

## La nomofilachia nella dialettica tra Corte costituzionale e Corte di cassazione \*

di Luigi Salvato \*\*  
(9 novembre 2018)

1. Il tema della nomofilachia nella dialettica tra le due Corti involge anzitutto la nota, risalente, questione della funzione della Corte di cassazione, sintetizzabile nel dilemma del se il ricorso per cassazione costituisca essenzialmente garanzia individuale delle parti, ovvero costituisca un'occasione per assicurare la difesa dello *ius constitutionis* e del principio di eguaglianza.

Il segno dei tempi ha complicato tale dilemma, poiché l'attuale epoca è quella della post-modernità giuridica, caratterizzata (secondo la configurazione offertane da Paolo Grossi) dalla elasticità e fattualità, in cui primeggia la figura dell'interprete e rileva peculiarmente il piano dei fatti. Siffatti caratteri sembrano confortare la tesi di chi (Michele Taruffo) ipotizza che quello delle Corti supreme sia un «mito» ed auspica che venga privilegiata un'opzione orizzontale e sia preso atto del fatto che le stesse sono investite della facoltà di mettere fine, ma solo provvisoriamente, ad una discussione che è, tuttavia, ineluttabilmente «corale», in quanto condotta da tutti i giudici, essendo altresì la definizione di determinati aspetti prescrittivi del sistema normativo necessariamente magmatica o, se si vuole, in costante divenire.

Siffatta «coralità» implica un «dialogo» tra giudici, che è criterio di esercizio della funzione giurisdizionale, evocato soprattutto con riguardo allo scambio da realizzare tra giudici appartenenti a differenti Paesi, nel quadro del c.d. ordinamento multilivello, ma che deve connotare anche i rapporti tra giudici che fanno parte di uno stesso ordinamento statale.

Stabilire ragioni, contenuto e modalità della dialettica tra Corte costituzionale (CC) e Corte di cassazione (SC) richiederebbe di confrontarsi con tali due complessi temi, ciò che, ovviamente, non è possibile in questa sede (anche per ragioni di tempo). Mi limito quindi ad evidenziare alcune delle questioni poste dalle ricadute di tali problematiche sulla funzione nomofilattica e sulla dialettica tra le due Corti, per affidarle alla vostra riflessione.

Le questioni possono essere sintetizzate secondo il seguente schema:

a) in primo luogo, occorre chiedersi quale sia la concezione della CC in ordine al ruolo ed alla funzione della SC;

b) in secondo luogo, qualora si accerti centralità e rilevanza costituzionale della funzione nomofilattica, è necessario interrogarsi sulle ricadute della concezione che di questa ha la CC:

- sul versante interno della giurisdizione ordinaria, nei rapporti tra SC e giudici del merito;

- sull'*an* e sul *quomodo* della dialettica tra le due Corti;

c) in terzo luogo, non è inopportuno accennare ad alcune ricadute della specificità della funzione nomofilattica sulla modalità di funzionamento della SC, anche alla luce delle recenti innovazioni del rito civile.

---

\* Testo dell'intervento all'incontro organizzato dalla Struttura di formazione decentrata della Corte di cassazione il 9 novembre 2018, sul tema: "La nomofilachia nella dialettica Sezioni semplici-Sezioni unite e Cassazione-Corte costituzionale".

2. La prima di dette questioni può essere sintetizzata nella seguente domanda: qual è l'idea della CC in ordine al ruolo ed alla funzione della SC ?\_

Secondo una parte della dottrina, alcune pronunce hanno espresso un chiaro *favor* per il profilo dello *ius litigatoris* e tra queste, in particolare:

- la sentenza n. 29 del 1972, in quanto ha affermato che, in virtù della garanzia assicurata al cittadino dall'art. 111 Cost., «nessuna norma che, in contrario, restringa tale diritto, escludendolo in casi determinati, anche se a tutela di altre esigenze, può ritenersi conforme al dettato costituzionale»;

- la sentenza n. 26 del 1999, nella parte in cui ha rimarcato che «l'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti è essa stessa il contenuto di un diritto» fondamentale, di cui costituisce nucleo incompressibile l'impugnabilità con ricorso per cassazione;

- la sentenza n. 395 del 2000, laddove ha prefigurato «il diritto a fruire del controllo di legittimità riservato alla Corte Suprema, cioè *il diritto al processo in cassazione*», a cui può aggiungersi la sentenza n. 207 del 2009, che ha ribadito il giudizio di cassazione quale «rimedio costituzionalmente imposto».

Queste pronunce, secondo una certa interpretazione, potrebbero minare la convinzione che l'art. 111, settimo comma, Cost. risponda alla funzione nomofilattica, o almeno risponda solo ed in modo preponderante a tale funzione, prefigurando altresì ostacoli alla riforma della norma costituzionale.

**2.1.** Tale conclusione non mi sembra convincente, poiché altre sentenze della CC. rimarcano ed esaltano la funzione nomofilattica.

Con riguardo al profilo ordinamentale, sono rilevanti le pronunce secondo cui proprio detta funzione ed il rilievo costituzionale della SC spiegano e giustificano la relazione che esiste fra la posizione della stessa e lo *status* dei magistrati che vi svolgono la propria opera. La CC ha infatti affermato: le «leggi ordinarie non possono [...] disporre delle funzioni costituzionalmente riservate alla Corte di cassazione (in base all'[allora] 2° e 3° comma dell'art. 111); né possono [...] trascurare un siffatto motivo di diversità funzionale, nell'attribuire la qualifica di magistrato di Cassazione: tanto più che questi giudici vengono distintamente considerati dalla stessa Carta costituzionale (negli art. 106, 3° comma, e 135, 1° e 2° comma), con sicuro riferimento ai soli magistrati investiti delle corrispondenti funzioni (o già titolari di esse)» (sentenze n. 86 del 1982; n. 87 del 1982; n. 156 del 1982).

Relativamente al profilo della funzione svolta dalla SC vanno ricordate:

- le pronunce che hanno elaborato la teoria del «diritto vivente», ascrivendone la formazione esclusivamente alla Corte di cassazione (cui accennerò di seguito);

- la sentenza n. 98 del 2008, che ha deciso la questione di legittimità costituzionale della norma che ha reso appellabile la sentenza che decide l'opposizione avverso il provvedimento che irroga una sanzione amministrativa, perché ha posto in rilievo sia la funzione nomofilattica, sia l'esigenza di rivitalizzarla;

- infine, tra le più recenti, oserei dire quasi dirimente, la sentenza n. 119 del 2015 (sulla disciplina del servizio civile), la quale ha riconosciuto la legittimazione delle S.U. a sollevare questione di legittimità costituzionale anche quando il ricorso sia inammissibile, ma esse ritengano di enunciare il principio di diritto ex art. 363 c.p.c., legittimazione affermata proprio valorizzando la funzione nomofilattica svolta dalla Corte di cassazione e sottolineando che «costituisce [...] espressione di una giurisdizione che è (anche) di diritto oggettivo».

Pertanto, riterrei che la CC ha riconosciuto centralità e rilevanza costituzionale della funzione nomofilattica. Tale funzione, benchè espressamente riservata alla Corte di cassazione da una norma precostituzionale (l'art. 65 ord. giud.) ha, inoltre, precisa

rilevanza costituzionale anche perché costituisce uno degli essenziali presidi del principio di eguaglianza, leso da interpretazioni discordanti, in difetto di un organo che a queste ponga rimedio, e ciò ancora più in uno stadio dell'evoluzione caratterizzato dal moltiplicarsi delle fonti conseguente al policentrismo dell'ordinamento interno ed all'affermarsi del c.d. ordinamento multilivello.

3. Il riconoscimento della specificità e della rilevanza costituzionale della funzione nomofilattica induce ad interrogarsi sulla configurazione offertane dalla CC e sulle ricadute della stessa:

a) all'interno della giurisdizione ordinaria;

b) sulla dialettica tra Corte costituzionale e Corte di cassazione.

L'interrogativo rinviene la sua radice nella nota differenza tra disposizione e norma, che è alla base della configurazione dell'interpretazione adeguatrice quale requisito di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale e della teorica del «diritto vivente», profili entrambi rilevanti nell'identificazione del contenuto e degli effetti della funzione nomofilattica.

4. La teorica del «diritto vivente» origina, come è noto, dalla distinzione tra disposizione e norma; il sintagma è stato utilizzato, per la prima volta, nella sentenza n. 276 del 1974, per definire «il "sistema giurisprudenziale" formatosi nel difetto di espresse disposizioni».

Posta tale nozione, l'accertamento delle ricadute di tale teorica sul versante interno alla giurisdizione ordinaria richiede di rispondere alla seguente domanda: chi esprime il «diritto vivente»?

La risposta è, in primo luogo, che, *ai fini della formazione ed identificazione del «diritto vivente»*, non rilevano gli orientamenti espressi dalla dottrina. Una delle prime sentenze successive a quella del 1974, la sentenza n. 71 del 1979, sottolineando che della disposizione censurata «dottrina e giurisprudenza pressoché univoche» avevano fornito una data esegesi, sembrava aprire alla possibile rilevanza delle interpretazioni della dottrina, con approccio riscontrabile in analoghi incisi contenuti nelle sentenze n. 184 del 1986 e n. 92 del 1982, soprattutto laddove quest'ultima evidenziava che in ordine al sollevato problema interpretativo in esame non esiste «un'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale (c.d. "diritto vivente")».

La successiva giurisprudenza costituzionale ha abbandonato tale approccio ed ha costantemente affermato che, in presenza di uno stabile orientamento della Corte di cassazione, non può venire in rilievo una contraria esegesi offerta dalla dottrina, al fine di negare l'esistenza di un «diritto vivente» (così a partire dalle sentenze 120 del 1984, n. 190 del 1985). Isolata sembrerebbe dunque l'ordinanza n. 237 del 2001, comunque significativa perché emblematica del carattere ineluttabilmente dinamico dell'interpretazione, laddove sembrava ridare rilevanza all'esegesi della dottrina, in quanto negava l'esistenza di un «diritto vivente» sulla norma censurata anche sottolineando: la stessa «non ha finora ricevuto dalla giurisprudenza e dalla dottrina un'interpretazione univoca».

In secondo luogo, secondo la giurisprudenza costituzionale, *ai fini dell'esistenza del «diritto vivente» non rilevano gli orientamenti della giurisprudenza di merito.*

Fatta eccezione per l'oramai risalente sentenza n. 33 del 1981, forse diversamente orientata, è divenuta infatti costante l'affermazione dell'irrelevanza degli indirizzi espressi dai giudici di merito. In tal senso, esemplificativamente, tra le tante, vanno ricordate le sentenze n. 1 del 2002 e n. 78 del 2012 (quest'ultima, per la seguente, chiara,

precisazione: «Fermo il punto che alcune pronunzie adottate in sede di merito non sono idonee ad integrare un “diritto vivente”»).

La giurisprudenza di merito è stata valorizzata soltanto a conforto del carattere di «diritto vivente» riconosciuto ad una sola pronuncia della Corte di cassazione (sentenza n. 25 del 1984), ovvero all'indirizzo espresso da quest'ultima (ordinanza n. 463 del 2002).

Da ultimo, per la rilevanza della sola giurisprudenza di legittimità, è sufficiente richiamare, nel 2018, le sentenze n. 188 e n. 135.

Il principio è dunque: per la Corte costituzionale sussiste un «diritto vivente» soltanto in presenza di un orientamento espresso dalla Corte di cassazione.

Su tale principio non influiscono, in primo luogo, il più volte ribadito potere-dovere della CC di procedere alla ricognizione degli indirizzi espressi dal giudice della nomofilachia, allo scopo di accertare se e quando presentino i caratteri necessari a farli ritenere appunto espressivi di un «diritto vivente» (sentenze n. 210 del 1992; n. 171 del 1996; sentenza n. 336 del 2002, «A ben vedere, però, l'asserito diritto vivente si sostanzia in poche pronunce del giudice di legittimità, delle quali quelle più recenti [...] fanno propri in modo acritico principi enunciati in sentenze risalenti a circa mezzo secolo [...])»).

In secondo luogo, talune incertezze in ordine ai presupposti del «diritto vivente», conseguenti alla mancata precisazione dei caratteri che permettono di ritenerlo esistente, quanto al numero delle pronunce (sentenze n. 192 del 2005; n. 64 del 1998; n. 171 del 1996; sentenza n. 336 del 2002, per l'irrelevanza di «poche pronunce») ed alla possibile rilevanza di un contrasto in seno alla giurisprudenza di legittimità (sentenza n. 379 del 1995), essendosi talora la CC limitata ad affermare la necessità che l'orientamento sia connotato da «caratteri di costanza e ripetizione», senza procedere ad un più puntuale identificazione dello stesso (sentenza n. 242 del 2008).

La CC non ha, comunque, avuto incertezze nel ritenere che, in presenza di pronunce delle Sezioni unite, sussiste un «diritto vivente» (ordinanza n. 54 del 2005 e, da ultimo, sentenza n. 105 del 2018), giudicando sufficiente anche una sola sentenza (sentenza n. 379 del 2000; sentenza n. 338 del 2011: «le Sezioni Unite civili della Corte di cassazione hanno ritenuto, nell'esercizio della propria funzione nomofilattica, di cui questa Corte deve tenere conto, di superare [...] il contrasto», costituendo «siffatta interpretazione [...] “diritto vivente”»; analogamente, sentenza n. 220 del 2015).

**4.1.** La teorica del «diritto vivente» concorre a dare preciso contenuto alla funzione nomofilattica e rileva sul versante interno alla giurisdizione ordinaria. Fermo infatti il principio della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.), essa segna il confine della libertà interpretativa del giudice *comune*, almeno con riguardo alle questioni di costituzionalità, posto che secondo la CC:

x/ in presenza di un diritto vivente, in grado di escludere dubbi di legittimità costituzionale, il giudice deve attenersi ad esso e resta privato della facoltà di offrire della disposizione una differente esegesi (sentenza n. 239 del 2009);

y/ in presenza di un diritto vivente che il giudice ritiene contrario alla Costituzione egli:

- ha la facoltà di tentare comunque l'interpretazione adeguatrice;
- ha la facoltà di sollevare questione di l.c., assumendo appunto il «diritto vivente» come lesivo di dati parametri costituzionali (ordinanze n. 201 del 2015, n. 242 del 2014)

**4.2.** Questo breve *excursus*, con riguardo al versante interno alla giurisdizione ordinaria, autorizza le seguenti conclusioni:

a/ è certo che la funzione nomofilattica spetta solo ed esclusivamente alla Corte di cassazione;

b) benché non esista nel nostro ordinamento un obbligo per il giudice di merito di conformarsi agli orientamenti della Corte di cassazione (salvo che nel giudizio di rinvio), la teorica del «diritto vivente» permette comunque di evidenziare un vincolo che da questa deriva, nei termini che ho precisato, almeno con riguardo alle questioni di costituzionalità.

5. Passando alle ricadute della funzione nomofilattica sulla dialettica CC-SC, le stesse chiedono di dare risposta alla seguente domanda: l'attribuzione alla SC della funzione nomofilattica implica in capo a questa una sorta di monopolio interpretativo della norma ordinaria, che valga anche a tracciare i confini delle funzioni della CC ?

Si tratta di questione risalente, al punto che è stata affrontata da subito dalla CC, sin dalla sentenza n. 3 del 1956, che sottolineava: «la corte, pur ritenendo di potere e di dovere interpretare con autonomia di giudizio e di orientamenti e la norma costituzionale che si assume violata e la norma ordinaria che si accusi di violazione, *non può non tenere il debito conto di una costante interpretazione giurisprudenziale che conferisca al precetto legislativo il suo effettivo valore nella vita giuridica*, se è vero, come è vero, che le norme sono non quali appaiono in astratto, ma quali sono applicate nella quotidiana opera del giudice, intesa a renderle concrete ed efficaci».

La regola era dunque: negazione del monopolio interpretativo della norma ordinaria in capo alla SC, bilanciata dall'attenzione alle esegesi offerte da quest'ultima.

La naturale difficoltà insita nell'applicazione del criterio del bilanciamento era accresciuta dal potere della CC di procedere anch'essa all'interpretazione adeguatrice e dalla questione dell'efficacia per il giudice *comune* delle sentenze interpretative. Sicura riprova di tali difficoltà è data dalla constatazione che la dialettica tra le Corti è stata assai intensa, ma anche caratterizzata da alcuni contrasti, divenuti evidenti in cinque occasioni. I contrasti sono caratterizzati ed accomunati dalla circostanza che originano dal fatto che, sollevata questione di legittimità costituzionale, la stessa era decisa dalla CC con una pronuncia interpretativa di rigetto che, tuttavia, non veniva recepita da parte della SC e, risolta dunque la questione, la CC dichiarava l'illegittimità costituzionale della norma.

5.1. Il primo contrasto risale addirittura al 1956, e maturò nell'interpretazione dell'art. 2 della legge di P.S. Offerta dalla sentenza n. 8 del 1956 un'interpretazione che escludeva il vizio denunciato, a seguito del mancato recepimento della stessa e della riproposizione della questione, la CC, con la sentenza n. 26 del 1961, dichiarò la norma costituzionalmente illegittima.

Il secondo contrasto ebbe ad oggetto l'interpretazione dell'art. 392 c.p.p. e l'applicabilità delle garanzie difensive nell'istruttoria sommaria, negata dalla Cassazione, anche a S.U. Tuttavia, la CC, con la sentenza n. 11 del 1965, ritenne praticabile l'interpretazione adeguatrice, significativamente affermando: «Stabilire infatti quale sia il contenuto della norma impugnata è inderogabile presupposto del giudizio di legittimità costituzionale; ma esso appartiene al giudizio della Corte». Le parole erano chiare nel senso dell'inesistenza di una sorta di monopolio interpretativo della norma da parte della Corte di legittimità e, coerentemente con tale assunto, la Corte costituzionale pronunciò una sentenza interpretativa di rigetto. Nondimeno, a fronte della diversa esegesi che continuava ad essere offerta della norma indubbiata, risolta la questione, la CC, con la sentenza n. 52 del 1965, dichiarò costituzionalmente illegittima la norma. Quest'ultima pronuncia diede poi origine ad un ulteriore, successivo, contrasto in ordine all'efficacia retroattiva della dichiarazione di illegittimità costituzionale, negata dalle Sezioni Unite penali della Corte di cassazione, sul quale la CC realizzò una sorta di arretramento, precisando che la questione involgeva un problema eminentemente interpretativo, non di

legittimità costituzionale, riservato, appunto perché tale, ai giudici *comuni* (sentenza n. 49 del 1970).

Il terzo contrasto risale alla fine degli anni '60 e maturò sulla questione della natura amministrativa o giurisdizionale delle competenze attribuite alle Commissioni comunali per i tributi locali, risolto dalla Corte costituzionale accogliendo la prima opzione, in contrasto con la tesi sostenuta dalla Corte di cassazione (sentenza n. 6 del 1969).

Questi primi tre contrasti sono temporalmente significativi, poiché rendono chiaro che con la teorica del «diritto vivente», esplicitata dalla sentenza n. 276 del 1974, la CC privilegiò l'opzione per un atteggiamento di *self restraint*, ritenendo di autolimitare la propria libertà interpretativa della disposizione, affermando che ad essa spetta accertare la legittimità costituzionale di una data norma, nel significato in cui questa vive, quale attribuitole dall'organo della nomofilachia.

La CC, con la sentenza n. 231 del 1986, giungerà ad affermare che il criterio che governa il riparto del potere interpretativo tra le due Corti è direttamente stabilito dalla Costituzione: «Come questa Corte non può sovrapporsi alla Corte di Cassazione, cui compete ai sensi dell'art. 111 comma secondo Cost. la filachia delle norme sottordinate, nell'applicazione dei criteri dettati nell'art. 14 disp. prelim. c.c., così il "diritto vivente", quale risulta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, non preclude a questa Corte il vaglio delle norme sottordinate, che ne han formato oggetto, alla stregua della Carta costituzionale».

Nondimeno, il fuoco covava sotto la cenere, come è desumibile anche dalla circostanza che alcune pronunce avevano comunque tenuto fermo il potere di controllare la correttezza dell'interpretazione assunta a diritto vivente (sentenze n. 33 del 1981 e n. 202 del 1985). Alla fine degli anni '90 maturò infatti un quarto, più lungo (e, forse, aspro) contrasto, avente ad oggetto l'interpretazione di norme del codice di rito penale, in riferimento ad una complessa questione in materia di computo del termine di custodia cautelare.

Per quanto qui interessa, in estrema sintesi: la CC offrì della norma censurata un'interpretazione adeguatrice, nonostante la diversa opzione espressa dalla Cassazione (sentenza n. 292 del 1998); risolta la questione, la CC pronunciò tre ordinanze di manifesta infondatezza (n. 249 del 1999; n. 214 del 2000; n. 529 del 2000).

Il contrasto si radicalizzò, quando la questione fu nuovamente sollevata, questa volta dalle Sezioni unite penali, e la CC, con l'ordinanza n. 243 del 2003 (ribadita dalla n. 335 dello stesso anno), affrontò espressamente la questione dell'ambito del potere interpretativo spettante ad essa ed alla Corte di cassazione. Non è necessario approfondire termini e contenuto della complessa questione affrontata, ma è sufficiente ricordare che la CC, nella parte conclusiva dell'ordinanza che dichiarava la manifesta inammissibilità della questione, anche con toni abbastanza forti, sottolineò: «tanto meno può essere ritenuto ammissibile un simile approccio alla giustizia costituzionale se si considera che l'ordinanza delle sezioni unite, oltre ad apparire perplessa (in una motivazione tutta protesa, nella sostanza, a dimostrare l'infondatezza della questione, il denunciato contrasto si riduce ad un laconico "forse")», *si chiude con l'esplicito invito al "rispetto delle reciproche attribuzioni", come se a questa Corte fosse consentito affermare i principi costituzionali soltanto attraverso sentenze caducatorie e le fosse negato, in altri tipi di pronunce, interpretare le leggi alla luce della Costituzione».*

Il conflitto è stato poi composto dalla sentenza n. 299 del 2005, con cui la Corte costituzionale, da un canto, ha rivendicato e riaffermato il proprio potere di astenersi dal dichiarare l'illegittimità costituzionale di una disposizione, quando sia possibile ricavare dalla stessa una norma conforme alla Costituzione; dall'altro, ha affermato che «l'indirizzo

delle sezioni unite debba ritenersi oramai consolidato, sì da costituire diritto vivente, rispetto al quale non sono più proponibili decisioni interpretative».

Nonostante tutto, la teorica del «diritto vivente» sembrava alla fine avere funzionato, come dimostrato da sentenze successive a tale quarto contrasto, in particolare da quella con cui la CC aveva affermato: «In presenza di tale “diritto vivente”, questa Corte non ha la possibilità di proporre differenti soluzioni interpretative [...], ma deve limitarsi a stabilire se lo stesso sia o meno conforme ai principi costituzionali» (sentenza n. 266 del 2006).

Senonché, alla fine dello scorso decennio è maturato un quinto contrasto, questa volta però, per così dire, alla rovescia rispetto allo schema sopra delineato.

Il riferimento è alla questione concernente la c.d. *translatio iudicii* nel caso in cui venga adito un giudice privo di giurisdizione. Le Sezioni Unite civili della Corte di cassazione, con la sentenza 22 febbraio 2007, n. 4109, innovando un orientamento pluridecennale, affermarono infatti l'applicabilità della regola della *translatio iudicii*, nei termini precisati nella pronuncia, che qui non interessa ricordare.

La Corte costituzionale, con la sentenza 12 marzo 2007, n. 77 (significativamente pronunciata meno di un mese dopo l'arresto della SC), affermò invece: «ove fossero condivisibili gli argomenti che hanno indotto le sezioni unite ad esprimere tale opinione, questa Corte dovrebbe dichiarare inammissibile la questione in esame per non avere il giudice *a quo* nemmeno tentato di dare una lettura costituzionalmente orientata della norma censurata». Negata l'ammissibilità dell'interpretazione adeguatrice, praticata invece dalle S.U., la sentenza dichiarò costituzionalmente illegittima la norma impugnata, impeditiva della *translatio*. La sentenza n. 77 del 2007 realizzava, peraltro, un chiaro (benché non esplicitato) *revirement* sulla questione dei limiti dell'interpretazione adeguatrice, se solo si considera che la CC soltanto pochi mesi prima, in altro giudizio pure concernente una norma del codice di rito civile, aveva invece accolto una concezione peculiarmente ampia dell'interpretazione costituzionalmente orientata, reputandola ammissibile anche nel caso in cui è in contrasto con la lettera della disposizione (sentenza n. 343 del 2006).

**5.2.** Dopo questa pronuncia, è sembrato riemergere il *self restraint* della CC, in quanto questa ha affermato: qualora un pregresso contrasto giurisprudenziale sia stato composto dalle Sezioni Unite, «siffatta [ultima] interpretazione costituisce, pertanto, “diritto vivente”, del quale si deve accertare la compatibilità con i parametri costituzionali», ed in ciò consiste e si esaurisce la funzione della CC (sentenza n. 338 del 2011; analogamente, sentenza n. 230 del 2012, secondo cui «in presenza di un indirizzo giurisprudenziale costante o, comunque, ampiamente condiviso – specie se consacrato in una decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione – la Corte costituzionale assume la disposizione censurata nel significato in cui essa attualmente «vive» nell'applicazione giudiziale», ferma la facoltà e non l'obbligo del giudice rimettente di conformarsi ad esso nei termini e nei limiti sopra ricordati).

Nondimeno, se si considera che:

- la CC ha mantenuto fermo il proprio potere di identificare i presupposti del «diritto vivente» e la sua stessa esistenza (sentenza n. 147 del 2008) e, quindi, di procedere a questo scopo alla ricognizione degli indirizzi espressi dal giudice della nomofilachia (sentenze n. 210 del 1992; n. 171 del 1996; n. 336 del 2002, quest'ultima per la seguente, significativa, precisazione: «A ben vedere, però, l'asserito diritto vivente si sostanzia in poche pronunce del giudice di legittimità, delle quali quelle più recenti [...] fanno propri in modo acritico principi enunciati in sentenze risalenti a circa mezzo secolo [...])»;

- secondo la CC, «la “vivenza” della norma [costituisce] una vicenda per definizione aperta» (sentenza n. 142 del 2014),

risulta chiaro che si tratta di questione tuttora 'aperta', come è dimostrato, tra l'altro, avendo riguardo agli anni più recenti, dalla sentenza n. 223 del 2013 (che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 819-ter, secondo comma, c.p.c., nonostante un'interpretazione adeguatrice offerta dalla Corte di cassazione) e dalla sentenza n. 3 del 2015 (sulla questione della decorrenza del termine lungo di impugnazione della sentenza civile, espressiva di una difficoltà di interpretazione della stessa nozione di diritto vivente).

Nuovi, ancora inesplorati, profili in ordine al contenuto del potere interpretativo delle due Corti ed alla dialettica tra le stesse emergono, infine, dalla recente sentenza della CC n. 6 del 2018 che, nell'interpretare l'art. 111, u.c., Cost e la nozione di «motivi inerenti alla giurisdizione» denunciabile con il ricorso avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, ne ha offerto una nozione restrittiva, in dissonanza rispetto ad un orientamento della SC, dando adito a molteplici interrogativi (dei quali non è qui possibile neppure fare mero cenno) in ordine all'efficacia vincolante di tale arresto ed al modo ed all'esito di un dialogo tra le Corti su tale questione, sul quale potrebbe anche, eventualmente, incidere la necessità di stabilire se su di esso possano influire le norme dell'UE.

**5.3.** La dialettica CC-SC, nel quadro della riconosciuta specificità e rilevanza costituzionale della funzione nomofilattica e della teorica del «diritto vivente», quale regola di composizione dei rapporti tra le Corti, si presenta viepiù complessa ed 'aperta':

a) per la 'riscoperta' dell'efficacia vincolante della lettera della legge, dopo anni in cui la stessa sembrava divenuta recessiva. Il riferimento, tra le molte, è alle sentenze n. 241 e n. 218 del 2017 (entrambe affermano che se il «dato letterale» è univoco, non è ammissibile l'interpretazione orientata) n. 36 del 2016 («L'obbligo di addivenire ad un'interpretazione conforme alla Costituzione cede il passo all'incidente di legittimità costituzionale ogni qual volta essa sia incompatibile con il disposto letterale della disposizione») e n. 91 del 2013 («l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale»);

b) in considerazione dell'evoluzione che sembra connotare l'interpretazione adeguatrice. La CC, in parte rimeditando il principio enunciato dalla sentenza n. 356 del 1996, ha infatti affermato che «la possibilità di un'interpretazione alternativa, che il giudice *a quo* non ha ritenuto di fare propria, non riveste alcun significativo rilievo ai fini del rispetto delle regole del processo costituzionale, in quanto la verifica dell'esistenza e della legittimità di tale ulteriore interpretazione è questione che attiene al merito della controversia, e non alla sua ammissibilità» (sentenza n. 219 del 2016; analogamente, sentenze n. 113 e n. 3 del 2015; ordinanza n. 92 del 2015).

La sentenza n. 42 del 2017 ha poi significativamente sottolineato: «Se, dunque, "le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne)" (sentenza n. 356 del 1996), ciò non significa che, ove sia improbabile o difficile prospettarne un'interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere scrutinata nel merito. Anzi, tale scrutinio, ricorrendo le predette condizioni, si rivela, come nella specie, necessario, pure solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile». La pronuncia ha, dunque, privilegiato il criterio della «improbabilità o difficoltà» di fornire un'interpretazione costituzionalmente adeguata.

Dirimente a segnare quella che mi sembra comunque una novità è la sentenza n. 77 del 2018, avente ad oggetto l'art. 92 c.p.c. e la disciplina delle spese processuali, laddove afferma, nel § 5 del Considerato, nel decidere l'eccezione di inammissibilità dell'interveniente: «Tanto è sufficiente per ritenere l'ammissibilità della questione, *anche in*



*ragione della più recente giurisprudenza di questa Corte* che ha affermato se è vero che le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime «perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne)», *ciò però non significa che «ove sia improbabile o difficile prospettare un'interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere scrutinata nel merito».*

L'interpretazione adeguatrice non è dunque requisito di ammissibilità, qualora questa sia improbabile o difficile, aggettivi di contenuto indeterminato, che rendono più complessa l'esatta identificazione del suo contenuto.

**6.** Resta, infine, l'ultima delle questioni sopra accennate: quali sono le ricadute della rilevanza della funzione nomofilattica e della dialettica tra le Corti delle novità processuali, con particolare riguardo al processo civile ?

Anche questo tema richiederebbe specifica trattazione e, di necessità, devo limitarmi a formulare quattro dei molti interrogativi ipotizzabili (alcuni palesemente retorici) che, forse, possono rivestire particolare interesse per colleghi da poco investiti delle funzioni di legittimità.

Tali interrogativi possono essere così sintetizzati:

y] avendo riguardo all'attività svolta della VI Sezione civile, le pronunce da questa rese non dovrebbero, per definizione, ritenersi prive di rilevanza nomofilattica ? Se così fosse, non sarebbe necessario delimitare ulteriormente l'obbligo di motivazione (anche verificando *an* e *quomodo* della compatibilità di detta limitazione con i precetti del d.lgs. n. 109 del 2006), ma anche definire più restrittivamente i presupposti della massimazione delle pronunce dalla stessa emesse, allo scopo di evitare che creino 'rumore' nell'archivio ed alimentino possibili equivoci ?

y.1] La struttura e la *ratio* del rito camerale sono compatibili con l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge a norma dell'art. 363, terzo comma, c.p.c., che presuppone la particolare importanza della questione giuridica esaminata? Riterrei di propendere per l'incompatibilità, come affermato in relazione al 380 *bis* c.p.c da Cass. n. 5565 del 2018 e n. 28327 del 2009, ma negato da Cass. n. 11185 del 2011.

y.2] La rilevanza della funzione nomofilattica non impone, forse, una particolare attenzione alla possibilità di correggere l'eventuale assegnazione alla sede camerale, mediante rinvio della trattazione all'UP, qualora il Collegio accerti la rilevanza della questione ? Il contrasto maturato sul punto, essenzialmente tra la I Sezione e le altre Sezioni civile, può ritenersi composto dalle SU, che hanno ritenuto applicabile il rito camerale anche alle SU ed ammissibile la trasformazione. Nondimeno, mi limito a segnalare che la discrezionalità spettante al Collegio in punto di mutamento del rito - per quanto ampia, come ritenuto dalle S.U. - non esclude tuttavia che la stessa, per non trasmodare in arbitrio, debba essere esercitata nell'osservanza di precisi parametri, il cui contenuto va identificato avendo riguardo alla finalità ed alle ragioni della previsione del nuovo rito camerale di legittimità ed al mantenimento del procedimento in pubblica udienza. Inoltre, non dovrebbe essere dimenticato che è stato sottoscritto un Protocollo d'intesa del 15 dicembre 2016 tra la Corte di Cassazione, il C.N.F. e l'Avvocatura Generale dello Stato che, da un canto, ha rimarcato che la distinzione del rito «si impernia sulla distinzione tra giudizi che hanno valenza nomofilattica, destinati alla trattazione nella pubblica udienza, e giudizi privi di tale carattere»; dall'altro ha espressamente regolato l'istanza di mutamento. Si tratta allora di capire se e quale senso abbiano questi protocolli, la cui importanza potrebbe risultare allora eccessivamente enfatizzata.

y.3] La rilevanza della funzione nomofilattica, nei termini dianzi accennati, non concorre ad evidenziare imprescindibilità ed importanza dei compiti attribuiti nel giudizio

civile all'Ufficio della Procura Generale presso la Corte di cassazione ? La risposta mi sembrerebbe scontata, anche in vista dell'obiettivo di coerenza con gli ordinamenti sovranazionali e perché tale intervento costituisce una delle modalità con cui l'ordinamento soddisfa l'immanente necessità di attribuire ad una parte pubblica il compito di fornire, al di là degli interessi dei litiganti, ogni elemento utile per la corretta applicazione della legge, garantendo una formazione dialettica del giudizio che, in considerazione del contenuto e della finalità di detta funzione, deve prescindere dagli interessi specifici di questi ultimi.

Al riguardo, nel senso del rafforzamento di tale intervento, va ricordato che le S.U., di recente, hanno ritenuto ammissibile il deposito da parte del P.M. di una requisitoria scritta nelle cause chiamate alla pubblica udienza che, da un canto, garantisce appieno ed al meglio il contraddittorio ed il diritto di difesa; dall'altro, rafforza la finalità dell'intervento. Peraltro, mi sembra opportuno ricordare che l'importanza di assicurare alle parti uno *spatium deliberandi* per ponderare la richiesta del P.M. era stata bene evidenziata dal prof. Consolo (in uno scritto pubblicato in *Questione Giustizia* del 2017). Egli proponeva, infatti, che «i giudizi in udienza vengano chiamati per gruppetti di 4-5 per le relazioni e soprattutto per le conclusioni dei Procuratori generali che parlano finalmente per primi (ma avanti a difensori rimasti fino ad allora "al buio"), sì che i patroni non vengano presi del tutto alla sprovvista, possano dunque consultare le loro carte, fare rapide scelte collegiali». La soluzione realizzata dalle S.U. ha quindi soddisfatto precise esigenze delle parti, e ciò ha fatto con un'interpretazione costituzionalmente orientata, nel migliore dei modi e dando attuazione ai principi del giusto processo.

7. I problemi, e mi avvio alla conclusione, sono molti; non molte sono invece le certezze.

Tuttavia, riterrei pacifico almeno che l'opera delle due Corti è complementare nella gestione di un complesso meccanismo costituzionale di controllo delle dinamiche evolutive dell'ordinamento giuridico. Tale gestione si svolge attraverso una costante e continua dialettica, fatta di piccoli passi, di taluni contrasti ed anche di ripensamenti. Tutto ciò non può spaventare o scoraggiare, poiché costituisce il naturale portato di una scienza non esatta qual è quella giuridica, che si sviluppa attraverso un confronto continuo, in un percorso senza fine, all'interno di un ordinamento che vede la Costituzione quale centro cui tutto deve convergere, nell'osservanza delle regole della dialettica, del confronto e del bilanciamento, e che inoltre ha inserito il nostro ordinamento in un quadro sovranazionale che ha arricchito di nuovi contenuti e di nuove dinamiche la «coralità» che connota l'esercizio della funzione giurisdizionale.

\*\* Avvocato Generale-Procura Generale presso la Corte di cassazione