziale del regime fascista, veniva visto con sospetto in quanto ritenuto funzionale all'esercizio di un potere che comprimeva la dialettica democratica. Ma questi timori, con riferimento al ruolo costituzionale e alle funzioni della Corte di cassazione erano mal riposti e fortemente condizionati dalla contingenza storica in cui continuavano ad alimentarsi.

La prevalente dottrina e la ricostituita Associazione Nazionale Magistrati scelsero la soluzione opposta. Le parole di Calamandrei, che di questa scelta fu assoluto protagonista, costituiscono la spiegazione più esauriente della natura profondamente democratica e pluralista di questa scelta formalmente "monista". *"La Corte di cassazione non è istituita per raggiungere soltanto quello scopo, in senso stretto giurisdizionale, per il conseguimento del quale sono istituiti tutti gli altri giudici e che consiste nell'attuazione del diritto in concreto, mediante l'accertamento delle singole volontà di legge che scaturiscono, per regolare i rapporti individuali, dal coincidere di una fattispecie reale con una fattispecie legale. Anche la Corte coopera a rendere giustizia ai singoli ma questa sua cooperazione è per essa mezzo, non fine; perché il fine ultimo che essa persegue è più vasto ed eccedente i limiti della singola controversia decisa(...). Il suo scopo ultimo è, dunque, uno scopo di coordinamento tra funzione legislativa e funzione giudiziaria che attiene più che alla fase di applicazione del diritto al caso concreto alla fase di formazione e formulazione del diritto (...). In quanto si ritenga che la giurisprudenza abbia un'efficacia creatrice o trasformatrice del diritto, la Corte è al centro di questa dinamica che instancabilmente ringiovanisce ed adegua la legge alle sempre nuove esigenze della vita e dei rapporti economico-sociali"*¹.

La lungimiranza di questa esatta definizione delle funzioni della Corte, di rilievo costituzionale, come verrà di seguito illustrato, sottolinea con grande efficacia il contrasto con l'attuale condizione di grave difficoltà operativa per la Corte, stretta tra un flusso di ricorsi sempre crescente e l'esigenza di continuare ed intensificare, in un contesto normativo interno molto scadente e sotto la felice spinta delle fonti internazionali e costituzionali, l'opera di adeguamento interpretativo cui è tenuta.

La forte dicotomia ed incompatibilità tra le due attività che la Corte è oggi costretta ad affrontare, la decisione di terza istanza e quella nomofilattica, con un netto squilibrio quantitativo a favore della prima, impropria funzione, ha indotto un'autorevole dottrina² ad una radicale riflessione sulla persistenza delle ragioni poste a sostegno della Cassazione unica. Secondo l'autore, ove non si ponga un "robusto" filtro in entrata, e s'interpreti il settimo comma dell'art. 117 Cost. come un limite invalicabile all'accesso a tale soluzione, si deve concludere che la

¹ Calamandrei-Furno, *Cassazione civile*, in *Novissimo Digesto Italiano*, II, Torino, 1958, 1055.

² Proto Pisani, *Principio d'uguaglianza e ricorso per cassazione*, in *Foro It.*, 2010, V, 65.

Cassazione costituisce un sostanziale terzo grado di giudizio che meglio sarebbe garantito con la reintroduzione delle Corti regionali, quanto meno sotto il profilo della ragionevole durata del processo. *“Ove si ritenga che lo jus litigatoris (o il che è lo stesso, che il settimo comma dell’art. 117 Cost.) escluda la possibilità di limitare l’accesso in Cassazione per violazione di norme di diritto, la soluzione prospettata (Le Corti regionali n.d.r.) è soluzione imposta dal principio oggi espressamente pronunciato dal secondo comma dell’art. 111 Cost.”.* Il carattere di provocazione dell’affermazione viene però subito confermato dallo stesso autore che aggiunge *“la tensione verso il valore dell’uniformità della giurisprudenza è diretta derivazione del valore costituzionale del principio d’uguaglianza dei cittadini (e non solo dei cittadini) davanti alla legge : principio che sarebbe inevitabilmente compromesso ove la Corte di cassazione di Sicilia interpretasse l’art. 2059 cod. civ. in un modo e la Corte lombarda in un altro. La stessa unità nazionale finirebbe per esser compromessa, e questo proprio in un momento storico in cui sempre più (si pensi alla carta di Nizza divenuta legge nel nostro ordinamento) si avverte l’esigenza di un’uniformità della giurisprudenza a carattere addirittura sovranazionale”.*

Si può aggiungere che il diritto costituzionale ad un trattamento non ingiustificatamente diversificato costituisce il nucleo costituzionale della funzione giurisdizionale, intesa nella sua interezza, come garante della tutela dei diritti delle persone. L’esemplificazione costituita dal danno non patrimoniale risulta quanto mai adeguata ed attuale, trattandosi di uno dei settori della responsabilità civile maggiormente caratterizzato dalla pluralità dei criteri risarcitori adottati dai giudici di merito sui quali è intervenuta in funzione uniformante ed attuativa del principio di uguaglianza la Corte di cassazione con due recenti pronunce (Cass. sez. III, n. 12408 del 2011 e 14402 del 2011).

E’ stata operata una scelta, in sede di giudizio di legittimità, tra i diversi criteri equitativi elaborati in sede di merito ritenendo che l’art. 1226 cod. civ. deve garantire non solo un’adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l’uniformità del giudizio nei casi analoghi, essendo intollerabile e non rispondente ad equità che danni identici vengano liquidati in misura diversa solo perché esaminati da diversi giudici. La Corte ha, conseguentemente ritenuto che fossero le tabelle elaborate dal tribunale di Milano quelle in grado di garantire un’effettiva uniformità di trattamento anche per la loro maggiore diffusione nazionale e salva, ovviamente, la concreta esigenza di personalizzare la liquidazione rispetto alla peculiarità del caso concreto.

La citazione di questi orientamenti non è casuale. Per un verso evidenzia l’attualità della funzione uniformante svolta dalla Corte di cassazione e la necessità che tale compito, di invero del principio costituzionale di uguaglianza, possa essere costantemente potenziato, dall’altro rivela, soprattutto in considerazione delle vivaci resistenze riscontrate in alcune sedi di tribunale, come, sotto le spoglie dell’irriducibilità del caso concreto si celi una certa insofferenza “periferica” verso l’adozione di soluzioni giurisprudenziali fortemente ancorate al principio della prevedibilità. Ne deriva l’esigenza, sottesa ad un corretto ed efficace esercizio della nomofilachia, che siano coerenti, uniformi e non contraddittori gli stessi orientamenti della Corte.

E', pertanto, necessario comprendere se l'architettura costituzionale ed ordinamentale della Corte sia funzionale o possa costituire un ostacolo all'esercizio di questa complessa e sempre più rilevante funzione democratica di attuazione dell'uniformità della giurisprudenza connessa con l'adeguatezza e prevedibilità (vivificata dall'art. 3 Cost.) delle soluzioni giurisprudenziali.

4.- La Corte di cassazione nella carta costituzionale: la funzione di nomofilachia ed i vincoli costituzionali.

Dai lavori dell'assemblea costituente emergono alcune indicazioni relative alle scelte sottese alla "rappresentazione" costituzionale della Corte di cassazione.

Non viene affermata esplicitamente l'unicità della Corte come voluto da Mortati ma avversato da Togliatti, fautore della tesi della pluralità delle Corti, ma unanimemente s'intende riconoscere il rilievo costituzionale di questa "suprema magistratura ordinaria" (art. 135, primo comma, Cost.) e dei suoi vertici (Primo presidente e Procuratore generale, art. 106, quarto comma, Cost.), nonché dell'apporto di professionalità peculiare, di equilibrio e di conoscenza ed esperienza del diritto dei consiglieri, anche nella costituenda Corte Costituzionale (art. 135, primo comma, Cost.).

E' ampiamente sottolineata nel corso del dibattito che ha accompagnato l'approvazione dei singoli articoli relativi alla Corte di cassazione la necessità di conferire a tale organo la funzione di garantire il controllo della legalità attraverso l'uniformità interpretativa e il sindacato sulla giurisdizione.

La mancata formalizzazione costituzionale della funzione nomofilattica non ne determina la secondarietà rispetto a quella di organo apicale nel sistema delle impugnazioni, come verrà meglio illustrato nell'esame delle pronunce della Corte costituzionale relative alle funzioni costituzionalmente previste della Corte di cassazione.

Sotto il profilo ordinamentale, viene conservato il sistema preesistente con i perfezionamenti, realizzati mediante legge ordinaria, necessari ad eliminare le ingerenze dell'esecutivo nell'attività giudiziaria. Il sistema di nomine viene sostanzialmente restituito al Consiglio Superiore della magistratura, non più di nomina governativa.

In conclusione può affermarsi che le norme costituzionali che riguardano la Corte di cassazione ne presuppongono l'esistenza, la struttura e le funzioni.

Secondo un illustre autore³, la Costituzione recepisce il "sistema cassazione", ma non nel senso di limitarsi al modello tratto della legislazione preesistente, munendolo di copertura costituzionale. A tale interpretazione osta non solo la VI disposizione transitoria che rinvia ad una futura legge sull'ordinamento giudiziario, ma soprattutto l'opzione costituzionale verso un organo giudiziario qualificato dalla ricorribilità per cassazione, secondo il modello francese, che abbia come funzione peculiare quella dell'esercizio della nomofilachia invece che quella, privilegiata nella

³ Pizzorusso, *Corte di cassazione*, in *Enc. Giuridica Treccani*, vol. IX, Roma, 1988.

legge (r.d. n. 12 del 1941) sull'ordinamento giudiziario, di vertice del sistema delle impugnazioni.

Deve, infatti, osservarsi che le norme costituzionali menzionano la Cassazione sia come giurisdizione, che come giudice. Sotto il primo profilo l'art. 111, settimo comma, Cost. (nell'ordine assunto dopo le modifiche apportate con la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2) esprime una disciplina immediatamente operativa: è sempre ammesso il ricorso per cassazione per violazione di legge contro le sentenze pronunciate dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali nonché per i provvedimenti riguardanti la libertà personale. L'unica deroga consiste nell'inoppugnabilità delle pronunce della Corte Costituzionale.

Sotto il secondo profilo, gli art. 104, terzo comma, e 106, terzo comma, Cost., che prevedono rispettivamente la partecipazione di diritto al Consiglio Superiore della magistratura del Primo Presidente e del Procuratore Generale della Corte di cassazione e la possibilità di chiamare per "meriti insigni" come consiglieri della Corte di cassazione professori universitari ed avvocati, evidenziano, per un verso, il rilievo costituzionale delle posizioni apicali della Corte, riconoscendo a tali funzioni un diretto vincolo costituzionale ed un ruolo di garanzia *super partes*, già sottolineato nei lavori dell'assemblea costituente proprio al fine di definirne il ruolo, mai messo in discussione, di membri di diritto del Consiglio Superiore della magistratura e, per l'altro, l'esigenza di prefigurare un grado di professionalità particolarmente elevato per ricoprire la funzione di consigliere di cassazione, imprimendo ai criteri di scelta del Consiglio Superiore della magistratura, un'impronta fortemente meritocratica.

La legge 25 luglio 2005, n. 150 che ha previsto per il conferimento delle funzioni di legittimità, la valutazione nei candidati, della "capacità scientifica e di analisi delle norme" affidata ad una Commissione tecnica, nominata dal Consiglio Superiore della Magistratura, dal cui parere il Consiglio può discostarsi ma motivando, ha potenziato questo profilo di rilevanza costituzionale della professionalità dei consiglieri di cassazione, in quanto diretto all'esercizio della funzione di nomofilachia.

La Costituzione, peraltro, ne ha riconosciuto la peculiarità e l'importanza, disponendo che un terzo dei membri della Corte Costituzionale siano elettivamente scelti tra i consiglieri di cassazione. L'apporto al sindacato di costituzionalità risiede nell'alto profilo di autonomia ed indipendenza necessari per il delicato ufficio da rivestire e nella diretta valenza costituzionale che è propria degli effetti dell'esercizio della funzione di uniforme interpretazione della legge. Essa mira a garantire la parità di trattamento delle persone che richiedono la tutela giurisdizionale, la prevedibilità delle decisioni giudiziarie, la tendenziale certezza del contenuto delle disposizioni normative. L'attuazione dell'art. 3 e dell'art. 24 della Costituzione sono alla base, secondo il profilo ordinamentale che la Costituzione ha voluto conferire ad essa, dell'autorità della Corte di cassazione.

Non una posizione di vertice nel sistema delle impugnazioni riducibile alla garanzia individuale del terzo grado, come pure è stato autorevolmente sostenuto⁴ e come la situazione di sovraccarico attuale può indurre a ritenere. La prevalenza della

⁴ Relazione illustrativa della "Commissione Mirabelli" che concluse i propri lavori il 30 aprile 1985.

funzione nomofilattica deriva dal disegno costituzionale e non determina una compressione della tutela individuale dei diritti, essendo finalizzata a creare un sistema circolare virtuoso, che attraversa tutti i gradi di giudizio, all'interno del quale i sopraindicati diritti costituzionali, previsti negli art. 3 e 24 della Costituzione, possono essere attuati pienamente. Il processo di adeguamento interpretativo delle norme tende verso l'uniformità ma "attraverso il confronto con la diversità intesa come momento fisiologico del percorso da compiere"⁵.

Peraltro, la Corte è ben consapevole della dialettica essenziale tra fatto e diritto e tra l'esigenza delle parti di concludere con una decisione efficace ed effettiva il lungo iter processuale che le ha condotte in Cassazione e l'esercizio della funzione nomofilattica. Lo ha dimostrato nel tempo con il sempre più frequente ricorso alla decisione nel merito della controversia ai sensi dell'art. 384 cod. proc. civ. e, di recente, lo ha ribadito in un'importante ordinanza emessa al fine di delineare un'interpretazione costituzionalmente compatibile con l'art. 111, settimo comma, Cost. dell'art. 360-*bis*, n.1 cod. proc. civ., norma con la quale è stato introdotto il cosiddetto filtro di ammissibilità preventiva dei ricorsi proposti in sede di legittimità. Nel qualificare l'inammissibilità prefigurata dalla norma come una valutazione di manifesta infondatezza del ricorso la Corte ha giustificato la sua scelta interpretativa con la necessità di "*un adeguato bilanciamento tra il diritto delle parti al ricorso per Cassazione per violazione di legge, enunciato dall'art. 111 Cost. e la concreta possibilità di esercizio della funzione del giudice di legittimità*".

L'investitura costituzionale della Corte di cassazione come giudice garante dell'uniformità della legge e dell'attuazione del principio di uguaglianza insito in tale funzione, è stata peraltro affermata anche dalla Corte Costituzionale in sede d'interpretazione delle norme sopra illustrate, a conferma della correttezza dell'impostazione metodologica di chi, come Alessandro Pizzorusso, ritiene che lo studio della Corte di cassazione attenga al diritto costituzionale, mentre lo studio del ricorso per cassazione riguardi il diritto processuale, e che, conseguentemente, la previsione costituzionale del sindacato di legittimità, costituisca il fondamento della "costituzionalizzazione" della funzione nomofilattica.

Nella pronuncia n. 184 del 1974, la Corte, pur non accogliendo la concezione restrittiva delle funzioni della Corte di cassazione, descritte nell'art. 65 dell'Ordinamento giudiziario (tra le quali la nomofilachia), riconosce espressamente a tale funzione rango costituzionale unitamente a quella di regolamento dei rapporti tra le giurisdizioni, desumendola dall'art. 111 secondo e terzo comma Cost. (oggi settimo). Nel caso di specie la Corte era investita della costituzionalità dell'art. 538 cod. proc. pen. che consentiva alla Cassazione una decisione nel merito se più favorevole all'imputato. Il profilo denunciato d'incostituzionalità riguardava la legittimità costituzionale dell'estensione del sindacato della Corte di cassazione ad una pronuncia di merito. La Corte Costituzionale ne afferma la legittimità costituzionale ribadendo che, oltre alla funzione costituzionalizzata di giudice di legittimità, possono essere attribuite alla Corti altre funzioni con legge ordinaria. Nella successiva pronuncia n. 86 del 1982, la Corte riconosce la vincolatività

⁵ Borré, *La Cassazione oggi problemi e prospettive*, in *La Magistratura*, 1996, 27.

costituzionale non solo delle funzioni riservate alla Corte di cassazione dall'art. 111 secondo e terzo comma Cost. (oggi settimo) ma anche del profilo professionale peculiare dei consiglieri di cassazione quale ricavabile dagli art. 106, terzo comma e 135, primo comma, Cost., escludendo un procedimento di nomina fondato sulla mera anzianità. Nelle sentenze n. 271 del 1991 e 130 del 1993, viene ribadita l'autonomia e la non sovrapponibilità della funzione di nomofilachia con quella relativa al sindacato di costituzionalità con la conseguenza che se tra due opzioni interpretative non ve n'è alcuna costituzionalmente obbligata la scelta ermeneutica spetta al giudice di legittimità così come deve accadere (sent. n. 410 del 1994) nel caso in cui venga censurata dal giudice di primo grado l'interpretazione che avrebbe presumibilmente assunto la Corte d'Appello. L'importanza costituzionale della funzione di controllo della legalità da parte della Corte di cassazione e il conseguente potere-dovere della nomofilachia viene ribadito, di recente, nella pronuncia n. 207 del 2009 che estende la garanzia della revocazione anche ai provvedimenti assunti ai sensi dell'art. 375 cod. proc. civ. Infine, la rilevanza e la potenzialità espansiva della funzione nomofilattica è stata riconosciuta dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 97 del 2011 con la quale è stata affermata la legittimazione della Corte di cassazione a sollevare conflitto di attribuzioni nei confronti di una delibera della Camera dei deputati che aveva stabilito l'insindacabilità delle opinioni espresse da un deputato. Il giudice delle leggi ha stabilito che la Corte di cassazione nel valutare il corretto uso del potere di dichiarare la sindacabilità o l'insindacabilità delle opinioni del deputato, ha svolto un giudizio di diritto, pienamente rientrante nella funzione costituzionale di nomofilachia cui non si sottrae la Camera dei deputati quando come nella fattispecie, non svolge l'attività costituzionalmente libera nei fini della legiferazione.

5.- Corte di Cassazione e Corte Costituzionale: possibili interferenze.

La derivazione costituzionale della funzione nomofilattica della Corte, ne postula conseguentemente la piena doverosità. L'attuazione di questo compito, correlato alla natura stessa e alla posizione istituzionale della Corte nell'ordinamento statale, se realizzabile come principale attività giurisdizionale della Corte determinerebbe notevoli effetti virtuosi. Ci si riferisce non solo a quelli già accennati d'inveramento dell'art. 3 della Costituzione e di effettivo ottenimento degli obiettivi di tutela dei diritti delle persone, fissati nell'art. 24 Cost., ma anche effetti di natura deflattiva e dissuasiva, connotati ad una giurisprudenza fondata su decisioni prevedibili.

Tuttavia, quando la Corte di cassazione opera esclusivamente in attuazione di quest'obbligo costituzionale di tutela della coerenza oggettiva dell'ordinamento giuridico, può verificarsi, e si è in concreto verificata, un'interferenza tra l'autonomia interpretativa propria del giudizio di legittimità e quella che caratterizza il sindacato di costituzionalità delle norme di legge, propria della Corte Costituzionale.

I piani sui quali questa dialettica può svilupparsi sono quello relativo all'esegesi della norma ordinaria e quello relativo all'esegesi della norma costituzionale.

Sotto il primo profilo l'interpretazione uniforme della Corte di legittimità può non essere condivisa dalla Corte Costituzionale in sede di sindacato di costituzionalità. La Corte Costituzionale ha inizialmente rivendicato una propria autonomia interpretativa (sent. n. 3 del 1956) pur affermando programmaticamente di voler rispettare i preesistenti orientamenti giurisprudenziali. La cd. "guerra tra le due Corti", ormai consegnata al passato, si è manifestata proprio in questo ambito. Lo scontro si è consumato in sede d'interpretazione dell'art. 392 c.p.p. previgente. La Corte di cassazione a sezioni unite riteneva che di tale disposizione, anche dopo la novella relativa all'introduzione delle garanzie difensive nell'istruttoria sommaria, si potesse mantenere l'interpretazione preesistente. La Corte Costituzionale invece con una pronuncia interpretativa di rigetto ritenne che solo un'interpretazione adeguatrice, inclusiva delle garanzie difensive, potesse essere compatibile con la Costituzione, affermando espressamente che "quale sia il contenuto della norma impugnata è inderogabile presupposto del giudizio di legittimità costituzionale". Poiché i giudici non si attennero alle indicazioni interpretative della Corte Costituzionale, si rese necessaria una successiva pronuncia di accoglimento (n. 52 del 1965). Lo scontro tra le due Corti proseguì in ordine all'efficacia temporale delle pronunce costituzionali caducatorie di norme processuali. Le S.U. penali investite degli problemi degli effetti della pronuncia della Corte sui giudizi in corso ne esclusero l'applicabilità sulla base del principio processuale *tempus regit actum*. Questa conclusione venne superata dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 12 del 1966 con la quale si ribadì che gli effetti delle pronunce di accoglimento della Corte sono di annullamento ed hanno una coesistente natura retroattiva, salvo il limite, noto dei rapporti esauriti e del giudicato.

Questo contrasto, non più attuale per quanto riguarda l'incidenza temporale delle sentenze della Corte Costituzionale, di natura processuale sui giudizi in corso, ha conservato una forte attualità per ciò che concerne invece l'incidenza del mutamento di orientamento interpretativo della Corte di cassazione su disposizione processuale, nei giudizi in corso. La Corte di cassazione a sezioni unite ha risolto il conflitto esistente tra la natura dichiarativa dei principi di diritto da essa affermato e l'affidamento incolpevole delle parti su un orientamento processuale consolidato con la pronuncia n. 15144 del 2011 che costituisce un riferimento essenziale ai fini della corretta delimitazione dell'esercizio "creativo" della nomofilachia.

Per quanto riguarda la conflittualità tra le due Corti, lo scontro venne composto con la progressiva affermazione della tesi ascarelliana del "diritto vivente", da considerarsi coincidente con l'interpretazione delle norme prevalenti in giurisprudenza. La Corte Costituzionale secondo questa tesi, avrebbe dovuto porre a base del giudizio di legittimità costituzionale il significato della norma così come risultante dall'applicazione giurisprudenziale.

L'adattamento della Corte Costituzionale non fu immediato né assoluto, continuando la Consulta a tenere ferma, quanto meno in astratto, la propria autonoma potestà ermeneutica, ma la base interpretativa del sindacato di

costituzionalità fu sempre più ampiamente desunto dal significato comunemente attribuito assunto dalla norma (Corte Cost. n. 129 del 1975). Un'eco recente di questa virtuale frizione riguardante l'esegesi della norma ordinaria può riscontrarsi nel confronto tra le due Corti sulla possibilità, individuata dalla Corte di cassazione a sezioni unite (sent. n. 4109 del 2007) e negata dalla Corte Cost. (sent. 77 del 2007) di ritenere applicabile, prima dell'entrata in vigore dell'art. 59 della l. n. 69 del 2009, la *translatio iudicii* espressamente prevista per le declinatorie di competenza anche a tutte le tipologie di declinatorie di giurisdizione. Le Sezioni Unite della Corte mediante un'interpretazione adeguatrice avevano ritenuto che non confliggesse con i parametri costituzionali di cui agli art. 3, 24 e 111 Cost, l'estensione della *translatio* alle due tipologie di declinatorie della giurisdizione che ne rimanevano fuori: il diniego di giurisdizione che conclude un grado di merito davanti al giudice ordinario o speciale e la declinatoria di giurisdizione del giudice speciale formulata dalle Sezioni Unite. Questa scelta di estendere le garanzie processuali di conservazione del processo, proprio attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata verso l'attuazione dei principi regolatori del giusto processo, non è stata condivisa dalla Corte Costituzionale che è pervenuta alla medesima conclusione di eliminare gli ostacoli normativi all'estensione della *translatio*, ma solo mediante la declaratoria d'illegittimità costituzionale dell'art. 30 della legge n. 1034 del 1971, escludendo espressamente “la praticabilità di una soluzione costituzionalmente orientata” e manifestando apertamente le ragioni di dissenso dalla soluzione adottata dalle Sezioni Unite della Corte. Il legislatore è intervenuto successivamente prendendo atto dell'esigenza di mettere fine al *vulnus* inferto alla tutela dei diritti dei singoli determinata dall'impossibilità di far trasmigrare i giudizi da una giurisdizione all'altra in un quadro costantemente incerto del sistema di riparto delle giurisdizioni.

Ciò che è interessante, in questa aperta difformità di opinioni è il freno posto dalla Corte costituzionale alla giurisprudenza “normativa” della Corte di cassazione⁶ operato, però, in un campo, come quello dell'interpretazione adeguatrice, dove frequenti e ripetuti sono stati gli inviti del giudice delle leggi ad attuare tale tecnica ermeneutica nel modo più ampio possibile.

Un monito che di recente la Corte ha accolto adottando sempre più frequentemente lo strumento dell'interpretazione costituzionalmente orientata, soprattutto in campo processuale mediante una lettura rigorosa dei principi regolatori del giusto processo finalizzata ad una tutela processuale fondata sul principio dell'effettivo rispetto, e non del mero formalismo, delle garanzie.

L'equilibrio tra le due corti con riferimento all'esegesi della norma ordinaria si è, tuttavia, sufficientemente stabilizzato e, anche la vicenda della *translatio* mostra, sul piano sostanziale, un unanimità d'intenti, recepito dal legislatore. Nello stesso tempo proprio quest'ultima vicenda pone in evidenza come il confronto se ci sarà, si sposterà sul terreno dell'interpretazione costituzionalmente orientata ed anche, nel panorama della tutela multilivello, su quella del rapporto con i vincoli interpretativi

⁶ L'espressione “giurisprudenza normativa come autonoma fonte del diritto” ma con riferimento alle clausole generali, si può rinvenire in Cass. n. 10741 del 2009, ed è stata criticata da Di Ciommo, *Giurisprudenza normativa e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano*, in Foro It, 2010, I, 141.

che derivano dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Cedu, specie sul terreno dei diritti umani e fondamentali, tenuto conto della inclusione tra le fonti di rango superiore alle norme legislative dei principi della Carta di Nizza, dopo la definitiva entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Un settore attraversato, negli orientamenti di legittimità più recenti, da un incremento dell'utilizzazione del canone dell'interpretazione adeguatrice, è stato quello relativo ai diritti fondamentali dei cittadini stranieri. La Corte è intervenuta a tutela del diritto al contraddittorio ed alla difesa, ritenendo costituzionalmente obbligata l'attivazione di un'udienza di convalida del trattenimento dello straniero presso un centro d'identificazione ed espulsione, anche in caso di proroga del trattenimento medesimo⁷ e non solo nel primo segmento restrittivo della libertà personale e, in particolare, per ricondurre nell'alveo della giurisdizione ordinaria, tutte le misure riguardanti la protezione internazionale ed umanitaria dello straniero⁸. In quest'ambito, come attestato anche dalle sentenze in tema di giurisdizione correlata ai crimini contro l'umanità⁹ la Corte ha svolto un'operazione ermeneutica più ampia, ponendosi consapevolmente di fronte all'attuale sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali. Vi è il riconoscimento di uno statuto costituzionale di carattere sovranazionale (reso ancora più incisivo dalla recezione della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) che costituisce un parametro interpretativo ed integrativo di carattere primario specie in settori di tardiva o mancata ricezione di Direttive dell'Unione europea. La Corte ha stabilito¹⁰ la doverosa interpretazione del diritto interno alla luce dei principi di diritto comunitario così come interpretati dalla Corte di Giustizia anche se successivi alle norme *ratione temporis* applicabili.

La medesima consapevolezza mirata all'esercizio della funzione equilibratrice propria del giudice delle leggi è svolta anche dalla Corte Costituzionale e non appaiono attuali o prossime conflittualità o frizioni tra le due Corti, in quanto entrambe attente ad un corretto rapporto non solo tra i rispettivi ambiti ma anche in correlazione ai contributi delle altre Corti.

Sembra, conseguentemente, bene poco probabile il profilarsi di un conflitto tra Corti quale si è verificato in Francia dopo che (con la legge 23 luglio 2008 n. 724) alla Corte Costituzionale francese è stato attribuito, oltre al tradizionale controllo preventivo di costituzionalità delle leggi approvate dal parlamento, anche il sindacato successivo sulla base delle questioni di costituzionalità poste dai giudici ordinari ed amministrativi, ma sottoposte ad un preventivo filtro da parte rispettivamente della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato.

Il limitato numero di questioni rimesse da parte della Corte di cassazione ha suscitato durissime prese di posizione, non solo di giuristi ma anche dell'opinione pubblica attraverso articoli sui quotidiani di maggiore tiratura. Si è rimproverato alla Corte di prevaricare il diritto dei rimettenti e della Corte Costituzionale di valutare la

⁷ sent. n. 4544 del 2010.

⁸ sent. S.U. 19393 del 2009.

⁹ ord. S.U. 14201 del 2008.

¹⁰ S.U. n. 27310/2008.

fondatezza delle questioni rimesse ed in questo modo di svolgere una funzione non rispettosa dei limiti del proprio ruolo e del principio della separazione dei poteri. In particolare si è affermato che la Corte di cassazione (e non al Consiglio di Stato le cui percentuali di rimessione alla Corte Costituzionale sono più elevate) volesse surrogarsi nella funzione che è propria del giudice costituzionale e di oltrepassare i confini del potere legislativo. Inoltre si è sottolineato come la Corte abbia preferito il vaglio della Corte di Giustizia piuttosto che quello interno della Corte Costituzionale.

Rispetto al rapporto tra pubblici poteri in generale e tra le Corti in particolare, così come si articola nel nostro Paese, non sembra un conflitto riproducibile per la maggiore autonomia ed indipendenza, riconosciuta, non solo costituzionalmente, come un valore non negoziabile, dell'intera giurisdizione ordinaria e per la natura esclusiva di sindacato incidentale di costituzionalità proprio del nostro sistema.

6.- La Corte di cassazione e le Corti europee.

L'affermarsi della giurisdizione delle Corti europee (Corte di giustizia UE e Corte europea dei diritti dell'uomo), quale epifenomeno più agevolmente percettibile della interrelazione, in continuo divenire, tra gli ordinamenti sovranazionali e quello interno, ha, dunque, ridisegnato l'ambito di esercizio del potere appartenente ai giudici nazionali.

Non vi è dubbio, infatti, che il sorgere della Comunità europea (oggi, Unione europea) ed il suo progressivo espandersi e conformarsi¹¹, secondo rinnovati contenuti, ha determinato una "pressione"¹² delle fonti di cui essa è dotata sull'ordinamento nazionale; analoga pressione, sebbene con forme diverse, quest'ultimo subisce, del resto, da parte di altre fonti internazionali e, segnatamente, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Si tratta dell'incidenza del c.d. "pluricentrismo esterno", che plasma una dimensione diversa da quella tradizionale, ridefinendo lo stesso concetto di "spazio" in senso giuridico.

Appare, quindi, evidente come una situazione siffatta non possa che aver avuto riflessi, anzitutto, sul ruolo assegnato al giudice deputato ad interpretare, in funzione nomofilattica, il diritto positivo; diritto che non si identifica più con il prodotto dell'ordinamento interno, quale espressione di sovranità che non occupa, ormai, una posizione di primazia esclusiva. Un siffatto contesto impone, quindi, di assumere una prospettiva differente, in forza della quale – come di frequente si trova affermato – il giudice comune nazionale viene a porsi come organo giudiziario di base dello spazio giudiziario europeo, con riferimento sia alla CEDU, che al diritto dell'Unione¹³.

¹¹ Secondo MarKesinis, in *Comparative Law in the Courtroom and Classroom*, 2003, "L'influenza del diritto europeo in ogni area del diritto interno differenzia la nostra epoca dalla precedente generazione".

¹² Bin-Pitruzzella, *cit.*, 19.

¹³ V., per tutti, Piccone, *I diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in *Vademecum per il giudice europeo*, Roma, 2011, 15.

Tuttavia, il ruolo che è si va ritagliando per il giudice comune nazionale e, segnatamente, per la Corte di cassazione, è la risultanza di un percorso non agevole, che ha registrato battute di arresto e progressi faticosi, e che, in ogni caso, è destinato a non cristallizzarsi, siccome esposto ai sempre più rapidi mutamenti dei macrosistemi di riferimento.

6.1.- L'incidenza problematica del “pluralismo delle fonti” sull'esercizio della giurisdizione.

Rispetto al versante “CEDU”, è difficile negare, infatti, che l'approccio abbia avuto origine da un pregresso *deficit* di conoscenza della giurisprudenza di Strasburgo, come è testimoniato, del resto, dalla vicenda del danno non patrimoniale da durata irragionevole del processo, in base alla c.d. “legge Pinto” (legge 24 marzo 2001, n. 89), sul quale si è dovuto attendere l'intervento delle Sezioni Unite civile nel 2004¹⁴ per superare la carenza anzidetta e armonizzare il sistema interno a quello della Convenzione. In effetti, come dalla dottrina posto in rilievo, la problematica anzidetta veniva risolta “sulla base di categorie da tempo collaudate, ma pericolosamente lontane dalla diversa visione espressa dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo”¹⁵.

Si è così giunti, a seguito delle citate decisioni delle Sezioni Unite, a riconoscere che, in materia di equa riparazione ai sensi dell'art. 2 della legge n. 89 del 2001, il danno non patrimoniale è conseguenza normale, sebbene non automatica e necessaria, della violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, di cui all'art. 6 CEDU e ciò alla stregua, in particolare, di una lettura della norma di legge interna in senso conforme alla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo, la quale reputa doversi liquidare, in favore della vittima delle violazioni dell'art. 6 CEDU, il danno non patrimoniale conseguente alla durata non ragionevole del processo senza necessità che sia provata la sua sussistenza, sia pure in via presuntiva. Un'interpretazione, questa, che, peraltro, viene a conformarsi anche all'art. 111 Cost., nella sua declinazione a tutela del “bene della ragionevole durata del processo come diritto della persona, sulla scia di quanto previsto dalla norma convenzionale”. Anche sul versante “comunitario” (oggi “unionista”) non sono, però, mancate frizioni, come dà conto la vicenda dell'affermazione di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, lesiva dei diritti dei singoli, imputabile a una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado di uno Stato membro. E' il caso che ha dato luogo alla sentenza della Corte di giustizia “*Traghetti del Mediterraneo*”, 13 giugno 2006, in C-173/03, emessa su domanda di pronuncia pregiudiziale da parte del Tribunale di Genova¹⁶ nell'ambito della causa intentata

¹⁴ Con quattro pronunce coeve: Cass., Sez. U, sentenze n. 1338, n. 1339, n. 1340 e n. 1341 del 26 gennaio 2004.

¹⁵ Morozzo Della Rocca, *Durata irragionevole del processo e presunzione di danno non patrimoniale*, in *Giust. civ.*, 2004, 917.

¹⁶ La questione pregiudiziale concerneva l'art. 2 della legge n. 117 del 1988, chiedendosi alla Corte di Lussemburgo se fosse compatibile con il diritto comunitario una normativa nazionale in tema di

contro la Repubblica italiana dalla Traghetti del Mediterraneo SpA, impresa di trasporti marittimi, attualmente in liquidazione, al fine di ottenere il risarcimento del danno che essa avrebbe subito a causa di un'erronea interpretazione, da parte della Corte di cassazione¹⁷, delle norme comunitarie relative alla concorrenza e agli aiuti di Stato e, in particolare, per il rifiuto opposto da quest'ultima alla sua richiesta di sottoporre alla Corte le pertinenti questioni di interpretazione del diritto comunitario¹⁸.

6.1.1.- Il profilo del giudicato nazionale.

Un sistema che vede la possibile coesistenza di più giurisdizioni, nazionale e sovranazionali, sulla medesima *res iudicanda* pone, dunque, aspetti problematici di non sempre agevole soluzione.

Tra questi, uno dei profili che assume rilievo dirompente è, forse, quello della possibilità di superamento del giudicato, alla cui formazione, come è noto, concorre in modo determinante la Corte di cassazione.

a) il giudicato e la Corte di Strasburgo.

In riferimento all'ordinamento CEDU, è proprio la conformazione del relativo sistema ad elevare a problematicità il rapporto tra il dovere dello Stato di conformarsi agli obblighi internazionali - segnatamente al *decisum* della Corte di Strasburgo¹⁹ - e l'esigenza di rispetto del principio della intangibilità del giudicato,

responsabilità dello Stato per errori dei giudici che: 1) esclude la responsabilità in relazione all'attività di interpretazione delle norme di diritto e di valutazione del fatto e delle prove rese nell'ambito dell'attività giudiziaria; 2) limita la responsabilità dello Stato ai soli casi di dolo e colpa grave del giudice. La Corte di giustizia, con la citata sentenza "Traghetti", ha riconosciuto, per l'appunto, il contrasto della disciplina anzidetta con il diritto comunitario.

¹⁷ Cass., Sez. I civile, sent. 19 aprile 2000, n. 5087.

¹⁸ Con la successiva sentenza *Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA*, del 10 giugno 2010, in C-140/09 - su ulteriore domanda di pronuncia pregiudiziale del Tribunale di Genova, vertente sull'interpretazione delle norme dell'Unione in materia di aiuti di Stato nell'ambito della medesima controversia innanzi richiamata - la Corte di giustizia ha affermato che:

<<Il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che sovvenzioni corrisposte nelle circostanze proprie della causa principale, in virtù di una normativa nazionale che prevede il versamento di acconti prima dell'approvazione di una convenzione, costituiscono aiuti di Stato qualora siano idonee ad incidere sugli scambi tra Stati membri e falsino o minaccino di falsare la concorrenza, ciò che spetta al giudice nazionale verificare>>.

¹⁹ L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte di Strasburgo è stato reso ancor più vincolante dalle modifiche apportate all'art. 46 CEDU dal Protocollo n. 14, firmato il 13 maggio 2004 ed entrato in vigore il 1° giugno 2010. La nuova formulazione dell'art. 46 attribuisce, infatti, maggiori poteri al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, prevedendo la possibilità di rivolgersi alla Corte affinché essa si pronunci sulla corretta interpretazione di una sentenza, ove il Comitato ritenga sussistenti delle difficoltà nel controllo della sua esecuzione; negli ultimi due commi introdotti dal Protocollo n. 14, inoltre, si prevede una sorta di procedura di infrazione, in base alla quale il Comitato, ove ritenga che uno Stato rifiuti di conformarsi ad una sentenza definitiva pronunciata in una controversia di cui è parte, può deferire la questione alla Corte, dopo averlo messo in mora: se la Corte, a sua volta, accerta una violazione del dovere statale di conformarsi alle sentenze, rinvia al Comitato dei Ministri, affinché statuisca sul tipo di misure da adottare.

dovendosi rammentare, anzitutto, che, in forza dell'anzidetto *decisum*, lo Stato deve pervenire alla scelta dei mezzi più appropriati per rimuovere la violazione della norma convenzionale ed eliminarne le conseguenze in modo da ripristinare lo *status quo ante*. Del resto, la problematicità del profilo in esame è resa ancor più evidente dal fatto che proprio l'avvenuto esaurimento dei rimedi interni costituisce una condizione imprescindibile di legittimazione per il ricorso alla Corte di Strasburgo (art. 35, paragrafo 1, CEDU): sicché, la relativa pronuncia interviene, in linea di principio, su vicende già definite a livello interno con decisione irrevocabile.

Concretamente, l'esigenza ineludibile dell'anzidetta *restitutio in integrum* è sorta nei casi in cui la violazione dell'art. 6 C.E.D.U., così come accertata dalla Corte europea, era consistita nello svolgimento di un processo penale in contumacia, conclusosi con una sentenza di condanna, avendo la Corte EDU censurato il fatto della prosecuzione e della conclusione del processo penale nonostante non risultasse che l'imputato avesse avuto effettiva conoscenza del procedimento, ovvero che avesse rinunciato volontariamente a comparirvi. A siffatte evenienze, facendo seguito a sollecitazioni provenienti dalla stessa Corte europea²⁰, il legislatore italiano, nel 2005, ha modificato, nei sensi poc'anzi indicati, la disciplina dell'istituto della restituzione in termini, di cui all'art. 175 cod. proc. pen.. Tuttavia, si tratta di un istituto di portata generale e non volto specificamente a riaprire il processo in conseguenza di una condanna della Corte EDU, la quale accerti violazioni processuali diverse da quella considerata dalla predetta norma.

Sicché, a tale carenza strutturale del sistema processuale penale italiano ha cercato di porre rimedio l'opera della giurisprudenza, sebbene a fronte di difficoltà di non poco conto. Difatti, gli ostacoli per l'interprete sorgono proprio dal porre in discussione le preclusioni del giudicato, ritenuto tradizionalmente intangibile con riguardo agli *errores in procedendo*: per un verso, come si è rilevato²¹, premono i valori della certezza e della stabilità del giudicato nazionale, affievoliti ma non "relativizzati" dalla giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo, che ne ha eroso più propriamente il "dogma"; dall'altro lato, la grave compromissione di diritti fondamentali della persona del condannato nel processo, accertata dalla Corte di Strasburgo all'esito di una valutazione "olistica" della vicenda giudiziaria nel suo complesso, esige un doveroso provvedimento di riparazione.

In questo quadro, la Corte di cassazione²² ha riconosciuto l'ammissibilità del ricorso straordinario *ex art. 625-bis c.p.p.*, in quanto preordinato ad ottenere, in esecuzione di una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo²³, la sostituzione della pena

²⁰ Corte EDU, 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*, § 46 ss.

²¹ Cfr. Iacoviello, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, 794.

²² Cass., Sez. V, 11 febbraio 2010, n. 16507, *Scoppola*, Rv. 247244.

²³ Con decisione depositata il 17 settembre 2009 (*Scoppola c. Italia*), la Grande Camera della Corte EDU accoglieva il ricorso, affermando: *a*) che l'art. 7, par. 1, della Convenzione non garantisce solamente il principio di non retroattività delle leggi penali più severe, ma impone anche che, nel caso in cui la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e quelle successive adottate prima della condanna definitiva siano differenti, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo; *b*) che, pertanto, nell'ipotesi di successione di leggi penali nel tempo, costituisce violazione dell'art. 7, par. 1, C.E.D.U. l'applicazione della pena più sfavorevole al reo; *c*) che costituisce

inflitta con quella ritenuta equa dal giudice europeo: si è ritenuto sussistente, in tal caso, il diritto del ricorrente ad ottenere una modifica della pena in attuazione del principio di legalità stabilito dall'art. 7 della Convenzione, con il corrispondente obbligo positivo del giudice di determinarne la quantificazione, al fine di eliminare le conseguenze pregiudizievoli scaturenti dalla violazione accertata. Di conseguenza, la Corte di cassazione ha revocato *in parte qua* la propria precedente sentenza ed ha annullato senza rinvio, limitatamente al trattamento sanzionatorio, la sentenza del giudice di merito, provvedendo a determinare direttamente la pena in trent'anni di reclusione.

Proprio perché la violazione riguardava un'ingiusta quantificazione della pena – la cui equa entità è stata invece determinata dal giudice europeo – la Corte di cassazione ha ritenuto superfluo tanto un nuovo giudizio di merito, quanto affidare «il compito di sostituire la pena inflitta» al giudice dell'esecuzione: ad entrambe le alternative ostava, infatti, il principio di economia dei mezzi processuali.

La decisione del giudice di legittimità ha, dunque, aperto la strada al più radicale intervento della Corte costituzionale, la quale, con la sentenza n. 113 del 2011, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 630 cod. proc. pen. “nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo”.

b) il giudicato e la Corte di Lussemburgo.

Quanto, poi, al versante “unionista”, può essere ricordato il caso “Fallimento Olimpiclub”²⁴, definito dalla sentenza della Corte di giustizia 3 settembre 2009, in C-

altresi violazione dell'art. 6, par. 1, C.E.D.U., relativo al diritto ad un processo equo, l'applicazione retroattiva delle nuove regole di determinazione della pena introdotte dal d.l. n. 341 del 2000 per il giudizio abbreviato, essendo stato deluso il legittimo affidamento che l'imputato aveva riposto su una riduzione di pena in sede di scelta del rito speciale. Statuita l'iniquità del giudicato di condanna, la Corte di Strasburgo, pur formalmente lasciando allo Stato membro “un potere di apprezzamento” quanto alle modalità esecutive della pronuncia, rilevava che al ricorrente – proprio in ragione della constatata violazione degli artt. 6 e 7 della Convenzione, per l'applicazione retroattiva del d.l. n. 341 del 2000 – risultava irrogata un pena (l'ergastolo) superiore rispetto a quella massima nella quale egli rischiava di incorrere al momento in cui aveva chiesto ed ottenuto di essere giudicato secondo il rito abbreviato (trent'anni di reclusione). In conseguenza – secondo la Corte di Strasburgo – competeva allo Stato italiano, per mettere fine alla violazione dei citati parametri della Carta EDU, “assicurare” che la reclusione perpetua inflitta fosse sostituita da una pena conforme ai principi enunciati: quindi, non eccedente i trent'anni di reclusione. Su tali profili v. il commento di Ichino, *L'“affaire Scoppola c. Italia” e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione delle Corte Europea dei Diritti dell'uomo*, in *Cassazione penale*, 2010, 841 ss.

²⁴ Vicenda che si è posta sulla scia del caso “Lucchini”, conclusosi con la sentenza della Corte di giustizia 18 luglio 2007, C-119/05, (*Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini Spa*) la Corte di Giustizia ha affermato che il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 cod. civ., volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisca il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione delle Comunità europee divenuta definitiva.

2/08 (*Amministrazione dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate contro Fallimento Olimpiclub Srl*), a seguito di rinvio pregiudiziale della Corte di cassazione²⁵.

Con detta pronuncia si è dichiarato²⁶ che il diritto comunitario osta all'applicazione, "in circostanze come quelle della causa principale", di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 cod. civ., in una causa vertente sull'imposta sul valore aggiunto concernente un'annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una decisione giurisdizionale definitiva, in quanto essa impedirebbe al giudice nazionale investito di tale causa di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate a detta imposta.

L'iter argomentativo della decisione della Corte di Lussemburgo riveste particolare interesse là dove, in ossequio al rilievo che assume in sé per sé la "cosa giudicata", si afferma, anzitutto, che il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione. Tuttavia, le modalità con le quali gli Stati, in forza del principio dell'autonomia procedurale che ad essi compete, attuano il principio dell'autorità di cosa giudicata non devono risultare meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né essere strutturate in modo da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività).

Invero, l'interpretazione più di recente adottata dalla giurisprudenza di legittimità in materia di giudicato fiscale viene, per l'appunto, a contrastare con il principio di effettività, portando alla conseguenza che, ove la decisione giurisdizionale divenuta definitiva sia fondata su un'interpretazione delle norme comunitarie relative a pratiche abusive in materia di imposta sul valore aggiunto in contrasto con il diritto comunitario, la non corretta applicazione di tali regole si riprodurrebbe per ciascun nuovo esercizio fiscale, senza che sia possibile correggere tale erronea interpretazione. Sicché, "ostacoli di tale portata all'applicazione effettiva delle norme comunitarie in materia di imposta sul valore aggiunto non possono essere ragionevolmente giustificati dal principio della certezza del diritto e devono essere dunque considerati in contrasto con il principio di effettività".

6.1.2.- La vicenda del personale ATA: il coinvolgimento della Cassazione, della Corte Costituzionale e delle Corti europee.

Dunque, come si accennava, il complicarsi del sistema delle fonti, sia in ragione del suo pluralismo accentuato, sia a motivo della sua eccessiva implementazione, carica di mutamenti sovente privi di armonicità, non è fattore che possa lasciare indifferente l'opera dell'interprete del diritto, la quale, per l'appunto, ne viene

²⁵ Cass., sez. V, ord. int. n. 26996 del 21 dicembre 2007.

²⁶ In linea con la richiamata giurisprudenza "Lucchini".

conformata secondo canoni non sempre caratterizzati dal crisma della certezza e della stabilità.

Si pensi alla vicenda emblematica del personale ATA degli enti locali, nella quale si sono susseguiti plurimi interventi da parte di entrambe le Corti nazionali di ultima istanza, ciascuna, nell'ambito delle proprie competenze ed attribuzioni, incline a farsi carico delle ineludibili implicazioni poste dalla Convenzione - e, segnatamente, dal suo art. 6 sul processo equo - ma, tuttavia, con esiti definitivi disarmonici rispetto alle determinazioni della Corte di Strasburgo e, ancor più di recente, della Corte di giustizia UE.

A seguito del trasferimento del personale scolastico amministrativo, tecnico ed ausiliario (ATA) dagli enti locali allo Stato, disposto dall'art. 8 della legge 3 maggio 1999, n. 124, parte della giurisprudenza di merito aveva ritenuto legittimo, in favore di detto personale, il diritto al solo cosiddetto "maturato economico" sulla base di un accordo della contrattazione collettiva del settore pubblico, recepito con decreto interministeriale 5 aprile 2001, riconoscendo a tale accordo la possibilità di derogare a norme di legge, nonostante la legge derogata, che riconosceva al personale medesimo l'anzianità maturata presso l'Ente di provenienza ai fini giuridici ed economici, rinviando al contratto collettivo solo la disciplina di dettaglio.

Nel 2005 la Cassazione civile²⁷ disconosceva la correttezza di siffatta interpretazione, affermando, in sostanza, il principio per cui il dettato legislativo del 1999, in linea di massima di chiara esegesi, non potesse essere derogato dalla contrattazione collettiva, spettando, dunque, al personale A.T.A. il maturato economico sulla base della anzianità pregressa (nel servizio prestato alle dipendenze dell'ente locale).

Tale approdo nomofilattico veniva confermato da ulteriori pronunce dello stesso giudice di legittimità, sino a che non veniva emanata la legge n. 266 del 2005 (legge finanziaria per il 2006), il cui art. 1, comma 218, stabiliva, tra l'altro, che l'art. 8, comma 2, della legge n. 124 del 1999 andasse interpretato nel senso che il personale A.T.A. è inquadrato nei ruoli statali "sulla base del trattamento economico complessivo in godimento all'atto del trasferimento, con l'attribuzione della posizione stipendiale di importo pari o immediatamente inferiore al trattamento annuo in godimento al 31 dicembre 1999".

L'esito della disposizione di interpretazione autentica era quello di un trattamento economico peggiore per il personale A.T.A. rispetto a quanto avrebbe conseguito in ragione dell'esegesi in precedenza affermata dalla Cassazione. La norma del 2005 venne, quindi, sottoposta al vaglio di costituzionalità, che essa superò indenne in ragione della declaratoria di infondatezza, recata dalla sentenza n. 234 del 2007 del Giudice delle leggi, delle varie questioni di legittimità costituzionale al riguardo sollevate. In particolare, con la pronuncia appena richiamata, si ritenne che la disposizione censurata, ove considerata espressione di funzione di interpretazione autentica, non potesse considerarsi lesiva dei principi costituzionali di ragionevolezza, di tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche, giacché essa si limitava ad assegnare alla disposizione interpretata un

²⁷ In particolare, Cass., sez. lav., n. 18829 del 27 settembre 2005.

significato riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario, in assenza, peraltro, di un diritto vivente sulla inderogabilità dei criteri enunciati dall'art. 8 della legge n. 124 del 1999. La stessa Corte costituzionale puntualizzava, del resto, che, anche a volerne ammettere il carattere innovativo, ma con efficacia retroattiva, non si sarebbe potuti giungere ad affermare l'irragionevolezza della norma, che non comprometteva né l'imparzialità della pubblica amministrazione, né l'esercizio della funzione giurisdizionale, la quale opera su un piano diverso rispetto a quello del potere legislativo di interpretazione autentica.

Il tracciato segnato dalla Corte costituzionale veniva condiviso, in un primo momento, anche dalla Cassazione civile²⁸, la quale, inoltre, riteneva che l'art. 1, comma 218, della legge n. 266 del 2005, avente effettiva natura di norma di interpretazione autentica, non configgesse con "l'art. 117, primo comma, Cost. e, per suo tramite (cfr. Corte cost., sentenze nn. 348 e 349 del 2007), con l'art. 6, par. 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali". Da tale posizione dissentiva, però, la stessa sezione lavoro della Corte di cassazione²⁹, che nuovamente rimetteva alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art. 1, comma 218, citato, ma questa volta per ipotizzato contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. e, per suo tramite, con l'art. 6, par. 1, CEDU, ritenendo che la norma censurata violasse il divieto di ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 311 del 2009, dichiarava, però, non fondata la questione, osservando, anzitutto, che già in precedenza aveva ritenuto che l'inquadramento stipendiale nei ruoli statali del personale A.T.A. in ragione del maturato economico costituiva una delle possibili varianti di lettura della norma interpretata e che non poteva essersi formato un legittimo affidamento con riferimento al trattamento retributivo derivante dalla valutazione dell'intera anzianità maturata presso gli enti di provenienza, sia per il tipo di interpretazione adottata in sede di contrattazione collettiva, sia per il richiamo espresso al principio dell'invarianza della spesa in sede di primo inquadramento del personale proveniente dagli enti locali.

Il Giudice delle leggi rammentava, poi, che, per la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il principio dello Stato di diritto e la nozione di processo equo stabiliti dall'art. 6 della CEDU, sebbene vietino l'interferenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia destinata a influenzare l'esito di controversie in atto, tuttavia non vietano in assoluto interventi retroattivi dei legislatori nazionali, con ciò dovendo escludersi la sussistenza di un principio secondo cui la necessaria incidenza delle norme retroattive sui procedimenti in corso si porrebbe automaticamente in contrasto con la Convenzione europea. Ciò precisato, la Corte costituzionale affermava, quindi, che, nella specie, il legislatore non aveva travalicato i limiti fissati dalla CEDU, posto che non si era determinata una *reformatio in malam partem* di una situazione patrimoniale in precedenza acquisita, oltre ad essersi salvaguardata l'esigenza di armonizzare situazioni lavorative tra loro differenziate

²⁸ Cass., sez. lav., sent. n. 677 del 16 gennaio 2008.

²⁹ Cass., sez. lav., ord. int. n. 22260 del 4 settembre 2008.

all'origine, conformemente al principio di parità di trattamento di situazioni analoghe nei rapporti di lavoro pubblico. In definitiva, secondo la sentenza n. 311 del 2009, ricorrevano più ragioni imperative di interesse generale, le quali, nel rispetto dell'art. 6 CEDU, consentono interventi retroattivi: a) l'esigenza di ristabilire una delle possibili direzioni dell'originaria intenzione del legislatore; b) la non vanificazione del tutto dei diritti sorti ed acquisiti sulla base della legge interpretata; c) la conformità di tale interpretazione con la finalità di garantire una generale perequazione di tutti i lavoratori del comparto scuola.

La Cassazione civile³⁰ è ritornata sulla vicenda, confermando l'orientamento già espresso dalla sentenza n. 677 del 2008 e dalla Corte costituzionale nel 2009, altresì puntualizzando che la modifica dell'art. 6 del Trattato dell'Unione, sostituito dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (ratificato con legge 2 agosto 2008, n. 130), non determina la necessità di un riesame della questione, posto che detta norma, nel prevedere che l'Unione "riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 e che aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali", precisa che ciò "non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati" e "non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze" proprie, "né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione".

Si è giunti, dunque, ad un assetto esegetico che ha visto collimare le posizioni interpretative del giudice della nomofilachia e della Corte costituzionale, sotto l'impulso oggettivamente proveniente dalla Corte di cassazione; impulso non soltanto sotto il profilo della anticipazione delle ragioni e delle argomentazioni di fondo che hanno sostanziato i comuni approdi ermeneutici infine raggiunti, ma anche sotto l'aspetto, di opposto tenore, di una voce espressiva di quel dissonante orientamento, che non ha trovato accoglimento nella pronuncia del 2009 del Giudice delle leggi, ma la cui linea di fondo è risultata poi essere consentanea a quella della sentenza della Corte EDU del 7 giugno di quest'anno.

La pronuncia appena richiamata, infatti, ha ribaltato gli esiti immediati dell'impianto ermeneutico appena descritto, negando che l'intervento legislativo del 2005 fosse giustificato da ragioni imperative di interesse pubblico, così da violare l'art. 6 della Convenzione; al tempo stesso, ha riconosciuto che l'art. 1, comma 218, della legge n. 266 del 2005, nel regolamentare in maniera definitiva le controversie, si sostanziasse in una ingerenza nell'esercizio del diritto di proprietà, così da violare l'art. 1 del Protocollo n. 1, per aver imposto un "onere eccessivo e anormale" ai ricorrenti, in tal modo rendendo sproporzionato il pregiudizio alla loro proprietà e rompendo <<il giusto equilibrio tra le esigenze di interesse pubblico e la tutela dei diritti fondamentali individuali>>.

Ma sul personale ATA è intervenuta anche la Corte di giustizia di Lussemburgo (Grande Sezione), adita, in via pregiudiziale, dal Tribunale di Venezia. La Corte europea, nella sentenza 6 settembre 2011 nella C-108/10, ha ritenuto che l'eventuale peggioramento retributivo sostanziale subito da detto personale per il mancato

³⁰ Cass., sez. lav., sent. n. 22751 del 2010.

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

Invero, la soluzione adottata evidenzia un indubbio elemento di frizione con l'orientamento che, nella fattispecie, si avviava a consolidamento nella giurisprudenza della Corte di cassazione, incline ad escludere – proprio in forza del richiamo alla giurisprudenza di Lussemburgo - che la vicenda del trasferimento del personale degli enti locali nei ruoli del personale ATA (amministrativo, tecnico, ausiliario) dello Stato fosse qualificabile come trasferimento di impresa e come tale riconducibile al campo di applicazione delle direttive comunitarie in materia di trasferimento d'azienda (direttiva 77/187/CEE, modificata dalla direttiva 98/50/CE).

Tuttavia, proprio in ragione dell'anzidetta pronuncia della Corte giustizia, il richiamato orientamento è prontamente mutato, avendo la stessa Sezione Lavoro della Cassazione, con recentissima sentenza³¹, affermato la necessità, per il giudice del merito, di attenersi allo scopo della direttiva 77/187/CEE, consistente “nell'impedire che i lavoratori coinvolti in un trasferimento siano collocati in una posizione meno favorevole per il solo fatto del trasferimento”. Si tratta di una decisione non solo tempestiva, giacché resa a brevissima distanza di tempo dalla sentenza della Corte di Lussemburgo, ma anche con valenza nomofilattica assai accentuata, poiché consente al giudice di merito – attraverso una sintetica, ma efficace esplicazione dei criteri cui adeguarsi, in consonanza con il *decisum* della Corte di giustizia - di disporre dell'adeguato strumentario giuridico tramite il quale poter provvedere alla definizione del cospicuo contenzioso ancora pendente.

7.- Il rinnovato valore da assegnare alla funzione nomofilattica della Cassazione.

La vicenda appena illustrata consente, quindi, di apprezzare quale sia l'importanza attuale della funzione nomofilattica della Cassazione, assunta a cardine dell'attività della Suprema Corte dalla legge sull'ordinamento giudiziario (art. 65 del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12), la quale – giova evidenziare – è stata di recente valorizzata dall'ordinamento processuale civile, a seguito delle recenti riforme del 2006 (d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 40, entrato in vigore il 2 marzo 2006) e del 2009 (legge 18 giugno 2009, n. 69, entrata in vigore il 4 luglio 2009).

Basti rammentare: la necessità del quesito di diritto a corredo dei motivi di ricorso (art. 366-*bis* cod. proc. civ., poi abrogato proprio con l'introduzione dell'anzidetto art. 360-*bis*); l'ampliamento dei casi in cui la Cassazione può enunciare un principio di diritto anche solo nell'interesse della legge (art. 363 c.p.c.); l'obbligo, per le sezioni semplici della Corte, di rimettere il ricorso alle sezioni unite quando ritengano di non condividere un principio di diritto già da queste ultime enunciato (art. 374,

³¹ Cass., sez. lav., sent. n. 20980 del 12 ottobre 2011.

terzo comma, c.p.c.); la previsione secondo cui la Corte enuncia il principio di diritto posto a base della propria decisione non solo quando cassa con rinvio la sentenza impugnata, ma sempre che provveda su un ricorso in cui la parte abbia denunciato un errore di diritto del giudice di merito ed in ogni altro caso in cui risolva una questione di particolare importanza (art. 384, primo comma, c.p.c.).

In tal modo, il ruolo della Cassazione si è arricchito di istanze sempre più inclini a far emergere una direttrice di stabilità del precedente, ciò coniugandosi con una esigenza di deflazione del carico di affari, la cui mole, se in continua ed inesorabile espansione, sembra difficilmente armonizzabile con lo svolgimento dei compiti di una Corte Suprema di legittimità rimodellati, per l'appunto, sul valore del precedente.

La nomofilachia è, dunque, strumento dalle plurime virtù, posto che a quelle tradizionali, appena ricordate, si aggiungono gli interventi che investono il rapporto con gli ordinamenti sovranazionali e, segnatamente, gli esiti dell'interpretazione conforme rispetto alle relative discipline, siccome frutto dell'esegesi delle Corti europee di Lussemburgo e Strasburgo.

La funzione di nomofilachia può, infatti, offrire un contributo estremamente rilevante nel delineare la portata degli obblighi di interpretazione "convenzionalmente" o "comunitariamente" conforme, prevenendo la formazione di situazioni di contrasto tra l'ordinamento interno e le norme "esterne", la cui definizione potrebbe risultare maggiormente problematica per la Corte Costituzionale.

E' opinione diffusa che i due ordini della legalità, costituzionale ed ordinaria, hanno tradizionalmente convissuto attraverso il ricorso a complessi e raffinati strumenti di coordinamento: il tendenziale vincolo della Corte Costituzionale al "diritto vivente" rappresentato dai consolidati indirizzi interpretativi della Corte di cassazione, da un lato, e l'obbligo per il giudice comune, oltre che per la stessa Corte, di interpretare la legge conformemente alla Costituzione, dall'altro lato, hanno costituito senz'altro meccanismi idonei a ridurre il rischio della divaricazione tra le due sfere della legalità³².

Il progressivo allargamento della prospettiva ermeneutica verso una dimensione "esterna" della legalità ha contribuito ad assegnare, tuttavia, una rilevanza crescente al principio dell'interpretazione conforme, la cui funzione regolatrice dei rapporti tra legalità diverse e concorrenti si risolve in un meccanismo che consente l'assorbimento, nell'una sfera della legalità, dei contenuti normativi connessi all'altra. Si tratta dunque di uno strumento fondamentale di adeguamento interpretativo del sistema agli obblighi di fonte sovranazionale, il cui impiego, peraltro, richiede prudenza e discernimento nell'opera di concretizzazione del contenuto dei diritti fondamentali di rilievo costituzionale, così come nel necessario giudizio di bilanciamento con altri valori egualmente meritevoli di considerazione³³.

³² M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte Costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Iovene, 2009, p. 418.

³³ F. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, p. 659.

A tale riguardo, gli ampi margini di apprezzamento riservati all'interpretazione giurisprudenziale consentono una, sia pure problematica, osmosi tra i diversi sistemi di tutela dei diritti, a condizione però di non dimenticare che i valori di riconoscimento dell'ordine costituzionale, dell'ordine comunitario, dell'ordine convenzionale e, più in generale, di quello internazionale, non sono sempre coincidenti, ma richiedono un'attività di armonizzazione talora assai complessa, anche se tendenzialmente finalizzata a salvaguardare le identità valoriali proprie di ciascuno dei sistemi normativi di riferimento.

7.1.- Nomofilachia e CEDU.

Particolarmente rilevante appare, in questa prospettiva, la tecnica interpretativa cui ha fatto ricorso una recente pronuncia delle Sezioni Unite penali in materia di condizioni e limiti all'utilizzazione in giudizio delle dichiarazioni predibattimentali rese in assenza di contraddittorio da persone residenti all'estero³⁴.

Come è noto, la materia, già oggetto di contrasti giurisprudenziali anteriormente alla modifica apportata all'art. 512-*bis* c.p.p. dall'art. 43 della legge n. 479 del 1999, ha continuato ad essere percorsa da numerosi dubbi interpretativi in ordine ai presupposti necessari per la lettura dei verbali di dichiarazioni predibattimentali, qualora questi non siano "sostituiti" dall'escussione dibattimentale della relativa fonte di prova.

Con una decisione assai sensibile al sistema delle garanzie costituzionali del processo penale, le Sezioni Unite hanno stabilito che l'impossibilità di assumere in dibattimento il teste deve essere assoluta ed oggettiva, non potendo consistere nella mera impossibilità giuridica di disporre l'accompagnamento coattivo.

Al riguardo, non solo è necessario accertare preliminarmente l'effettiva e valida citazione del teste non comparso - secondo le modalità previste dall'art. 727 cod. proc. pen. per le rogatorie internazionali o dalle convenzioni di cooperazione giudiziaria - verificandone l'eventuale irreperibilità mediante tutti gli accertamenti opportuni, ma occorre, inoltre, che risulti assolutamente impossibile l'escussione del dichiarante attraverso una rogatoria internazionale concelebrata o mista, secondo il modello delineato dall'art. 4 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959.

Nella medesima prospettiva, ai fini dell'operatività del divieto (posto dagli artt. 111, comma quarto, seconda parte, Cost. e 526, comma primo - *bis*, cod. proc. pen.) di provare la colpevolezza sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame dell'imputato o del suo difensore, la Corte di cassazione non ha ritenuto necessaria la prova di una specifica volontà di sottrarsi al contraddittorio, considerando sufficiente - in conformità ai principi delineati dall'art. 6 CEDU - la volontarietà dell'assenza del teste determinata da una qualsiasi libera scelta, sempre che non vi siano elementi esterni che escludano una sua libera determinazione.

³⁴ Cass., Sez. Un., 25 novembre 2010 – 14 luglio 2011, n. 27918, D.F., Rv. 250197 – 250198 – 250199.

Infine, ancora sulla base di un'interpretazione conforme ai principi affermati dalla giurisprudenza europea in applicazione dell'art. 6 della CEDU, le Sezioni Unite hanno stabilito il principio secondo cui le dichiarazioni predibattimentali rese in assenza di contraddittorio, ancorché legittimamente acquisite, non possono fondare in modo esclusivo o significativo l'affermazione della responsabilità penale dell'imputato.

Ponendosi nell'ottica ermeneutica costantemente delineata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte di cassazione ha ritenuto possibile un'interpretazione adeguatrice della norma interna, escludendo ogni profilo di incompatibilità non solo tra quest'ultima ed il sistema convenzionale, ma anche tra la stessa norma esterna e l'art. 111, comma quinto, Cost.

Ciò ha fatto, da un lato, osservando che la regola convenzionale, diversamente dalla norma costituzionale - che riguarda gli aspetti della formazione e dell'acquisizione della prova - pone un criterio di valutazione della prova dichiarativa ritualmente acquisita, e, dall'altro lato, riconoscendo che se veramente vi fosse incompatibilità tra norme interne e norma convenzionale, spetterebbe alla Corte Costituzionale risolvere sia la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni interne per contrasto con la norma CEDU, sia la questione dell'eventuale contrasto tra la norma CEDU e la norma costituzionale.

Le norme nazionali e quelle convenzionali, dunque, perseguono in tal caso finalità non dissimili: proprio la circostanza che il nuovo testo dell'art. 111 Cost. trova la sua origine in fonti convenzionali internazionali "invita l'interprete a non isolarsi in un contesto nazionale, ma a cercare quella che è stata chiamata una "osmosi" tra le diverse formulazioni, della normativa convenzionale e di quella nazionale, ordinaria e costituzionale" ³⁵.

In tal senso, deve riconoscersi che la disposizione interna, in applicazione del principio generale del giusto processo, pone una determinata tutela per l'imputato, ma non esclude che una tutela più estesa possa essere posta o ricavata da norme diverse.

In definitiva, secondo l'impostazione accolta dalle Sezioni Unite, è conforme al sistema ritenere che il criterio di valutazione basato sulla necessità di esaminare le dichiarazioni congiuntamente ad altri elementi di riscontro debba operare anche quando l'imputato non abbia mai avuto la possibilità di interrogare il dichiarante ³⁶, considerando che l'assenza del controesame abbassa fortemente il grado di attendibilità della prova, rispetto al modello ideale della testimonianza raccolta con l'esame incrociato.

³⁵ Cfr. Cass., Sez. 2, 18 ottobre 2007 – 22 novembre 2007, n. 43331, Poltronieri, Rv. 238199.

³⁶ A seguito della pronuncia n. 27918/2011 delle Sezioni Unite v., per il ricorso ad analogo criterio valutativo, Cass., Sez. 6, 15 giugno 2011 – 29 settembre 2011, n. 35515, Cardenas.

7.2.- Nomofilachia e diritto dell'Unione europea.

Un ulteriore esempio del rilievo che può assumere in concreto la funzione nomofilattica della Corte di cassazione nella individuazione di un modello equilibrato di interpretazione “comunitariamente” conforme, può trarsi dalla recente evoluzione giurisprudenziale in ordine all'incidenza dei limiti massimi di carcerazione preventiva sull'applicazione della nuova procedura di consegna basata sul mandato di arresto europeo.

Come è noto, la previsione contenuta nell'art. 18, lett. e), della legge 22 aprile 2005, n. 69, ha introdotto una condizione ostativa ritenuta “eccentrica” rispetto alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio dell'U.E. del 13 giugno 2002, facendo derivare il rifiuto della consegna della persona ricercata dalla mancanza, nella legislazione dello Stato membro di emissione, dei limiti massimi della carcerazione preventiva.

La su citata decisione-quadro sul mandato di arresto europeo, infatti, contempla “Motivi di non esecuzione obbligatoria” (art. 3) e “Motivi di non esecuzione facoltativa” (art. 4), tra i quali non è formalmente ricompreso quello corrispondente alla previsione dell'art. 18, lett. e), della legge n. 69 del 2005.

Con decisione n. 4614 del 30 gennaio 2007, le Sezioni Unite ³⁷, superando l'opzione esegetica maggiormente restrittiva, che aveva evidenziato in tale disposizione normativa l'effetto di una “diretta trasposizione” del contenuto dell'art. 13, comma 5, Cost., hanno osservato che se nell'ordinamento italiano i limiti di durata della custodia cautelare sono stati ritenuti cogenti sino alla sentenza definitiva, in stretto collegamento con la presunzione di non colpevolezza, vigente, *ex art. 27 Cost.*, sino a tale estremo³⁸, ciò induce a ritenere la non “esportabilità” delle ragioni costituzionali che presidiano un sistema di termini massimi “complessivi”, all'interno di altri ordinamenti che invece non sono tenuti ad osservare il medesimo principio se non fino alla “sentenza di condanna”.

Ne consegue che la formulazione del quinto comma dell'art. 13 Cost. consente, in assenza di ogni richiamo alla forza cogente dell'art. 27, di ritenere compatibile un sistema di controlli limitati alla fase che precede la pronunzia di merito sulla fondatezza dell'accusa.

È parsa dunque plausibile un'interpretazione “flessibile” della norma interna, che la renda adattabile ai vari sistemi processuali cui si dirige, *“dovendosi sfuggire alla tentazione di parametrare al significato di nozioni ed espressioni evocative di precisi istituti dell'ordinamento interno dettati normativi concepiti dal legislatore italiano ai fini di una loro proiezione interstatuale”*.

Alla luce dei principi fondamentali richiamati dall'art. 6 T.U.E., e più volte ribaditi dalla stessa decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, le Sezioni Unite hanno posto tra i valori unanimemente riconosciuti dagli ordinamenti dei Paesi membri dell'U.E. quello di garantire entro “tempi ragionevoli” la durata della custodia cautelare, così come definita, oltre che dalla consolidata giurisprudenza della Corte

³⁷ Cass., Sez. Un., 30 gennaio 2007 – 5 febbraio 2007, n. 4614, Ramoci, Rv. 235351.

³⁸ Corte Cost., 23 aprile 1970, n. 64.

europea dei diritti dell'uomo, dalla Raccomandazione n. 13/2006 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sull'uso della custodia cautelare, adottata il 27 settembre 2006. Con tale raccomandazione, infatti, il Consiglio d'Europa ha chiesto agli Stati parti di dotarsi di sistemi di “*continuous reviews*” della perdurante necessità della custodia “*at regular intervals*”, indicando l'utilità del suo collegamento a cadenze temporali oggettivamente predeterminate dal legislatore nazionale.

Sulla base di tali premesse argomentative, la Suprema Corte ha ritenuto compatibili con il dettato normativo della legge n. 69/2005 non soltanto quei sistemi giuridici in cui sia espressamente fissato un termine di durata della custodia cautelare fino alla sentenza di condanna di primo grado, ma anche quelli in cui siano comunque previsti specifici meccanismi processuali che comportino, secondo cadenze cronologicamente prefissate, un controllo sulla necessità della custodia cautelare, funzionale al suo prolungamento, ovvero alla sua immediata cessazione.

Sotto questo specifico profilo, dunque, l'interpretazione “adeguatrice” fornita dalla Corte ha stabilito il principio secondo cui l'autorità giudiziaria italiana è tenuta a verificare se nella legislazione dello Stato membro emittente sia espressamente fissato un termine di durata della misura cautelare fino alla sentenza di condanna di primo grado, o, in mancanza, se un limite temporale implicito sia in ogni caso desumibile da altri meccanismi processuali che instaurino, obbligatoriamente e con cadenze predeterminate, un controllo giurisdizionale funzionale, appunto, alla legittima prosecuzione della custodia o, in alternativa, alla sua estinzione.

Con ordinanza del 14 – 18 aprile 2008, n. 109, la Corte Costituzionale ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 18, comma 1, lett. e), della legge n. 69/2005, sollevata in riferimento agli artt. 3, 11 e 117, comma 1, Cost., richiamando nella motivazione l'interpretazione “adeguatrice” della norma impugnata fatta propria dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione con la su citata sentenza del 30 gennaio 2007, n. 4614.

Peraltro, accanto al rilievo preliminarmente assegnato all'attuale manifestazione del “diritto vivente”, la Corte Costituzionale non ha mancato di osservare come il giudice rimettente - limitandosi ad affermare che spettava al giudice delle leggi la soluzione interpretativa del problema del rapporto tra l'art. 13, ultimo comma, Cost., che la norma impugnata “richiama”, ed “i principi e le norme europee” - si sia in realtà astenuto dall'effettuare “*il doveroso scrutinio circa l'effettiva consistenza del dubbio di costituzionalità*”, in quanto “*è proprio lo scioglimento di tale alternativa ermeneutica irrisolta a costituire la base logica della valutazione di non manifesta infondatezza*”, che spetta al giudice *a quo* compiere prima di sollevare la questione di costituzionalità.

La successiva elaborazione della giurisprudenza di legittimità mostra di essersi pienamente adeguata ai principi di diritto enucleati dalle Sezioni Unite³⁹, consolidando una stabilità di indirizzo interpretativo che costituisce ormai un sicuro

³⁹ V., *ex multis.*, Cass., Sez. 6, 20 marzo 2007 - 23 marzo 2007, n. 12405, Marchesi, Rv. 235907; Cass., Sez. 6, 17 gennaio 2008 – 18 gennaio 2008, n. 2971, Mantu, Rv. 238360; da ultimo, v. Cass., Sez. 6, 2 luglio 2010 – 8 luglio 2010, n. 26194, Mancioffi e altro, Rv. 247827.

punto di riferimento nell'ambito dei rapporti di cooperazione giudiziaria all'interno dell'Unione europea.

(Redattori: Maria Acierno, Gaetano De Amicis, Enzo Vincenti)

Il direttore
(Mario Rosario Morelli)