

Carmine Punzi

## La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte di diritto?<sup>1</sup>

SOMMARIO: 1. Le origini del *Tribunal de Cassation* e l'istituzione della *Cour de Cassation* in Francia dinanzi all'onnipotenza della *Loi* – 2. La Corte di Cassazione nei codici italiani preunitari e nel Codice Pisanelli del 1865 quale organo di vertice del potere giudiziario – 3. La Cassazione nel codice di rito del 1940 – 4. Le riforme del giudizio di Cassazione dal 1990-1995 al 2009: tra superamento del divieto di conoscere *du fond des affaires* ed esaltazione della funzione nomofilattica – 5. La Corte di Cassazione nell'attuale stagione della «giurisprudenza creativa» – 6. Segue. Svolte giurisprudenziali e principio di affidamento

### 1. Le origini del *Tribunal de Cassation* e l'istituzione della *Cour de Cassation* in Francia dinanzi all'onnipotenza della *Loi*

Nell'affrontare questa tema devo osservare che, pur se nella storia degli ordinamenti si ricorda, come primo esempio di un organo destinato a custodire e a far osservare la legge, il *Conseil des Parties*, istituito in Francia nel 1578 come sezione speciale del Consiglio del Re<sup>2</sup>, è certo al *Tribunal de Cassation*, a sua volta istituito nel 1790 – sempre in Francia – dall'Assemblea legislativa, che si possono far risalire le origini dell'attuale Corte di cassazione.

È questa, infatti, la prima stagione della Corte di cassazione, stagione influenzata da uno dei principi fondamentali del pensiero filosofico e giuridico illuminista: quello dell'onnipotenza della legge, della *Loi* con la *elle* maiuscola<sup>3</sup>, l'utopia che la legge sia capace di informare e regolare la realtà senza l'intermediazione di alcuno<sup>4</sup>.

Si ritrova in tale atteggiamento un presupposto estremamente razionalistico – e giustamente si è detto che è così astrattamente razionalistico che finisce per diventare meccanicistico – che la norma, qual essa è, sia senz'altro tutta se stessa immediatamente, così che l'applicazione del diritto sarebbe un gioco automatico<sup>5</sup>.

Questa onnipotenza e sufficienza della legge, questa utopia della legge, esprime ad un tempo l'orgoglio e i timori politici del legislatore illuminista. Esprime l'orgoglio del legislatore illuminista, l'orgoglio della ragione, che ritiene attraverso l'opera di codificazione di creare leggi chiare e compiute, un corpo normativo idoneo in avvenire a risolvere in modo sicuro tutte le controversie, con conseguente esclusione non solo della possibilità di lacune, ma addirittura dell'*eventualità* di dubbi interpretativi. Ma esprime ad un tempo il timore che, una volta formulate leggi così perfette, che rappresentano il trionfo della rivoluzione e l'inizio dei tempi illuminati, non venga frapposto un ostacolo alla loro applicazione. Perciò, con l'affermazione dell'onnipotenza della legge, si vuole negare

<sup>1</sup> In questo scritto, nel quale sono ripresi temi da me già affrontati ne *Il processo civile. Sistema e problematiche*, II ed., Torino 2010, II, pp. 459 ss.; nonché ne *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione di norme processuali*, in "Rivista di diritto processuale", LXVI (2011), pp. 1337 ss.; è riprodotto, con l'eliminazione delle parole di occasione e l'aggiunta delle note, il testo della «Lezione magistrale» svolta in Roma nell'aula Giallombardo della Corte di Cassazione il 16 febbraio 2012 nel Primo Seminario di inaugurazione dell'Associazione dedicata allo studio del giudizio dinanzi alla Suprema Corte di Cassazione.

<sup>2</sup> P. Calamandrei, *La Cassazione civile*, Torino 1920, I, p. 410.

<sup>3</sup> S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano 1962, II, 2, p. 175.

<sup>4</sup> G. Marty, *La distinction du fait et du droit*, Parigi 1929, p. 60.

<sup>5</sup> F. Lopez de Oñate, *Compendio di filosofia del diritto*, Milano 1955, p. 174.

anche l'esistenza di un problema di applicazione della legge. Questo problema, infatti, secondo i costituenti francesi, veniva risolto in modo automatico «alla lettura della legge, una volta conosciuti i fatti»<sup>6</sup>.

I riflessi di diritto positivo di questa impostazione ideologica si riconoscono soprattutto nella formulazione del divieto di interpretazione della legge da parte del giudice, emanato in Francia con il titolo III, artt. 10-11, del Decreto sull'organizzazione giudiziaria del 16-24 agosto 1790: l'influenza di tale divieto è chiaramente riconoscibile nell'art. 73 dello Statuto Albertino, che si preoccupò di stabilire che «l'interpretazione delle leggi in modo per tutti obbligatorio spetta esclusivamente al potere legislativo»<sup>7</sup>.

Il divieto per i giudici di interpretare le norme venne giustificato con l'affermata perfezione della legge e con l'esigenza di porre un argine a quello che venne definito «l'arbitrio dei magistrati»; esso, all'interno di una costituzione improntata ad una rigida distinzione dei poteri, si poneva come riaffermazione delle prerogative della funzione legislativa.

Ma è agevole rilevare come tutto ciò fosse un falso scopo, perché nessun giudice si sarebbe arrogato il compito di sostituire il legislatore con pronunce aventi carattere di astrattezza e di generalità.

Al divieto imposto ai giudici di interpretare le leggi, lo stesso Decreto 16-24 agosto 1790 affiancava, all'art. 12 del titolo II, l'istituto del *référé* c.d. *facultatif*, come strumento offerto al giudice per sottoporre al *Corp Legislatif* tutti i casi in cui ritenesse necessari chiarimenti sia in ordine alla interpretazione di una norma, sia in ordine alla esistenza o meno di una regola da applicare al caso oggetto del giudizio, non potendo egli intervenire in via analogica. Si vede così come i costituenti francesi, a dispetto della proclamazione di principio circa l'onnipotenza ed autosufficienza della legge, avvertivano che l'applicazione delle norme, pur costruite nel modo più chiaro e completo possibile, era un fatto tutt'altro che meccanico<sup>8</sup>: l'eventualità del difetto di evidenza ed univocità di significato della norma giuridica, o la possibilità di lacune normative, tuttavia, erano prospettate come eccezionali, sì che l'intervento interpretativo del legislatore – e non il fisiologico contributo esplicativo dei giudici all'atto di applicazione della legge – avrebbe dovuto adeguatamente rimediare.

E a questa incertezza circa la indefettibile chiarezza ed inequivocabilità delle leggi si accompagnava il timore che comunque i giudici potessero contravvenire al precetto legislativo.

Tanto ciò è vero che nello stesso arco di tempo, e cioè con decreto 27 novembre 1790, venne creato il *Tribunal de Cassation*, la cui collocazione era «auprès du Corps législatif»: a tale organo venne affidato il compito di annullare le sentenze pronunciate «en dernier ressort» nel caso che fossero viziate da «contravention au texte de la Loi», ma senza alcuna possibilità di intervenire sul «fond des affaires», ossia sul merito della causa.

La natura di questo *Tribunal de Cassation* doveva essere, nelle previsioni e nelle intenzioni del legislatore francese, essenzialmente politica: la sua originaria configurazione era quella di un organo ancillare del Parlamento; la sua funzione era di «sorvegliare il potere giudiziario», tutelando, cioè, le norme legislative, così come insindacabilmente dettate dal legislatore, da possibili applicazioni eversive ad opera dei giudici, considerati, per dirla con Rousseau, la più grave minaccia al mantenimento delle leggi.

Il legislatore d'oltralpe fece ogni sforzo per tentare di mantenere l'istituto della

<sup>6</sup> G. Marty, *La distinction*, cit., p. 60

<sup>7</sup> L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, IV ed., Milano s.d., I, p. 78, nota 1.

<sup>8</sup> C. Punzi, *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, Milano 1963, p. 79.

Cassazione al di fuori della giurisdizione. Oltre al divieto di «*toucher le fond des affaires*», un altro indice importante della preoccupazione politica di mantenere alla Cassazione il ruolo di «sentinella della legge», come allora si diceva, è rappresentato dal carattere esclusivamente negativo-ablatorio delle pronunce del *Tribunal*. Il timore che il riconoscimento dell'obbligo del giudice di rinvio di osservare l'interpretazione del diritto posta a base dell'annullamento avrebbe comportato l'inserimento del *Tribunal de Cassation* tra gli organi esercitanti la funzione giurisdizionale, e dunque una inammissibile contaminazione tra poteri, determinò il permanere a lungo del paradosso della convivenza tra il potere del *Tribunal* di annullare le pronunce di merito e il potere del giudice di rinvio di ripetere l'errore interpretativo sanzionato dal *Tribunal*, o comunque di disattendere la *ratio* posta a base dell'annullamento, optando per un'interpretazione ulteriore (la c.d. terza via).

Il sistema congegnato per risolvere l'*impasse* di un dissidio persistente tra magistrature di merito e *Tribunal* era assai macchinoso. Infatti, qualora ad un prima deviazione del giudice di rinvio dal *dictum* del *Tribunal* fosse seguito un secondo annullamento ed una nuova sentenza di merito conforme alle due precedenti già cassate, sulla soglia del terzo ricorso al *Tribunal*, a fronte dell'ennesima impugnazione della parte interessata, l'istituto del *référé* definito *obligatoire* per contrapposizione al *référé facultatif* poneva fine alla *navette* tra giudici di merito e *Tribunal*, ma con l'intervento in ultima istanza non del *Tribunal de cassation* bensì del *Corps législatif*. Il *référé obligatoire* consisteva, infatti, in ciò, che dopo la duplice ribellione dei giudici di rinvio alla decisione del *Tribunal*, questi, investito per la terza volta del ricorso, avrebbe dovuto necessariamente sottoporre la questione al *Corps Législatif*, prima di pronunciarsi. All'organo legislativo, dunque, in ultima istanza, veniva affidato il compito di risolvere il conflitto, attraverso l'emanazione di un *décret déclaratoire de la Loi*, questo sì vincolante, sia per il *Tribunal* che per l'eventuale terzo giudice di rinvio (nell'eventualità, cioè, che ad essere misconosciuta fosse l'opzione applicativa della legge reiteratamente sostenuta dai giudici di merito)<sup>9</sup>.

Il carattere giurisdizionale del *Tribunal* verrà formalmente riconosciuto solo con il senatoconsulto del 18 maggio 1803, che ne modificò il nome sostituendolo con quello di *Cour de Cassation*. Ma soltanto con l'approvazione della legge del 1° aprile 1837 si arriverà in Francia a rinunciare definitivamente al *référé obligatoire* come strumento atto a garantire al Parlamento, in ultima analisi, la soluzione dei persistenti contrasti interpretativi tra giudici di merito e *Cassation*.

Tale legge, infatti, introduce la previsione per cui, nell'ipotesi di ricorso per Cassazione avverso la decisione del giudice di primo rinvio per le stesse ragioni per cui le sezioni semplici avevano annullato la precedente sentenza di merito, la pronuncia della Corte, resa questa volta a sezioni unite, avrebbe avuto efficacia vincolante nei confronti del giudice di secondo rinvio, il quale, stando all'art. 2 della legge, avrebbe dovuto «*se conformer(a) à la décision de la Cour de Cassation sur le point de droit jugé par cette Cour*»: viene così introdotto in Francia il vincolo del giudice di secondo rinvio alla pronuncia in diritto della Corte di cassazione.

Dall'ordinamento francese, nel periodo napoleonico, l'istituto della Cassazione penetrava in Italia, e con esso la connotazione di organo di controllo del potere giudiziario che i costituenti francesi avevano inteso attribuirgli. Così, negli artt. 86 e 87 del Regolamento organico della giustizia civile e punitiva per il Regno d'Italia del 1806 si riaffermava, innanzi tutto, il principio che «la Corte di cassazione è istituita per mantenere

<sup>9</sup> P. Calamandrei, *La Cassazione civile*, Torino 1920, I, pp. 429 ss.

l'esatta osservanza delle leggi e per richiamare alla loro esecuzione le Corti, i Tribunali e i Giudici che se ne fossero allontanati» (art. 86), e quindi la regola che la Corte «giudica non nell'interesse dei litiganti, ma di quello della legge: in conseguenza non conosce del merito della causa, ma delle decisioni e sentenze delle Corti e dei Tribunali del Regno, coll'unico riguardo, se siano o no corrispondenti alla legge»<sup>10</sup>.

## 2. La Corte di Cassazione nei codici italiani preunitari e nel Codice Pisanelli del 1865 quale organo di vertice del potere giudiziario

La seconda stagione della Corte di cassazione è caratterizzata da una profonda trasformazione della sua funzione e della sua natura da «custode dei custodi» o, secondo una definizione di Salvatore Satta, da «cane da guardia contro i giudici» e contro lo «straripamento giurisprudenziale» ad organo di vertice e di guida del potere giudiziario nella soluzione delle questioni di diritto controverse<sup>11</sup>.

E fu proprio la citata legge francese del 1° aprile 1837 – con cui si riconobbe alla Corte di cassazione il potere di prevalere nei dissidi con i giudici di merito e si attribuì alle sue pronunce un'efficacia di diritto sulla decisione del caso concreto e un'efficacia di fatto sull'eventuale decisione dei casi simili – a sancire in effetti l'avvento del nuovo corso della Cassazione, il passaggio dall'esercizio di funzioni di controllo costituzionale a carattere negativo, connesse alla sua origine di organo squisitamente politico, all'esercizio della funzione giurisdizionale «francamente positiva» di regolatrice della giurisprudenza<sup>12</sup>.

Il codice di procedura civile del regno di Sardegna del 1859 ricalca il sistema già codificato dalla legge francese del 1837: l'accoglimento del ricorso in Cassazione per violazione formale e falsa applicazione di legge di cui all'art. 588 c.p.c. del 1859 determina l'annullamento della sentenza impugnata con rinvio ad altra autorità giudiziaria dello stesso grado di quella che aveva pronunciato la sentenza impugnata. Ma poiché con questo rinvio non viene ancora fissato il principio di diritto vincolante, poteva accadere che il giudice di merito incorresse nelle stesse violazioni o false applicazioni di legge che avevano portato la Corte di cassazione ad annullare la prima sentenza. In tale ipotesi, se la seconda sentenza veniva impugnata per gli stessi motivi per cui era stata annullata la prima, la Corte di cassazione giudicava a sezioni unite, e l'autorità giudiziaria a cui veniva rinviata la causa – ed era in facoltà della Corte di rinviare in questo caso alla stessa autorità che aveva pronunciato la sentenza impugnata – era tenuta ad uniformarsi al punto di diritto così stabilito (art. 593).

Questa limitazione alla seconda sentenza della Cassazione della idoneità a vincere la «ribellione» del giudice di merito con la fissazione del principio di diritto vincolante per il giudice di rinvio è presente anche nel codice di procedura civile postunitario, il c.d. codice Pisanelli, promulgato nel 1865. Come il codice del 1859, il codice del 1865 riservava l'effetto vincolante per il rescissorio alla pronuncia *in iure* emessa dalla Corte a sezioni unite in sede di esame del secondo ricorso per Cassazione che fosse stato avanzato per le stesse ragioni per cui era stato proposto, ed accolto, un precedente ricorso per Cassazione (art. 547).

Tale sistema veniva definito della «doppia conforme», con espressione evidentemente

<sup>10</sup> S. Satta, C. Punzi, *Diritto processuale civile. Appendice di aggiornamento della tredicesima edizione*, Padova 2007, pp. 39 ss.

<sup>11</sup> Ivi, p. 41.

<sup>12</sup> P. Calamandrei, C. Furno, voce *Cassazione civile*, in *Novissimo digesto italiano*, II, Torino 1957, pp. 1052 ss.

allusiva alla circostanza che, per aversi un *dictum* vincolante per il giudice di rinvio sul punto di diritto (o «articolo», come preferiva dire l'art. 683 del codice di rito penale del 1865), occorre che la Suprema Corte lo affermasse due volte, enunciandolo a sezioni semplici e ribadendolo a sezioni unite<sup>13</sup>. Esso apparve, per lungo tempo, come un buon compromesso tra l'esigenza di tutelare la «libertà morale» della magistratura di merito, laddove risultava in grado di imporsi al giudice investito del rinvio soltanto una pronuncia delle sezioni unite chiamate a comporre, in qualità di massimo vertice giudiziario, un dissidio interpretativo in atto tra magistratura di merito e sezioni semplici, e l'ineludibile necessità, d'altro canto, di creare un collegamento tra la fase di cassazione e la fase di rinvio, senza gli inconvenienti dell'attesa di un intervento dirimente del legislatore secondo la nota procedura del *référé obligatoire*. Ma i limiti di un meccanismo implicante una duplicazione pressoché sistematica del controllo di legittimità furono al centro di vigorose polemiche che accompagnarono invariabilmente tutti i tentativi di revisione del processo civile che si susseguirono senza successo nell'arco della lunga vigenza del codice Pisanelli, prima che si giungesse, infine, solo nel 1940, a realizzare l'agognata riforma e, per quello che qui interessa, ad anticipare al primo rinvio l'effetto vincolante della pronuncia di annullamento della Suprema Corte.

### 3. La Cassazione nel codice di rito del 1940

Bisogna, dunque, giungere al codice di procedura del 1940 e alla legge sull'ordinamento giudiziario di cui al r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, che enuncia all'art. 65 il principio secondo cui «la Corte di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale e il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni», per vedere non solo proclamata la funzione nomofilattica della Corte<sup>14</sup>, ma anche fissata la regola per cui essa, quando accoglie il ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, «enuncia il principio di diritto al quale il giudice di rinvio deve uniformarsi»<sup>15</sup>.

Restava ferma l'eredità della tradizione francese per cui in nessun caso era concesso alle Corti di cassazione di conoscere *du fond des affaires* e quindi di giudicare nel merito: malgrado ciò, appare indubbio il rafforzamento, nella configurazione dell'organo di Cassazione all'interno del codice del '40, della funzione di giudice dell'impugnazione, che i costituenti francesi avevano tanto decisamente contrastato<sup>16</sup>.

La regola del vincolo del giudice di rinvio al *dictum* della Corte rappresenta, infatti, all'interno del nuovo codice, solo uno dei luoghi di emersione normativa, certo tra i più eloquenti, dell'accentuazione, nella configurazione dell'istituto della Cassazione, dei caratteri propri dell'impugnazione, in funzione della pressante esigenza di sfruttare l'istanza dinanzi al Supremo Collegio per un sindacato più pregnante anche a tutela dello *ius litigatoris*. Ciò è evidente già a livello della sistematica generale delle impugnazioni accolta dalla nuova legge processuale e della collocazione in seno ad essa del rimedio del ricorso per cassazione. Nel codice riformato, infatti, non veniva riprodotta la tradizionale

<sup>13</sup> E. Fazzalari, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano 1960, p. 158.

<sup>14</sup> Osserva E. Lupo, *Il ruolo della Cassazione: tradizione e mutamenti*, in corso di pubblicazione, par. 4, che la Costituzione della Repubblica italiana del 1948 ha conferito alla funzione di nomofilachia della Corte di cassazione un fondamento costituzionale.

<sup>15</sup> S. Satta, C. Punzi, *Diritto processuale civile. Appendice di aggiornamento della tredicesima edizione*, cit., p. 42.

<sup>16</sup> S. Satta, voce *Corte di cassazione*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano 1962, pp. 796 ss.

classificazione dei mezzi di impugnazione in ordinari e straordinari, che il codice Pisanelli del 1865 consacrava testualmente all'art. 465, ove il ricorso per Cassazione era inquadrato, accanto alla revocazione e all'opposizione del terzo, entro la categoria dei mezzi «straordinari» di impugnazione. La circostanza, poi, che al giudice di Cassazione fosse negata la possibilità di sospendere l'efficacia esecutiva della sentenza impugnata, possibilità che invece era riconosciuta in caso di revocazione e opposizione del terzo, in pratica delineava la Cassazione del sistema processuale civile post-unitario come «la più straordinaria delle impugnazioni straordinarie»<sup>17</sup>.

Questa impostazione cede il passo, nel codice del 1940, al sistema risultante dal combinato disposto degli artt. 323 e 324: da un lato, l'art. 323 c.p.c. esplicitamente qualifica il ricorso per cassazione come mezzo per impugnare le sentenze, accanto all'appello, alla revocazione e all'opposizione di terzo; dall'altro lato, l'art. 324, inserendo il ricorso per cassazione tra i rimedi la cui attuale esperibilità impedisce il passaggio in giudicato della sentenza, lo apparenta, nella determinazione della cosa giudicata formale, oltre che al regolamento di competenza e alla revocazione per i motivi di cui ai nn. 4 e 5 dell'art. 395 c.p.c., alla tipica impugnazione ordinaria, l'appello, facendo così vacillare la radicale contrapposizione che aveva da sempre connotato le configurazioni dogmatiche dell'appello e del giudizio per cassazione.

#### 4. Le riforme del giudizio di Cassazione dal 1990-1995 al 2009: tra superamento del divieto di conoscere *du fond des affaires* ed esaltazione della funzione nomofilattica

Riforme più recenti hanno investito il giudizio di cassazione segnando, da un lato, il superamento del divieto di conoscere «*du fond des affaires*», ed enfatizzando, dall'altro, la funzione nomofilattica della Corte di cassazione.

Quanto al primo aspetto, ormai affermato con il codice del 1940 il vincolo del giudice di rinvio al principio di diritto fissato dalla Cassazione, si era osservato da più parti che il rinvio ad altro giudice, che imponeva una quarta fase di giudizio, poteva risultare – specie in taluni casi – assolutamente superfluo<sup>18</sup>. Per risolvere questo inconveniente, che comportava un inutile allungamento dei tempi già biblici del processo civile, la riforma del 1990-1995 ha modificato l'art. 384 c.p.c., conferendo alla Corte di cassazione il potere di applicare direttamente, e senza rinvio ad altro giudice, il principio di diritto enunciato ai fatti già accertati dal giudice di merito, senza peraltro trasformare la Corte di cassazione in un terzo grado di giudizio anche di merito. Il potere di decidere la causa nel merito poteva infatti essere esercitato quando la Corte avesse accolto un ricorso proposto ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c., ritenendo non necessari ulteriori accertamenti di fatto.

Per quanto concerne l'altro aspetto, relativo alla funzione nomofilattica della Corte di cassazione, è stata la riforma introdotta dal legislatore del 2005-2006 a farsi carico proprio del compito di recuperare tale funzione. Inequivoco, in tal senso, l'*incipit* dell'art. 3, lett. a), l. 14 maggio 2005, n. 80, che affidava al legislatore delegato, utilizzando per la prima volta in una norma di legge una locuzione che fino ad allora era stata appannaggio degli accademici, l'incarico di «disciplinare il processo di cassazione in funzione *nomofilattica*»<sup>19</sup>.

Nel solco del recupero della nomofilachia infatti si pongono, secondo i *conditores* della Commissione che ha curato il progetto di riforma, le direttive della legge-delega relative al

<sup>17</sup> F. Cipriani, *Cassazione e revocazione nel sistema delle impugnazioni*, in "Foro italiano", 2001, I, pp. 591 ss.

<sup>18</sup> S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano 1962, II, p. 182, pp. 268 ss., spec. p. 275.

<sup>19</sup> E. Lupo, *Il ruolo della Cassazione: tradizione e mutamenti*, cit., par. 10.

principio di diritto, in merito al quale tre erano le fondamentali indicazioni somministrate al legislatore delegato.

In primo luogo, quella relativa alla necessità di prevedere «l'obbligo che il motivo di ricorso si chiuda, a pena di inammissibilità dello stesso, con la chiara enunciazione di un quesito di diritto». A tale direttiva era stata data attuazione con l'art. 6 d.lgs. n. 40/2006, e, quindi, con l'art. 366 *bis* c.p.c. (oggi soppresso), concernente la «formulazione dei motivi». In particolare, il primo comma dell'art. 366 *bis* c.p.c. precisava che ciascuno dei motivi di ricorso di cui all'art. 360, comma 1°, nn. 1, 2, 3 e 4, c.p.c. doveva concludersi, a pena di inammissibilità, con la formulazione di un «quesito di diritto» sottoposto alla Corte; cosicché, configurata la richiesta del ricorrente come un vero e proprio interrogativo, la Corte di cassazione era chiamata a rispondere enunciando il principio di diritto in qualche modo già massimato, o, quanto meno, a rispettare quel canone di specificità nella formulazione del principio di diritto già previsto dall'art. 143 disp. att. c.p.c., ma trascurato nella prassi.

La formulazione del «quesito di diritto», che aveva creato seri problemi in fase applicativa, è stata, tuttavia, eliminata con l'abrogazione dell'art. 366 *bis* effettuata dalla l. 18 giugno 2009, n. 69.

In secondo luogo, rileva la direttiva circa «l'enunciazione del principio di diritto, sia in caso di accoglimento, sia in caso di rigetto dell'impugnazione e con riferimento a tutti i motivi della decisione».

Il richiamo alla necessità di enunciare il principio di diritto «con riferimento a tutti i motivi di ricorso» poteva lasciar presumere la volontà del delegante di eliminare la tecnica dell'assorbimento per effetto di pronuncia resa su uno dei concorrenti motivi fondanti il ricorso<sup>20</sup>: di ciò, però, non si trova traccia nella nuova disciplina introdotta dal decreto delegato. L'indicazione è stata, invece, interpretata nell'altra direzione in cui si muoveva, e cioè nel senso di affidare alla Corte il compito di proclamare il principio di diritto non solo in occasione della censura di cui al n. 3 dell'art. 360 c.p.c., ma anche con riferimento agli altri motivi di ricorso contemplati nella stessa norma. Peraltro, l'attuazione della direttiva è stata realizzata in maniera sensatamente elastica, posto che, in base alla costruzione letterale del nuovo art. 384, attuata dall'art. 12 d.lgs. n. 40/2006, la Corte provvede all'enunciazione del principio di diritto non solo «quando decide il ricorso proposto a norma dell'articolo 360, primo comma, n. 3», ma anche «in ogni altro caso in cui, decidendo su altri motivi del ricorso, risolve una questione di diritto di particolare importanza». Pertanto la censura mossa in base al n. 3 dell'art. 360 è per la Corte suprema fonte di un obbligo *tout court* di enunciare il principio di diritto, mentre, per le altre censure, la pronuncia del principio giuridico è subordinata al requisito della «particolare importanza» della questione sottoposta alla Corte<sup>21</sup>. La prescrizione di far seguire l'enunciazione del principio di diritto, dunque, sia in caso di accoglimento che in caso di rigetto del ricorso, non solo più all'ipotesi in cui la Cassazione sia investita del ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, secondo quanto, almeno testualmente, proclamava il vecchio testo dell'art. 384, ma anche alle decisioni sugli altri motivi, è stata attuata assieme alla direttiva della l. n. 80/2005 circa «l'estensione delle ipotesi di decisione nel merito, possibile anche nel caso di violazione di norme processuali». Per effetto del rimaneggiamento dell'art. 384, infatti, la previsione del potere della Corte Suprema di decidere la causa nel merito, contenuta ora in un separato comma 2° dell'art. 384, risulta

<sup>20</sup> A. Tedoldi, *La delega sul procedimento di cassazione*, in «Rivista di diritto processuale», LX (2005), pp. 925 ss.

<sup>21</sup> B. Sassani, *Uno sguardo sul nuovo giudizio di cassazione*, in *www.judicium.it*, n. 12.

sganciata dal riferimento all'accoglimento del ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto.

Da ultimo, la riforma dell'istituto del ricorso nell'interesse della legge. Si tratta di un istituto che il legislatore del 1940 aveva ripreso dalla tradizione francese, ed inserito nell'art. 363 c.p.c., ove si prevedeva che il Procuratore generale presso la Corte di cassazione poteva proporre ricorso nell'interesse della legge quando le parti non avessero notificato il ricorso nei termini di legge o vi avessero rinunciato. La regola dell'art. 363, ult. comma, c.p.c. secondo cui dell'eventuale annullamento della sentenza le parti non potevano «giovarsi», valeva a confermare la centralità della funzione di tutela della «esatta osservanza» ed «uniforme interpretazione» del diritto attribuita alla Suprema Corte dall'art. 65 l. ord. giud.

Nella versione risultante a seguito della riforma del 2005/2006 il nuovo art. 363 esibisce la rubrica «Principio di diritto nell'interesse della legge»; ed il ricorso alla Suprema Corte da parte del Procuratore generale è divenuto proponibile non solo quando le parti non hanno proposto ricorso nei termini o vi hanno rinunciato, ma anche quando il provvedimento non è ricorribile in Cassazione e non è altrimenti impugnabile. È inoltre previsto che il principio di diritto possa essere pronunciato dalla Corte anche d'ufficio, quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, se la Corte ritiene che la questione decisa sia di particolare importanza<sup>22</sup>.

Qui l'intento del legislatore è stato chiaro: far sì che la Suprema Corte potesse esprimere i suoi principi di diritto anche in ordine a quelle materie che tradizionalmente le sono sottratte – come la materia cautelare e camerale – per la natura non definitiva dei relativi provvedimenti<sup>23</sup> o quando il suo giudizio risulti precluso per inammissibilità o per rinuncia delle parti.

La prescrizione della legge-delega era del resto esplicita, in tal senso, in quanto prevedeva il compito, per il legislatore delegato, di predisporre «meccanismi idonei, modellati sull'attuale articolo 363 del codice di procedura civile, a garantire l'esercitabilità della funzione nomofilattica della Corte di cassazione, anche nei casi di non ricorribilità del provvedimento ai sensi dell'articolo 111, comma 7°, della Costituzione».

Altra innovazione di grande importanza, dal punto di vista della valorizzazione della nomofilachia, su cui avrò modo di tornare tra breve, è l'introduzione del vincolo delle sezioni semplici ai principi di diritto già affermati, in occasione della decisione di precedenti ricorsi, dalle sezioni unite. Tale vincolo si ricava dalla regola introdotta nell'art. 374 c.p.c., secondo cui le sezioni semplici, se ritengono di non condividere tale principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, non possono giudicare affermando un principio difforme, ma devono rimettere alle sezioni unite, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso. Previsione, questa, che si aggancia a quella dell'art. 374, comma 2°, c.p.c., a norma del quale il Primo Presidente può disporre che la Corte pronunci a sezioni unite su questioni di diritto sulle quali è sorto un contrasto. Pertanto, ove la sezione semplice sia chiamata a decidere una questione sulla quale le sezioni unite hanno già enunciato un principio di diritto e prefiguri una propria decisione in contrasto con tale principio, è tenuta ad astenersi dalla pronuncia e ad investire le Sezioni Unite delle sue perplessità,

<sup>22</sup> G. Impagnatiello, *Principio di diritto nell'interesse della legge e funzione nomofilattica della Cassazione*, in "Giurisprudenza italiana", 2009, pp. 932 ss.

<sup>23</sup> C. Cecchella, *Il nuovo giudizio dinanzi alla Corte di cassazione*, in M. Bove, C. Cecchella, *Il nuovo processo civile*, Milano 2006, pp. 39 ss.; L.P. Comoglio, C. Ferri, M. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, IV ed., Bologna 2006, I, pp. 654 ss.

onde sollecitare un eventuale ripensamento della questione.

##### 5. La Corte di Cassazione nell'attuale stagione della «giurisprudenza creativa»

Il punto di arrivo di questo lungo *iter* che ha portato sino ai giorni nostri la Corte di cassazione, con un percorso che si è snodato attraverso quattro secoli e che ha preso le mosse dal «secolo dei lumi», dal tempo in cui la *Loi* veniva posta sugli altari, intangibile nella sua sacralità, può essere segnato da due pietre miliari, che sono state collocate in quest'ultimo turno di tempo.

Si tratta, da un lato, della vigorosa riaffermazione della capacità creativa della giurisprudenza, effettuata dalla Corte di cassazione e dalla proclamata legittimità dei *révirement* in materia di interpretazione di norme processuali, anche di fronte ad orientamenti giurisprudenziali, ormai consolidati da decenni.

E, dall'altro, del già accennato intervento legislativo sui rapporti tra sezioni semplici e sezioni unite della Corte di Cassazione, con la proclamazione dell'obbligo delle sezioni semplici di conformarsi al principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite.

Attraverso la considerazione e l'analisi di questi due aspetti è possibile ricostruire l'attuale ruolo della Corte di Cassazione e delineare in modo puntuale il modo in cui viene ad atteggiarsi la funzione nomofilattica della Corte.

A questo proposito, mi sembra opportuno, innanzi tutto, riprendere in esame il problema, da me già affrontato di recente, del *révirement*, del c.d. *overruling* della giurisprudenza della Cassazione<sup>24</sup>; e, in quest'ottica, mi sembra ineludibile fare riferimento al caso che ha suscitato massimo scalpore, sino a provocare la ribellione dei giudici di merito, il dissenso da parte delle sezioni semplici, rispetto al principio accolto dalle sezioni unite della Cassazione e addirittura l'immediato intervento del legislatore, che ha operato sia sulla norma incriminata, sia sul regime transitorio delle modifiche ad essa apportate.

Mi riferisco al caso dell'art. 645 c.p.c. che, disciplinando il regime processuale dell'opposizione a decreto ingiuntivo, stabiliva testualmente che «in seguito all'opposizione, il giudizio si svolge secondo le norme del procedimento ordinario, ma i termini di *comparizione* sono ridotti alla metà».

Orbene, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza 9 settembre 2010 n. 19246, contraddicendo un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato in settanta anni di applicazione del codice, secondo cui, quando l'opponente avesse fissato un termine ordinario e non ridotto per la comparizione dell'opposto, doveva essere osservato, per la costituzione in giudizio dello stesso opponente, il termine ordinario di dieci giorni e non quello ridotto, ha viceversa affermato, nella citata pronuncia del 2010, che l'opponente deve costituirsi in giudizio, *in ogni ipotesi*, nel termine ridotto di cinque giorni, anche quando abbia indicato nell'atto di citazione il termine di comparizione ordinario.

Con la conseguenza che, quando al termine di comparizione ordinario non consegua la costituzione in giudizio nel termine ridotto, l'opposizione deve essere dichiarata improcedibile. E l'ulteriore ovvia conseguenza, che siffatta improcedibilità deve essere pronunciata anche per le opposizioni già proposte con la costituzione in giudizio nel termine ordinario, alla stregua della precedente giurisprudenza consolidata.

Ho già avuto modo di osservare che era ben legittimo il sospetto che la Corte di cassazione avesse travalicato anche i limiti di un'interpretazione adeguatrice *secundum*

<sup>24</sup> C. Punzi, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione delle norme processuali*, cit., *passim*.

*Constitutionem*. Ed era ben legittimo poiché, nel caso di specie, la Corte Suprema non si era limitata ad un'interpretazione adeguatrice e sia pur evolutiva del precetto, ma era intervenuta sul testo dell'art. 645 c.p.c., manipolandone il contenuto.

E le perplessità maggiori sorsero per l'effetto devastante della dichiarazione di improcedibilità di giudizi di opposizione proposti prima dell'intervento delle Sezioni Unite, in linea con il vecchio orientamento giurisprudenziale.

È apparsa, quindi, pienamente giustificata la reazione dei giudici di merito<sup>25</sup> e della stesse sezioni semplici della Corte di cassazione<sup>26</sup>, nonché di gran parte della dottrina<sup>27</sup>.

E si deve aggiungere che, di fronte a questa situazione, è intervenuto anche il legislatore che, per evitare il perpetuarsi di dubbi in *subiecta materia*, ha inciso sullo stesso precetto normativo, con l. 29 dicembre 2011, n. 218, che ha soppresso dal secondo comma dell'art. 645 c.p.c. le parole: «ma i termini di comparizione sono ridotti a metà».

Nell'art. 2 della legge è contenuta, inoltre, una disposizione transitoria, relativa ai giudizi di opposizione proposti in precedenza, che, recuperando quello che era un principio consolidato nel diritto vivente di settanta anni di applicazione dell'art. 645 c.p.c. prevede appunto che «nei procedimenti precedenti alla data di entrata in vigore della presente legge, l'articolo 165, comma 1°, c.p.c. si interpreta nel senso che la riduzione del termine di costituzione dell'attore ivi prevista si applica, nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo, solo se l'opponente abbia assegnato all'opposto un termine di comparizione inferiore a quello di cui all'art. 163 *bis* primo comma, del medesimo codice»<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> V. App. Roma 7 novembre 2010 e Trib. Bologna 30 novembre 2010, in "Foro italiano", 2011, I, cc. 1548 ss., con nota di richiami di A.D. De Santis. Più ampiamente, si rileva a tal riguardo come i giudici di merito nazionali, essenzialmente non persuasi dall'*overruling* imposto dalla Suprema Corte nell'interpretazione dell'art. 645 c.p.c. e decisi a salvare per quanto possibile opposizioni a decreto ingiuntivo altrimenti improcedibili, abbiano immediatamente suggerito e praticato soluzioni applicative fondate di volta in volta su argomenti differenti, costantemente tesi ad eludere gli effetti della sentenza Cass., sez. un., 9 settembre 2010, n. 19246. Sul punto si vedano, ad esempio, Trib. Belluno 30 ottobre 2010, in "Giurisprudenza italiana", 2011, pp. 891 ss., con nota di B. Zuffi, *La non vincolatività dell'obiter dictum contenuto in Cass. n. 19246/2010 sulla dimidiazione automatica dei termini di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo*; Trib. Campobasso 9 novembre 2010, Trib. Verona 14 novembre 2010 e Trib. Nola 11 ottobre 2010, in *Corriere giur.* 2011, 687 ss., con nota di G. della Pietra, *Ciascuno a modo suo: la Cassazione, i giudici di merito e il termine d'iscrizione a ruolo dell'opposizione a decreto ingiuntivo*; Trib. Milano 7 ottobre 2010 e Trib. Varese 8 ottobre 2010, in "Corriere giuridico", 2010, pp. 1450 ss.

<sup>26</sup> Cfr. Cass. 22 marzo 2011 n. 6514, in "Foro italiano", 2011, I, p. 1035. In tale pronuncia la terza sezione della Suprema Corte, nel criticare l'approdo della sentenza delle Sezioni Unite n. 19246/2010, ha offerto sia argomenti relativi all'esigenza di equilibrare la posizione processuale dell'opponente rispetto all'opposto nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo sia osservazioni di ordine più generale in favore della stabilità delle interpretazioni di norme processuali. Nell'ordinanza di remissione, infatti, si legge che il Collegio rimettente della terza sezione, da un lato, ha ritenuto che la riduzione alla metà dei termini di costituzione dovesse ritenersi operante (tutt'al più) nei soli casi in cui l'opponente effettivamente si fosse avvalso del diritto di ridurre alla metà i termini di comparizione e, dall'altro, che «in subordine e in ogni caso, anche ammesso che si voglia confermare il principio enunciato» dalle Sezioni Unite, questo «non dovrebbe poter essere applicato ai processi svoltisi in data anteriore, allorché era consolidata una diversa interpretazione», in adesione a quella fondamentale declinazione del principio di legalità secondo cui «non è consentito cambiare le regole del gioco a partita già iniziata». La questione è stata peraltro superata dall'intervento della l. n. 218/2011 che con una disposizione transitoria ha precisato che la riduzione del termine di costituzione dell'opponente si applica solo se questi abbia assegnato all'opposto un termine di comparizione inferiore a quello dell'art. 163 *bis* c.p.c.

<sup>27</sup> Riferimenti in C. Punzi, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti di interpretazione di norme processuali*, cit., pp. 1348 ss.

<sup>28</sup> Ha preso atto di tale intervento legislativo Cass., sez. II, 16 febbraio 2012, n. 2242, che, in applicazione

## 6. Segue. Svolte giurisprudenziali e principio di affidamento

Orbene, come ho accennato, il problema non era o non è solo della legittimità della svolta giurisprudenziale, ma anche e soprattutto delle conseguenze dell'*overruling* sui giudizi proposti in passato e ancora pendenti<sup>29</sup>.

Ed è appunto su questo aspetto del problema che, come si è visto, è intervenuto il potere legislativo, incidendo sull'art. 645 c.p.c. e completando il suo intervento con la norma transitoria ora ricordata.

Ma un intervento del legislatore è essenziale e imprescindibile per evitare che una svolta giurisprudenziale determini lesioni irreparabili dei diritti delle parti?

Per rispondere a questo interrogativo è necessario affrontare un duplice problema: quello dell'efficacia della legge nel tempo e quello dell'incidenza dell'interpretazione sul dato normativo.

Quanto al primo problema è necessario far riferimento all'art. 11 disp. prel. cod. civ., ove si stabilisce che «la legge non ha effetto retroattivo», principio di non retroattività che ha ricevuto copertura costituzionale solo per la legge penale la quale, a norma dell'art. 25 Cost., è appunto applicabile solo per i fatti commessi in epoca successiva alla sua entrata in vigore.

Quanto al secondo, se si opta per la tesi che l'interpretazione del dato normativo non ne modifica la collocazione nel tempo si deve giungere alla conclusione che la legge, anche nella nuova interpretazione, vige ed è applicabile sin dal tempo della sua promulgazione. Sicché solo se si ritiene che la giurisprudenza innovativa costituisce una vera e propria fonte di diritto, dal che consegue che la nuova interpretazione della norma deve essere considerata alla stessa stregua della norma processuale sopravvenuta, si può giungere alla conclusione che, per la regola *tempus regit actum*, le norme create dalla giurisprudenza evolutiva non possono operare che per il futuro e cioè, come sancisce l'art. 25 Cost. a proposito delle leggi penali, sono applicabili solo per gli atti posti in essere in epoca successiva all'entrata in vigore del nuovo precetto normativo.

Ma, per giungere a siffatta conclusione si dovrebbero introdurre nel nostro sistema giuridico istituti che sono apparsi solo in altri ordinamenti.

Mi riferisco alla «*sumula vincolante*» dell'ordinamento brasiliano che, a partire dalla loro pubblicazione hanno effetto vincolante per tutti gli organi del potere giudiziario e dell'amministrazione pubblica, nonché all'*assento* dell'ordinamento portoghese<sup>30</sup>.

Tuttavia, in assenza di rimedi legislativi quali quelli ora ricordati, presenti in altri ordinamenti, non v'è altra possibilità che riconoscere l'insensibilità, rispetto alla «svolta» giurisprudenziale, al vero e proprio *overruling*, degli atti processuali compiuti secondo le forme e i termini previsti dal «diritto vivente» al momento in cui quegli atti sono stati compiuti.

È necessario, per ottenere tale risultato, riconoscere natura di nuove fonti normative alle «svolte» giurisprudenziali?

---

dell'art. 2, l. 29 dicembre 2011, n. 218, ha escluso la declaratoria di improcedibilità per un'opposizione a decreto ingiuntivo iscritta a ruolo oltre il quinto giorno successivo alla notificazione dell'atto di opposizione, senza assegnazione all'opposto di un termine ridotto di comparizione.

<sup>29</sup> Sul tema si vedano anche i contributi di G. Costantino, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in "Rivista di diritto processuale", LXVI (2011), pp. 1073 ss. e G. Ruffini, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e «giusto processo»*, *ibidem*, pp. 1390 ss.

<sup>30</sup> C. Punzi, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti di interpretazione di norme processuali*, cit., pp. 1352-1353.

Le perplessità di ordine teorico sull'assimilazione *quoad effectum* delle «svolte giurisprudenziali» alle nuove manifestazioni delle «fonti normative» elencate nell'art. 1 disp. prel. cod. civ. non può impedire di offrire una soluzione soddisfacente del problema.

Soluzione che tende non a snaturare ma ad esaltare il diritto vivente, e a legittimare il comportamento di chi vi ha fatto affidamento nel momento in cui ha operato e che non può essere penalizzato *ex post* per tale affidamento, allorquando vi sia con «svolta» ed *overruling*, un mutamento di quel «diritto vivente».

E fondamentale per evitare improvvise oscillazioni e dare un fondamento di «affidabilità» del diritto vivente può essere, a mio avviso, proprio il nuovo rapporto tra sezioni semplici e sezioni unite della Corte di cassazione e il valore vincolante dei principi di diritto accolti e formulati dalla sezioni unite, ai quali le sezioni semplici devono uniformarsi, con l'unica avvertenza, in caso di dissenso, di rimettere la questione di cui non condividono la soluzione offerta dalle sezioni unite a queste ultime, le uniche legittimate a modificare l'orientamento scelto in precedenza, che altro non è che il «diritto vivente» nel quale il cittadino ha diritto di far affidamento.