GIUSTIZIA INSIEME

Ordinamento e organizzazione

La funzione nomofilattica della Corte di cassazione e l'indipendenza funzionale del giudice

di Aniello Nappi

15 marzo 2021

La funzione nomofilattica della Corte di cassazione e l'indipendenza funzionale del giudice

di Aniello Nappi

Nel novembre del 2019 l'Università degli studi di Milano ospitò un seminario sull'indipendenza della magistratura oggi, che affrontò anche il tema della nomofilachia, sollecitando in particolare una verifica dell'ipotesi che ci possa essere una contraddizione o quanto meno un rapporto dialettico tra la nomofilachia e l'indipendenza funzionale del giudice.

Ripropongo qui il testo della mia relazione, già pubblicata con gli atti del seminario.

Ci si domandò dunque quale indipendenza del giudice possa esserci di fronte alla nomofilachia; e quale nomofilachia possa esserci nei confronti di un giudice indipendente.

Tuttavia si constatò che, se consideriamo l'evoluzione storica dell'idea di nomofilachia, la prospettiva muta significativamente.

In realtà la nomofilachia nasce come strumento di sanzione contro la ribellione del giudice alla legge[1], in un contesto culturale nel quale si bandisce l'interpretazione, vietata dalla rivoluzione francese[2]. In un contesto del genere intendere la nomofilachia come orientamento della giurisprudenza sarebbe stata una contraddizione in termini. Lo sguardo non si volgeva affatto al

futuro, cui si guarda oggi quando si parla di nomofilachia. In quel contesto la nomofilachia ha solo lo scopo di sanzionare il giudice che oltrepassa i limiti della legge, perché tutto ciò che c'è da dire è detto già nella legge; e il giudice non deve dire nient'altro che quello che c'è scritto nella legge.

Questa idea di nomofilachia si avvia a un superamento quando si comincia a riconoscere il ruolo dell'interpretazione, perché si afferma allora l’idea della nomofilachia come orientamento della giurisprudenza, di una giurisprudenza che è il risultato dell’interpretazione della legge da parte del giudice. Infatti l’interpretazione della legge, oltre che dei fatti, è la principale manifestazione dell’indipendenza del giudice.

Allora non mi pare che si possa oggi parlare di tendenziale incompatibilità, ma si debba piuttosto parlare di implicazione tra nomofilachia e indipendenza, perché nessuno ha mai pensato che le corti supreme abbiano il monopolio dell'interpretazione.

Orientare la giurisprudenza significa dunque proporre interpretazioni attendibili, riconoscibili come tali da qualunque giudice legittimato a interpretare. Sicché nel momento in cui si affida alla Corte di cassazione il compito di orientare la giurisprudenza, si riconosce un ruolo anche all’interpretazione dei giudici del merito. Ne è dimostrazione il fatto che in Francia l’adunanza plenaria della Corte di Cassazione, che è equivalente alle nostre sezioni unite, può intervenire per risolvere i contrasti anche tra la giurisprudenza della stessa Corte di cassazione e la giurisprudenza dei giudici del merito[3].

Ne risulta un'idea di giurisprudenza come discorso pubblico fondato sul confronto degli argomenti e aperto all’apporto anche della dottrina, perché ciò che conta sono appunto gli argomenti proposti da ciascun interprete; e anche la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione si fonda sugli argomenti che può esibire.

Si tratta allora di un confronto libero da condizionamenti esterni o gerarchici, diversamente da quanto avveniva un tempo, quando la nostra Corte di cassazione esercitava un controllo sulla carriera dei magistrati, determinandone una dipendenza istituzionale, destinata a favorire conformismo di atteggiamenti piuttosto che uniformità della giurisprudenza.

L’uniformità della giurisprudenza si ottiene con la condivisione degli argomenti proponibili a sostegno di un orientamento interpretativo. E questo, come vedremo, è nella natura stessa della giurisdizione.

A questa costruzione della giurisprudenza come discorso pubblico, fondato sul confronto degli argomenti, si potrebbe obiettare che è incompatibile con i sistemi di common law, nei quali i

precedenti sono vincolanti. Ma come hanno dimostrato gli studi di Gino Gorla e Michele Taruffo, anche questo è un mito da ridimensionare[4]. Innanzitutto perché il precedente di common law è cosa ben diversa dalla nostra giurisprudenza per principi di diritto. Quel precedente si riferisce a un caso concreto e il giudice inglese, nel momento in cui deve riconoscere l'identità o quanto meno l'analogia tra i due casi posti a confronto, ha molte possibilità di distinguerli, assegnando rilevanza a determinati aspetti del suo caso che lo legittimano a non uniformarsi al caso già deciso. Come chiarisce Taruffo, è il secondo giudice che crea il precedente, non il primo, quello che pronuncia la sentenza che si candida a fare da modello.

Del resto negli Stati Uniti è riconosciuta la discrezionalità del giudice nel rapportarsi ai precedenti, cui si uniforma solo quando non è in grado di esibire ragioni per discostarsene.

Sicché, quand'anche volessimo per assurdo assimilare il ruolo del precedente vincolante al ruolo della legge, questo non risolverebbe il problema dell'interpretazione; non risolverebbe quella che Habermas chiama tensione tra la positività del diritto e l'indisponibilità dei valori: una tensione che è il fondamento del ruolo del giudice.

L’idea dell'uniformità della giurisprudenza come condivisione di argomenti è dunque un'idea che vale per i paesi di common law come per i paesi di civil law.

Sono pertanto convinto che non ci sia contraddizione ma piuttosto un rapporto di implicazione tra nomofilachia e indipendenza del giudice. Non ci può essere nomofilachia come orientamento della giurisprudenza se non c'è indipendenza del giudice, con il riconoscimento del suo ruolo di interprete.

La contraddizione tra nomofilachia e indipendenza c’è quando la nomofilachia opera come sanzione alla ribellione del giudice alla legge, in un contesto nel quale la legge dice tutto e il giudice non deve fare altro che ripeterlo.

Per concludere chiarirò quali sono le ragioni per cui a mio parere è nella natura stessa della giurisdizione che si manifesta questo rapporto di implicazione tra indipendenza e nomofilachia. Ma prima vorrei delimitare il campo della problematica del rapporto tra nomofilachia e indipendenza.

Innanzitutto, come ha chiarito la Corte costituzionale[5], non si pone un problema di nomofilachia né tanto meno di indipendenza nel caso della cassazione o dell'annullamento con rinvio con enunciazione del principio di diritto ai sensi dell'art. 384 c.p.c. o dell’art. 627 c.p.p., perché in questo caso si determina una preclusione a esaminare la questione decisa dalla Corte. Il giudice non è più legittimato a individuare il criterio di giudizio, in quanto quel criterio è già

individuato, è già fissato per via processuale. Infatti, se il giudice del rinvio non si attiene al principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione, la sua sentenza non è censurabile per violazione della norma diritto sostanziale interpretata dalla Cassazione, ma è censurabile per violazione appunto degli art. 384 c.p.c. e 627 c.p.p. Non si pone quindi né un problema di nomofilachia, perché qui il vincolo non deriva da un precedente ma da una decisione assunta all’interno del medesimo processo; né si pone un problema di indipendenza del giudice, perché il giudice del rinvio è libero di decidere nell’ambito di quanto effettivamente devolutogli.

Un caso particolare è poi quello che ha affrontato il presidente Ernesto Lupo, quello che Taruffo chiama l'autoprecedente.

In realtà qualsiasi giudice, nel momento in cui decide una controversia secondo un certo criterio di giudizio, assume l'impegno anche morale ad adoperare il medesimo criterio in ogni caso analogo. E una Corte suprema che decidesse in modo difforme casi analoghi perderebbe di autorevolezza e di credibilità.

Tuttavia qui si tratta non di esercizio della nomofilachia ma di una condizione della nomofilachia, perché se una Corte suprema non è in grado di esprimersi con un indirizzo unitario e coerente, ovviamente non è in grado di esercitare la nomofilachia. Ma le corti supreme non esercitano la nomofilachia nei confronti di se stesse, perché le direttive interpretative in funzione nomofilattica sono quelle indirizzate ai giudici del merito.

La corte suprema deve esprimersi come ogni giudice in modo coerente innanzitutto per rispetto del principio di eguaglianza, ma questo non è esercizio della nomofilachia, anche se ne è condizione imprescindibile.

C'è quindi un’esigenza di credibilità delle corti supreme che induce a diffidare di cambiamenti inopinati di giurisprudenza.

Tuttavia fin dal 1966 la Corte Suprema inglese comunicò che non si sarebbe ritenuta necessariamente vincolata al rispetto dei suoi precedenti, benché operasse in un sistema a precedente vincolante. E negli Stati Uniti una delle ragioni che può giustificare la rimessione di un caso alla Corte Suprema è appunto l'esigenza di overruling, di un mutamento di giurisprudenza.

Una certa elasticità è dunque riconosciuta, per l'esigenza di adeguare la giurisprudenza ai mutamenti sociali e delle situazioni. Ma ovviamente rimane ferma l'esigenza che una Corte suprema, onerata di un ruolo di orientamento della giurisprudenza, abbia una prevedibile coerenza.

A questo scopo sono destinate le norme di cui ha parlato il presidente Lupo, che impongono alle sezioni semplici di investire le Sezioni unite quando dissentano dalla loro giurisprudenza.

Sono norme destinate a prevenire i contrasti, ma non hanno nulla a che vedere né con l'esercizio della nomofilachia, che non si esercita nei confronti della stessa corte, né con l'indipendenza del giudice, perché si tratta di norme sulla individuazione del collegio legittimato a pronunciarsi nell’ambito della stessa corte. Nessun giudice viene costretto a esprimere un'opinione diversa da quella che nutre. La sezione dissenziente argomenta la sua interpretazione diversa da quella delle Sezioni unite, ma non si pronuncia sul merito della controversia perché c'è una norma procedimentale di individuazione del diverso collegio legittimato a pronunciarsi. La garanzia dell’indipendenza esclude che la sezione semplice possa essere vincolata al precedente delle Sezioni unite che non condivide, ma non esclude che l’assegnazione degli affari possa essere regolata in modo da permettere alla Corte di cassazione, quale ufficio giudiziario unitario, di esprimere una giurisprudenza coerente. Né interferisce con l’indipendenza del giudice la sottrazione della decisione alla sezione semplice dissenziente: questa sottrazione potrebbe interferire con il principio del giudice naturale precostituito per legge, ma è evidente che in questa prospettiva l’obbligatorietà della rimessione alle sezioni unite è preferibile alla rimessione facoltativa.

D'altra parte una norma del tutto analoga vige in Germania[6].

Anche in Germania le Sezioni semplici sono tenute a rimettere al grande Senato, equivalente alle nostre sezioni unite, le questioni sulle quali c'è un dissenso tra la sezione semplice e lo stesso grande senato; anzi la rimessione è doverosa anche quando una sezione semplice intende dissentire da altra sezione semplice intenzionata a non mutare orientamento. Ma pare che le rimessioni al grande Senato delle questioni controverse tra le sezioni semplici siano rarissime, perché quasi sempre si raggiunge un accordo sull’interpretazione da ritenere corretta[7]. Cosa che io vedo utopistica nella nostra Corte di cassazione

In Francia non c'è in questi casi l'obbligo di rimessione alle sezioni unite, la rimessione è solo facoltativa com'era un tempo da noi, ma è ammessa in termini molto più ampi, perché tutto è destinato a prevenire i contrasti per tutelare quell'esigenza di autorevolezza e di credibilità della Corte suprema che è alla base dell'esercizio della nomofilachia.

Così delimitato il campo, è ora possibile concludere, chiarendo perché, a mio avviso, l’esercizio della nomofilachia non pone in discussione l’indipendenza dei giudici destinatari delle direttive interpretative della Corte di cassazione, ma piuttosto la presuppone. Ritengo infatti che sia nella

natura stessa della giurisdizione l’esigenza di tener conto di tutti i punti di vista rilevanti.

Oggi abbiamo superato quel contesto culturale per cui tutto ciò che c'è da dire è già scritto nella legge. Tuttavia nella concezione della giurisdizione dei sistemi liberali, sia di common law sia di civil law, permane l'idea della funzione ricognitiva della giurisdizione. Il giudice riconosce, trova (to find dicono gli inglesi), il diritto, non lo crea. E ciò che distingue la giurisdizione dalle altre funzioni pubbliche è il tipo di argomento che deve essere esibito a giustificazione delle decisioni: il giudice assume che la sua decisione corrisponde, se non a una norma positiva già scritta, a un sistema di valori universalmente condiviso. Come chiarisce Luhmann, la giurisdizione risponde a programmi normativi condizionali, che esigono l'accertamento di condizioni predeterminate per giustificarne le decisioni; non può rispondere, come l’amministrazione, a programmi normativi di scopo, che esigono la scelta dei mezzi più idonei al raggiungimento dei finì prefissati.

Insomma può essere ribadita la costruzione dell'attività giurisdizionale come applicazione di una regola precostituita o, comunque, desumibile da un sistema di norme e di valori precostituito, perché il concetto di valore viene così assunto in un senso in qualche misura formale, come ciò che è indiscusso o, comunque, può essere considerato universalmente condiviso nel contesto sociale in cui il giudice opera. E se il giudice nel momento in cui decide deve assumere che ci sia un consenso universale sui valori che egli pone a fondamento della propria attività di ricostruzione di una norma, quando la norma non è immediatamente reperibile nell'ordinamento, non può questo giudice non prendere atto di ciò che hanno detto gli altri giudici, non può in particolare prescindere dalla conoscenza di un precedente della Corte suprema.

In questa prospettiva si rivela il ruolo determinante delle corti supreme.

La funzione nomofilattica è una funzione che ha una dimensione soprattutto pragmatica, perché attiene all’interazione tra i diversi organi giudiziari, piuttosto che al metodo dell’interpretazione. Sicché quest’esigenza pone problemi di coordinamento e di organizzazione del sistema giudiziario e processuale.

Nel nostro sistema svolge un ruolo determinante l’ufficio del massimario, che sintetizza e diffonde la giurisprudenza della Corte di cassazione, rendendo plausibile ed effettivo il dovere professionale per tutti i giudici di conoscere almeno la giurisprudenza di legittimità. Ed è affidata alla persuasività degli argomenti l’effettività della nomofilachia, senza attribuire un improbabile monopolio dell'interpretazione alla Corte Suprema.

Il ruolo di guida dell'interpretazione, dunque, si gioca soprattutto sulla capacità della Corte Suprema di esprimersi in orientamenti unitari e riconoscibili, che possono ottenersi solo se gli interventi della corte siano ridotti nel numero.

Questa scommessa da noi dovrebbe essere affidata soprattutto alla limitazione del giudizio di Cassazione alla sola legittimità.

Tuttavia lo schema concettuale del sindacato di legittimità, per quanto solido e coerente, è troppo sofisticato perché vi si possa ragionevolmente fondare l’aspettativa che la Corte di cassazione sia effettivamente ricondotta al suo ruolo di orientamento della giurisprudenza. Sarebbe necessario portare alle sue plausibili conseguenze una svolta pragmatica che il legislatore ha già da tempo pur timidamente avviato, imponendo la specializzazione degli avvocati, come avviene in Francia e in Germania, in modo che l’avvocato abilitato al patrocinio dinanzi alla Corte di cassazione non possa esercitare dinanzi alle corti di merito.

Non può funzionare come corte suprema una Corte di cassazione composta di circa quattrocento magistrati, cui possano ricorrere circa 55 mila avvocati.

In Francia gli avvocati civilisti abilitati al patrocinio dinanzi la Corte di cassazione sono un centinaio, in Germania una quarantina. Sono dunque gli avvocati a esercitare il ruolo di selezionatori dei ricorsi effettivamente meritevoli di essere trattati dalla Corte Suprema.

Senza un’analoga scelta, potremo continuare a invocare il giudizio di legittimità, che viene invocato e tradito quotidianamente davanti alla Corte, ma non riusciremo mai ad avere un numero di sentenze così ridotto da poter fungere da guida della giurisprudenza.

Questa scelta si potrebbe estendere anche al settore penale, eventualmente con alcune deroghe, in modo che per i reati più gravi il principio della specializzazione dell'avvocato non si applichi, ma rimanga limitato ai reati minori.

Si abbatterebbe così il carico maggiore della Corte di cassazione, limitandovi l’accesso per le bagatelle.

Noi viviamo un momento estremamente grave, perché abbiamo perduto, non solo in Italia, capacità progettuale da parte delle classi dirigenti. Sono convinto che potremo superare questa crisi solo se saremo in grado di fare scelte radicali, vale a dire chiare e univoche e riconoscibili.

Una scelta radicale, chiara e univoca, dovrebbe essere quella che pone le condizioni ineludibili perché la Corte di Cassazione possa onorare il suo compito di orientamento della giurisprudenza.

[1] Calamandrei, La Cassazione civile, vol. I, Storia e legislazioni, Bocca, Milano, 1920, p. 27 e s.

[2] Satta, Corte di cassazione (dir. proc. civ.), in Enc. dir., vol. X, Giuffrè, 1962, p. 797 e s.

[3] Briguglio, Appunti sulle Sezioni Unite Civili, in Riv. dir. proc., 2015, p. 16 e s.

[4] Gorla, Giurisprudenza, in Enc. Dir., vol. XIX, Giuffrè, 1970, p. 489 e s., Taruffo, Precedente e giurisprudenza, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2007, p. 709 e s.

[5] C. cost., 2 aprile 1970 n. 50.

[6]Briguglio, Appunti sulle Sezioni Unite Civili, in Riv. dir. proc., 2015, p. 16 e s., Orlandi, Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione "politica" delle Corti di legittimità, in Cass. pen., 2017, p. 2596 e s.

[7] Orlandi, Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione "politica" delle Corti di legittimità, in Cass. pen., 2017, p. 2596 e s.