

MASSIMO LUCIANI

Facoltà di Giurisprudenza - Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

Le istituzioni e la certezza del diritto

1.- Ho il compito di tentare una sintesi dei lavori della prima parte di questo incontro, il che è tutt'altro che agevole, specie dopo una discussione così intensa, che ha toccato questioni di estrema delicatezza. Farò il possibile, precisando subito, però, che - per andare al cuore del tema che oggi trattiamo - limiterò la mia attenzione agli interventi che hanno commentato le proposte del *memorandum*, tralasciando le pur importanti osservazioni su possibili progetti futuri (penso agli interventi di Geraci, di Patroni Griffi, di Consolo, di Cerulli Irelli, di Mascherin) o su progetti già messi in opera (penso agli interventi di Avoli e Galtieri).

L'iniziativa di avviare una cooperazione fra le giurisdizioni superiori, a me sembra, muove da un duplice convincimento: che la certezza del diritto sia un valore fondamentale in un ordinamento che riconosce i principi di democrazia, di libertà e di eguaglianza; che quel valore incontri oggi gravi difficoltà a essere realizzato.

Sul primo convincimento c'è poco da dire. A costo di ripetere stucchevolmente cose già dette più volte, ribadisco che questo non è un valore costituzionale come tutti gli altri, perché, in realtà, si connette direttamente alla natura stessa della statualità: lo Stato moderno nasce come tutore della sicurezza fisica dei cittadini e la certezza non è altro che la proiezione di quella sicurezza nel mondo del diritto. Non solo. In ordinamenti senza certezza (o, per riprendere l'espressione di Severini, usata

anche nell'esperienza francese, sicurezza giuridica) i tre principi cui ho accennato (di democrazia; di libertà; di eguaglianza) non sono rispettati. Non il principio di democrazia, perché l'oscillazione e l'incertezza nell'applicazione della legge si risolvono nella sostanziale cancellazione della sua efficacia precettiva, con l'apertura a rischiose evoluzioni aristocratiche, quali sono quelle legittimate da chi ipotizza che alla giurisdizione possa spettare la *mediazione*, non la semplice *moderazione* degli interessi in conflitto; non il principio di libertà, perché si è realmente liberi solo se si possono prevedere le conseguenze giuridiche delle proprie azioni ed è sicuro il rapporto fra i diritti dei cittadini e la giusta pretesa ordinatrice dello Stato; non il principio di eguaglianza, perché le oscillazioni applicative nella pratica del diritto comportano un diverso trattamento di fattispecie analoghe se non identiche (e in questo caso non può darsi tutela giurisdizionale effettiva, perché questa deve essere generale e di sistema, non puntiforme e individualistica).

Si potrebbe obiettare che quello della certezza è un mito illuministico e che identificare certezza e prevedibilità non ha senso in un contesto culturale nel quale si è consapevoli dell'inesistenza di "una" sola interpretazione possibile della legge, ma a chi formulasse queste obiezioni si potrebbe replicare con nettezza. Anzitutto, l'idea di Costituzione, per come affermata soprattutto da noi, è figlia *esattamente* della pretesa illuministica di tracciare il percorso di una comunità politica padrona del proprio destino politico (che, "presbite", riguarda il futuro). Contestarne la premessa illuministica significa contestare - indirettamente - la stessa Costituzione (fermo restando che i nostri Costituenti non erano certo affetti da quell'eccesso di

ingenuità che affliggeva l'illuminismo politico e giuridico delle origini). In secondo luogo, il collegamento fra prevedibilità e legalità è attestato anche dall'uso risalente di "previsione" quale sinonimo di "disposizione" o di "norma". Infine, il positivismo moderato (nel quale, personalmente, mi riconosco appieno) è perfettamente consapevole dell'impossibilità di predicare "una" sola interpretazione delle norme, riducendo il giudice ad "automa" (come ricordava Canzio), ma rifiuta l'idea (egemone nella nostra dottrina, ma per fortuna non ancora nella nostra giurisprudenza) che il testo (di legge) non sarebbe che un pretesto e che esprimerebbe un significato unicamente quando viene "illuminato" da un caso concreto.

2.- Esaminata dal punto di vista della giurisdizione, la certezza esige, appunto, una valorizzazione della funzione nomofilattica, ed esige che lo si faccia trasversalmente a tutte le giurisdizioni (come ha osservato Rordorf).

Indubbiamente, la giurisdizione non è affatto il solo potere chiamato a erogare prestazioni di certezza. Questo compito, anzi, spetta in primo luogo al legislatore, che fa bene il suo mestiere quanto più contiene la quantità della normazione e quanto meno la rende complessa, puntigliosa, contraddittoria. Poiché la politica ha sovente rinunciato all'esercizio delle sue funzioni ordinarie (l'ha osservato Violante, in apertura), poiché il morso della crisi ha finito per scaricare il conflitto anche fuori della rappresentanza (l'ha ricordato Pajno) e poiché la complessità delle società contemporanee, però, rende sempre più difficile il ritorno al nitore di una

legislazione sobria, fatalmente il compito della giurisdizione si fa sempre più delicato e centrale, dovendosi recuperare in sede di concreta amministrazione dei diritti e degli interessi quanto si può essere perduto in sede di loro generale e astratta regolazione. Qui l'esigenza di risposte chiare e stabili si fa fondamentale, pur lasciando aperte le potenzialità evolutive degli indirizzi giurisprudenziali, se congruamente motivate.

L'iniziativa di cui oggi, qui, si discute sembra dunque in piena armonia con le esigenze appena messe in luce.

3.- Di simili esigenze, per la verità, il legislatore si è già mostrato avvertito ed è in questa chiave che, oltre alla valorizzazione di istituti come il tendenziale vincolo delle sezioni semplici alle pronunce delle Sezioni Unite (ovvero dell'Adunanza Plenaria o delle Sezioni Riunite), oppure il ricorso del Procuratore Generale della Corte di cassazione nell'interesse della legge, deve essere visto il conferimento della funzione nomofilattica alla Corte di cassazione e ora all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (art. 384 c.p.c., 99 c. proc. amm.) e alle Sezioni Riunite della Corte dei conti (art. 11, comma 1, del codice della giustizia contabile, che ha segnato un'innovazione fondamentale, messa in luce da Galtieri), attraverso l'enunciazione del "principio di diritto". Anche qui, è noto, già l'istituzione, in Francia, della *Cour de cassation* si legava (come ha ribadito di recente Luigi Rovelli in *Nomofilachia e diritto vivente*) al "primato illuministico della legge", ma quel primato, al di là della

sua origine illuministica, è oggi diritto positivo di rango costituzionale, in forza dell'art. 101 della Costituzione.

Se l'art. 101 indica la via, però, i mezzi per percorrerla devono essere definiti, in concreto, con iniziative normative di rango sub-costituzionale o anche con semplici prassi organizzative e applicative. Il *memorandum* che i vertici delle giurisdizioni superiori hanno sottoscritto è un passo importante lungo questo percorso di piena attuazione dell'art. 101 Cost.

4.- In primo luogo, il documento chiarisce che i paciscenti hanno convenuto di “impegnarsi - nei limiti dei compiti organizzativi e di indirizzo loro spettanti nell'esercizio delle rispettive funzioni - al fine di promuovere tutte le opportune iniziative all'interno delle rispettive giurisdizioni allo scopo di migliorare lo svolgimento complessivo della funzione nomofilattica”. Come si vede, si tratta di un impegno a promuovere iniziative future, che perciò rientra pienamente nelle attribuzioni dei sottoscrittori. Come ha affermato la Corte costituzionale in una recentissima sentenza su una legge regionale che prevedeva l'impegno degli organi regionali ad attivare una collaborazione con lo Stato, in quel caso si trattava “*di una norma che il legislatore regionale indirizza alla stessa Regione. In quanto tale, la disposizione è adottata nell'ambito delle attribuzioni regionali e non è suscettibile di esprimere contenuti lesivi dell'assetto costituzionale delle competenze in materia tributaria*”.

In secondo luogo, il *memorandum* precisa che un “programma comune” potrà essere concordato solo “dopo aver svolto al proprio interno le necessarie consultazioni”. Anche in questo caso, come si vede, la funzione esercitata è quella di impulso, che dovrà trovare corrispondenza in successive attività di sviluppo, senza mettere in discussione l’autonomia e l’indipendenza della funzione giurisdizionale. E, aggiungo, senza mettere in discussione quel principio dell’*unità* della giurisdizione che vale anche se *non* esiste la sua *unicità* e che (l’ha osservato Pajno) ha già trovato puntuale espressione, fra l’altro, nell’introduzione dell’istituto della *translatio iudicii*. È in questa direzione che si muove l’ipotesi - avanzata nel *memorandum* - di un’integrazione (non solo, si badi) delle Sezioni Unite della Corte di cassazione (ma anche), dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e delle Sezioni Riunite della Corte dei conti con alcuni componenti delle altre giurisdizioni quando di quelle giurisdizioni sono in giuoco le funzioni. Un’ipotesi, questa, che ha registrato le critiche di Fimiani, ma ha ottenuto il sostegno di Consolo, di Cerulli Irelli e di Mascherin, mentre Rordorf l’ha presa ad esempio di spinta a superare un atteggiamento di separazione culturale fra i vari modi di rendere giustizia.

5.- Si potrebbe dubitare, però, più radicalmente, della stessa compatibilità di un rafforzamento della funzione nomofilattica con il principio del libero convincimento del giudice, che normalmente si desume sempre dall’art. 101 Cost. Si tratta di un dubbio legittimo, ma non fondato (l’ha rilevato anche Cerulli Irelli).

Nella sua radicalità, l'obiezione mette in discussione la compatibilità della funzione nomofilattica in sé, al di là di qualunque suo rafforzamento, con il libero convincimento. In questo modo, però, si mette in discussione anche l'intero impianto costituzionale, il quale muove dal convincimento che fra i due la compatibilità sia possibile e anzi necessaria.

Consolidamento degli indirizzi giurisprudenziali non può mai voler dire irrigidimento della funzione giurisdizionale, perdita del suo dinamismo: un dinamismo prezioso, come hanno rilevato Mascherin e Alpa (il quale ha ricordato l'esempio del risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi, proposto cinquant'anni or sono dalla dottrina e che ha impiegato moltissimo tempo per vedersi riconosciuto dalla giurisprudenza). La nomofilachia, più semplicemente, si risolve nell'esigenza di "adeguata motivazione di ogni scostamento" e nel "rispetto delle regole relative all'obbligo di rinvio all'organo nomofilattico di vertice". La valorizzazione della motivazione è, a mio avviso essenziale. Vista dalla parte dell'utente del servizio giustizia, se vogliamo chiamarlo così, la peggior sentenza è quella non o mal motivata, non quella "sbagliata". Esigere un rafforzamento dell'onere motivazionale non pregiudica il libero convincimento e corrisponde a un'esigenza di controllabilità della giurisdizione (che - ha osservato Canzio - richiede la costruzione di una "solida rete di precedenti") che è essenziale nei sistemi democratici.

Qui deve emergere con nettezza la forza e allo stesso tempo il limite della nomofilachia. Come i grandi Maestri del nostro diritto processuale avevano chiarito

da molto, molto tempo, la nomofilachia è presidio dei diritti, ben più che del primato delle giurisdizioni superiori. Non serve a far sì ch'esse primeggino sulle altre, ma ad assicurare che la giurisdizione si eserciti nel modo più congruo e prevedibile da parte dei cittadini, ai quali - in fin dei conti - il servizio giustizia deve essere assicurato. “*We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final*”, diceva il Giudice Robert Jackson a proposito della Corte Suprema degli Stati Uniti. In una ben diversa atmosfera giuridica, quella di un ordinamento di diritto civile, come ha ricordato l'ordinanza n. 24 del 2017 della nostra Corte costituzionale e con qualche eccesso retorico in meno, si potrebbe ripetere, anche da noi, la stessa cosa. Essere alla fine del percorso della tutela giurisdizionale impegna non certo all'infalibilità (che non è cosa cui gli operatori del diritto possano aspirare), ma alla massima coerenza e al massimo impegno organizzativo.

Letto in questa prospettiva, il *memorandum* che oggi discutiamo sembra tracciare con attenzione i limiti della nomofilachia.

6.- Infine, un'osservazione di sistema.

Il *memorandum* giunge al termine di un percorso di confronto virtuoso fra le istituzioni, che dimostra quanto, se lo vogliono, queste possano funzionare efficientemente (anche prospettando un miglioramento del servizio giustizia a risorse invariate, come ha ricordato Avoli) e nell'interesse dei cittadini. In questo percorso è stato condotto ad effetto quel principio di leale collaborazione che la giurisprudenza costituzionale ha posto innumerevoli volte al centro della regolazione dei rapporti fra

i poteri dello Stato, oltre che fra lo Stato e le Regioni; un principio che non implica la mortificazione dell'autonomia di ciascun potere o soggetto istituzionale, ma la lascia ferma, suggerendo soltanto che le prerogative di ciascuno siano esercitate nel rispetto di quelle degli altri e con il fine ultimo del perseguimento del bene comune. Il *memorandum*, dunque, appare un bell'episodio di collaborazione istituzionale.

Esso ha un valore intrinsecamente *costituzionale*, in ragione del rango (costituzionale, appunto) dei beni che si vogliono tutelare. Se il suo valore è costituzionale, però, non sono costituzionali gli strumenti che richiede per essere portato ad effetto: non v'è necessità di alcuna riforma costituzionale, perché tutte le ipotesi di intervento che vi si prevedono sono nel pieno solco della Costituzione, e nemmeno v'è necessità di riforme legislative, se non per alcuni profili, peraltro di particolare interesse, mentre per il resto bastano opportuni accorgimenti organizzativi e buone prassi applicative.

Certo (e lo stesso *memorandum* se ne rende conto) ogni discorso collaborativo resta monco se non si considera anche l'aspetto sovranazionale e internazionale. Qui, invece di limitarsi a evocare l'abusata formula del dialogo fra i giudici, occorre prendere atto della capillarità degli istituti collaborativi fra giurisdizioni nazionali fra di loro e con le giurisdizioni sovranazionali e internazionali (lo ricordava Geraci) e dell'esigenza di una maggiore consapevolezza del ruolo essenziale delle giurisdizioni nazionali.

Anzitutto, come proprio la citata ord. n. 24 del 2017 della Corte costituzionale ha dimostrato, quando ci si confronta con i giudici sovranazionali o internazionali è

bene andare al dialogo (riprendo una formula a me cara) catafratti. La recente sentenza *Taricco 2* (come in gergo si dice, ma si tratta della pronuncia *M.A.S. e M.B.*, nella Causa C-42/17) della Corte di giustizia lo dimostra molto bene. Ma lo dimostra molto bene anche la recentissima sent. Corte cost., n. 269 del 2017, di pochissimo successiva, nella quale si afferma che *“le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale (art. 134 Cost.). La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l’ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali”*.

Questo significa che il giudice comune, e prime fra tutte le giurisdizioni superiori, dovranno dialogare anzitutto e prevalentemente con la Corte costituzionale, anche quando sono in discussione diritti “europei”. Potremo anche vivere una fase storica di “diritto ape”, per utilizzare la formula ripresa da Maria Rosaria Ferrarese, ma la questione è: l’ape può posarsi dove vuole o esiste un ordine del suo volo? Chi apprezza *questa* globalizzazione dirà di no. Chi non la condivide e ha una precisa idea della supremazia della Costituzione dirà di sì. E dirà che è proprio sulla Costituzione che l’ape, anzitutto, deve posarsi.