

**LA NOMOFILACHIA
NELLE TRE GIURISDIZIONI**

Corte Suprema di cassazione

Consiglio di Stato

Corte dei conti

INDICE

Parte I. Memorandum	7
MEMORANDUM	15
Interventi dei Vertici delle tre giurisdizioni	
Parte II.	
Relazione finale del Gruppo di lavoro “Giurisdizioni”: La cooperazione tra le giurisdizioni superiori nell’interesse dei cittadini e della giustizia	17
NOTA DI SINTESI	
Parte III.	
Relazione finale del Gruppo di lavoro “Giurisdizioni”: La cooperazione tra le giurisdizioni superiori nell’interesse dei cittadini e della giustizia	
NOTE TEMATICHE	41
I principi vincolanti della giurisprudenza delle giurisdizioni superiori (Sezioni Unite della Corte di cassazione, Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, Sezioni Riunite della Corte dei conti) DI GIOVANNI AMOROSO	42
Responsabilità erariale, rapporti tra giurisdizioni e ruolo del pubblico Ministero DI SERGIO AURIEMMA, PAOLO LUIGI REBECCHI, PATRIZIA FERRARI	60
Procura generale presso la Corte di Cassazione e qualità del servizio giustizia: attualità e prospettive DI PASQUALE FIMIANI	73
Interpretazione del giudice e responsabilità aquiliana nel quadro dell’evoluzione dell’ordinamento DI GIANCARLO MONTEDORO	92
Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato sugli atti del CSM DI FILIPPO PATRONI GRIFFI	103
La Nomofilachia in sede di controllo DI CRISTIAN PETTINARI, SIMONETTA ROSA	116
Pluralità delle giurisdizioni ed unitarietà del diritto vivente:	

una proposta <i>DI RENATO RORDORF</i>	125
I processi di adeguamento giurisprudenziale alla complessità assunta dal sistema delle fonti; la funzione nomofilattica della giurisdizione come momento di sintesi ordinatrice <i>DI LUIGI ROVELLI</i>	133
Responsabilità collegiale, dei presidenti e dei singoli giudici in tema di nomofilachia <i>DI GIUSEPPE SEVERINI</i>	142
Il diritto giurisprudenziale nella regolazione dei rapporti tra giurisdizioni nazionali e giurisdizioni europee - lo svolgimento della funzione nomofilattica con riferimento al sindacato sulla discrezionalità e al risarcimento del danno <i>DI HADRIAN SIMONETTI</i>	149

Parte I. Memorandum

MEMORANDUM

Il Primo Presidente della Corte Suprema di cassazione,

Il Presidente del Consiglio di Stato,

Il Presidente della Corte dei conti,

Il Procuratore Generale presso la Corte Suprema di cassazione,

Il Procuratore Generale presso la Corte dei conti,

Premesso

che un apposito gruppo di lavoro, costituito da alti esponenti delle tre giurisdizioni su mandato dei loro predecessori, con il supporto di *italiadecide*, Associazione per la qualità delle politiche pubbliche, in ragione del suo carattere *super partes*, ha svolto un impegnativo percorso di approfondimento dei problemi comuni attraverso:

- un primo seminario, svoltosi a porte chiuse il 22 giugno 2012, presso la Camera dei deputati, sulla base di relazioni dei costituzionalisti Massimo Luciani e Nicolò Zanon i cui esiti sono riassunti nel documento intitolato: “Giurisdizioni, Costituzione e sistema politico” nel quale si auspica una maggiore cooperazione tra i poteri e tra le giurisdizioni superiori per migliorare il funzionamento del sistema di giustizia;
- un secondo seminario, svoltosi a porte chiuse il 3 febbraio 2014, presso la Camera dei deputati, con la partecipazione dei vertici delle giurisdizioni superiori, nel quale si è discussa una ampia relazione del gruppo di lavoro sulle questioni comuni alle tre giurisdizioni e si è concordato di uscire dalla logica del confronto interno, che aveva caratterizzato il precedente lavoro, e di proseguire allo scopo di avviare un dialogo tra le giurisdizioni e gli altri poteri dello Stato sul tema di fondo della giurisdizione come servizio alla comunità e al cittadino;

che su queste basi il gruppo di lavoro ha proceduto a:

- a. ricomporre l'esperienza più recente delle tre giurisdizioni in un unico quadro conoscitivo da offrire come base di confronto;
- b. elaborare proposte condivise per migliorare il contributo delle giurisdizioni superiori al funzionamento del sistema di giustizia;

- c. ribadire l'esigenza di armonizzare l'esercizio della funzione nomofilattica in un sistema storicamente basato sulla pluralità di giurisdizioni e avanzare a tal fine proposte volte a sistematizzare il dialogo ed i raccordi organizzativi e funzionali, principalmente attraverso processi paralleli e concordati di autoriforma;

che nel corso di una riunione tenutasi il 29 febbraio 2016 i vertici delle tre giurisdizioni e il vice presidente del CSM hanno tutti concordemente preso atto del lavoro fin lì svolto e hanno confermato l'impegno a sostenere con la loro attiva partecipazione una iniziativa conclusiva di alto profilo istituzionale;

che il gruppo di lavoro ha provveduto alla elaborazione della Relazione conclusiva composta da note tematiche sottoscritte dai singoli partecipanti e dalla nota di sintesi, che contiene uno schema del quadro conoscitivo condiviso e l'elenco delle proposte del pari condivise in seno al gruppo di lavoro alla luce della discussione finale.

Preso atto della Relazione conclusiva, della Nota di sintesi e delle proposte condivise.

Rilevato che

- ✓ la Nota di sintesi introduttiva della Relazione conclusiva contiene nella prima parte, considerazioni generali sullo stato della funzione nomofilattica e nella seconda parte, proposte rivolte a migliorare la cooperazione fra le giurisdizioni;
- ✓ nella stessa Nota di sintesi si sottolinea come:
 - nell'attuale quadro di crescente interconnessione fra ordinamenti, di continua moltiplicazione delle fonti, di ipertrofia e di incessante mutamento delle norme, le Magistrature, pur tra grandi difficoltà, rappresentano il principale presidio della certezza del diritto e della prevedibilità delle decisioni;
 - nel sistema europeo, il concorso di diverse giurisdizioni in ambito nazionale e sovranazionale, nei rispettivi ordini e livelli, consente di far fronte alla accresciuta complessità del sistema stesso e alle nuove forme di effettiva tutela giurisdizionale che il mondo contemporaneo richiede, estese come mai in passato e in continua espansione;
 - alla crescente complessità del sistema normativo risponde quotidianamente la lettura professionale fornita dai giudici, che ne

operano comunque la ricomposizione ai fini della soluzione del singolo caso;

- grava sui singoli giudici e, nella dialettica tra i diversi gradi del giudizio, sui sistemi giurisdizionali nazionali e in definitiva sulle giurisdizioni superiori il sempre più difficile compito di assorbire le spinte tra loro conflittuali che mettono in crisi l'unità dell'ordinamento ;
- spetta alle giurisdizioni superiori, come giudici di ultima istanza in ambito nazionale, il compito di stabilire una ordinata e coerente interlocuzione con le giurisdizioni europee che esercitano esse stesse una funzione di prevalente nomofilachia;
- spetta a ciascuna giurisdizione superiore l'impegno a rafforzare l'esercizio della funzione nomofilattica in una visione unitaria del sistema, che tenga conto tanto del ruolo delle giurisdizioni europee quanto del ruolo delle giurisdizioni nazionali;
- occorre adeguare l'organizzazione del sistema giurisdizionale per assicurare un accettabile grado di certezza e di prevedibilità che oggi rischia di venire meno e che invece costituisce un diritto fondamentale dei cittadini;

Considerato che

- la base normativa da portare al suo compiuto svolgimento è costituita dalle norme che, a partire dal 2006, sono state progressivamente introdotte nell'ordinamento delle tre giurisdizioni per rafforzare la funzione nomofilattica all'interno di ciascuna giurisdizione superiore, con effetti significativi ai fini della armonizzazione della complessiva giurisprudenza;
- queste innovazioni normative introdotte al più alto livello dell'ordinamento hanno avuto riflessi profondi anche nei rapporti tra le giurisdizioni superiori: in quanto da tali innovazioni logicamente consegue la necessità di armonizzare l'esercizio della funzione nomofilattica tra le stesse giurisdizioni per evitare il formarsi di "nomofilachie" divergenti, o comunque non comunicanti, sulle medesime questioni di diritto sostanziale, come ad esempio in tema di responsabilità civile o di discrezionalità della pubblica amministrazione;
- il rischio viene evitato nel maggior numero dei casi grazie alla alta consapevolezza dei singoli giudici e delle corti nel loro insieme;
- questa stessa alta consapevolezza, di fronte al crescere dei casi problematici, conduce a condividere l'esigenza e l'urgenza di accrescere e di sistematizzare il dialogo ed i raccordi organizzativi e funzionali tra le giurisdizioni superiori e i loro organi di vertice;

- occorre rafforzare una cultura comune della giurisdizione anche attraverso l'avvicinamento tra i metodi di lavoro delle diverse giurisdizioni e la loro ulteriore evoluzione per adeguarli al grado di complessità raggiunto dagli ordinamenti e migliorare la tempestività, coerenza e qualità delle decisioni;
- in tal modo si intende valorizzare al massimo grado il disegno costituzionale che prevede una pluralità di giurisdizioni nel quadro dell'armonizzazione della funzione giurisdizionale, che ha le sue basi comuni negli artt. 24 e 111 della Costituzione.

Pertanto

i vertici delle tre giurisdizioni, consapevoli che tali obiettivi sono in buona parte realizzabili attraverso un'autonoma assunzione di responsabilità e di iniziativa da parte dell'insieme delle giurisdizioni superiori, attraverso paralleli e coordinati processi di autoriforma, muovendosi in modo propositivo e guardando al futuro, **convengono** 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.

In tale quadro - dopo aver svolto al proprio interno le necessarie consultazioni – potranno concordare un programma comune per rafforzare i raccordi e i legami tra le diverse giurisdizioni in ambito nazionale nonché nelle loro relazioni con le giurisdizioni europee.

Le finalità e gli ambiti da prendere in considerazione sono quelli risultanti dalla seconda parte della nota di sintesi del documento conclusivo del gruppo di lavoro (in buona parte coincidenti con indirizzi già operanti nell'ambito di singole giurisdizioni) ed in particolare:

1. rafforzare, attraverso la cooperazione tra le giurisdizioni, gli strumenti volti a favorire che ciascuna giurisdizione in sede di esercizio della funzione nomofilattica si pronunci tenendo conto della giurisprudenza e della esperienza maturata in altre giurisdizioni e dei principi di diritto fissati al fine di procedere alla loro progressiva armonizzazione;
2. stabilizzare e rendere permanenti i canali di dialogo istituzionalizzati fra l'Ufficio massimario della Corte di cassazione e gli Uffici studi della Giustizia amministrativa e della Corte dei conti, nonché tra gli Uffici del pubblico ministero presso la Corte di cassazione e presso la Corte dei conti, mediante: a) lo svolgimento di lavori preparatori o istruttorie comuni sui temi di comune interesse; b) lo scambio sistematico di conoscenze sulla giurisprudenza più significativa; c) la progressiva armonizzazione dei

metodi di lavoro; d) la ricognizione di decisioni, principi o concetti rilevanti nei rapporti tra le diverse giurisdizioni;

3. applicare la logica di cooperazione istituzionale e scambio conoscitivo alle attività delle procure generali della Corte di cassazione e della Corte dei conti, nonché all'attività svolta dal Consiglio di Stato in sede consultiva e dalla Corte dei conti in sede di controllo;
4. valutare, previa opportune consultazioni al proprio interno e con i competenti organi di autogoverno, la possibilità di promuovere l'introduzione di norme, a Costituzione invariata, che consentano forme di integrazione degli organi collegiali di vertice con funzioni specificamente nomofilattiche delle tre giurisdizioni (Sezioni Unite civili della Corte di cassazione, Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, Sezioni Riunite della Corte dei conti) con magistrati di altre giurisdizioni, quando si trattino questioni di alto e comune rilievo nomofilattico, ivi comprese, per le Sezioni Unite civili della Corte di cassazione, quelle attinenti alla giurisdizione;
5. elaborare iniziative comuni per considerare, nel dialogo tra le diverse istituzioni, le cause dei differenziali quantitativi che ancora registriamo rispetto ad altri paesi europei, con riferimento in particolare ad interventi quali: a) il contenimento della frequenza di accesso alle corti superiori, nettamente maggiore rispetto a quanto si riscontra in altri sistemi simili; b) la diffusione di una cultura istituzionale e professionale maggiormente orientata verso qualità ed efficacia di risultato; c) la valorizzazione di principi, di indirizzi e culture professionali ispirati alla maggiore concentrazione possibile delle domande in un unico procedimento nei limiti del miglior conseguimento dei fini di giustizia; d) la massima sintesi ed economia dei mezzi giuridici di tutela, tenendo conto delle esigenze di sostenibilità del sistema;
6. valorizzare nella formazione e nella deontologia del giudice, ed in particolare di quello addetto a funzioni nomofilattiche, il bilanciamento tra la esigenza insopprimibile di tutela della indipendenza, cioè il libero convincimento, del singolo giudice, e la responsabilità dello stesso giudice di garantire la coerenza, la certezza e la stabilità del sistema delle decisioni, sia pure in un quadro evolutivo, adottando un metodo di lavoro che ricomponga tali esigenze in specifiche procedure;
7. rafforzare gli strumenti organizzativi e formativi diretti a rendere certa la capacità di ciascun giudice di pronunciarsi tenendo conto del complesso della giurisprudenza in qualsiasi modo attinente al caso in giudizio, tanto nella propria quanto nell'ambito di altre giurisdizioni, valorizzando l'apporto di ciascuna e assicurando, in modo particolare nei passaggi

evolutivi, la continuità dei principi e delle tradizioni giuridiche incorporate nella giurisprudenza;

8. valorizzare ai medesimi fini la collegialità e la responsabilità in capo ai presidenti dei collegi giudicanti - prevista dall'art. 47 *quater* della legge sull'ordinamento giudiziario (da considerarsi come principio estensibile alle altre giurisdizioni) - di assicurare lo scambio di informazioni e di esperienze all'interno delle sezioni e dei singoli collegi sulla preesistente giurisprudenza e quindi di curare l'adeguata motivazione di ogni scostamento, oltre al rispetto delle regole relative all'obbligo di rinvio all'organo nomofilattico di vertice;
9. adottare metodi informatici e organizzativi che facilitino sempre più, all'interno degli uffici giudiziari, la conoscenza collettiva delle pronunce rese in occasione di precedenti conformi e, laddove le decisioni dei primi giudici siano state impugnate, di quelle intervenute nel corso dei gradi successivi del medesimo giudizio, attraverso una informazione mirata e una adeguata classificazione tematica nelle banche dati.

Roma, 15 maggio 2017

Primo Presidente della Corte Suprema di cassazione

Giovanni Canzio

Presidente del Consiglio di Stato

Alessandro Pajno

Presidente della Corte dei conti

Arturo Martucci di Scarfizzi

Procuratore Generale presso la Corte Suprema di cassazione

Pasquale Paolo Maria Ciccolo

Procuratore Generale presso la Corte dei conti

Claudio Galtieri

INTERVENTI DEI VERTICI DELLE TRE GIURISDIZIONI

Parte II. Relazione finale del Gruppo di lavoro “Giurisdizioni”. La cooperazione tra le giurisdizioni superiori nell’interesse dei cittadini e della giustizia

NOTA DI SINTESI

NOTA DI SINTESI

A CURA DI CARLO GUARNIERI[∞] E DI ALESSANDRO PALANZA*

Prima parte: il percorso del gruppo di lavoro e le sue conclusioni

1. Il percorso del Gruppo di lavoro 2012-2016

Nella primavera del 2012, a seguito delle polemiche sorte su un emendamento in tema di responsabilità civile dei magistrati al disegno di legge comunitaria all'esame del Senato, un gruppo di magistrati appartenenti alle giurisdizioni superiori ha rivolto alla Associazione *italiadecide* - in ragione del suo carattere *super partes* - l'invito a promuovere un approfondimento sul tema della responsabilità dei magistrati al fine di migliorare il funzionamento della giustizia e non peggiorarlo come probabilmente sarebbe avvenuto con l'emendamento in questione.

Dal momento che le basi comuni delle tre giurisdizioni si rintracciano nella Costituzione e che la questione aveva natura costituzionale, si è concordato di svolgere un seminario tra qualificati costituzionalisti di diverso orientamento politico-culturale, magistrati rappresentativi delle diverse giurisdizioni e i vertici della Corte di cassazione, del Consiglio di Stato e della Corte dei conti.

Il Seminario, svoltosi a porte chiuse il 22 giugno 2012 presso la Camera dei deputati, è stato introdotto dai costituzionalisti Massimo Luciani¹ e Nicolò Zanon con due relazioni convergenti nell'obiettivo di uscire dalla contrapposizione determinatasi nella vicenda dell'emendamento in tema di responsabilità civile dei magistrati e ristabilire corretti rapporti tra politica e magistrature per procedere a riforme utili al miglior funzionamento del sistema giustizia.

Il successivo dibattito ha condotto ad individuare un'ampia area di convergenza, che è stata successivamente riassunta nel documento intitolato: "Giurisdizioni, Costituzione e sistema politico" nel quale si auspicava una maggiore cooperazione tra i poteri e tra le giurisdizioni superiori per migliorare il funzionamento del sistema di giustizia.

Tale documento è stato apprezzato e condiviso dai vertici del tempo delle tre giurisdizioni, che hanno accolto la proposta di approfondire gli indirizzi tracciati in

[∞] Professore ordinario di Sistemi politico italiano e Sistemi giudiziari comparati – Facoltà di Scienze Politiche – Università degli Studi di Bologna

* Vicepresidente di *italiadecide*, Associazione per la qualità delle Politiche Pubbliche.

¹ La relazione del prof. Massimo Luciani è pubblicata sul sito <http://www.rivistaaic.it/funzioni-e-responsabilit-della-giurisdizione-una-vicenda-italiana-e-non-solo.html>

questo documento attraverso un Gruppo di lavoro coordinato dall'Associazione *italiadecide* e composto dai due citati costituzionalisti, da magistrati delle tre giurisdizioni superiori designati dai medesimi vertici, da esperti di analisi dei dati e valutazione delle politiche pubbliche con particolare riferimento al settore della giustizia: il professor Carlo Guarnieri dell'Università di Bologna e i funzionari designati nell'ambito del Servizio studi della Camera dei deputati, della Banca d'Italia e dell'Istat.

Al termine di una prima fase di lavoro è stata elaborata una relazione che prospetta in un quadro di sistema le tematiche discusse all'interno del gruppo di lavoro.

La relazione è divisa in tre parti:

1. La prima parte, redatta con l'apporto degli uffici studi della Camera dei deputati, della Banca d'Italia e dell'Istat, prospetta un'analisi degli aspetti quantitativi della crisi del sistema giustizia e definisce metodi e procedure per una migliore e condivisa conoscenza dei dati più rilevanti per il funzionamento di tale sistema.

2. La seconda parte mette a fuoco i problemi che la espansione del ruolo della giurisdizione ha determinato in particolare nel nostro paese, sottolineando anche i valori che questa esperienza giudiziaria di straordinaria intensità ha generato. L'insieme di questi problemi configura oramai da anni una crisi della giustizia. Al suo superamento può utilmente concorrere una valorizzazione dei principi di responsabilità funzionale, etica e sociale delle magistrature nel loro complesso.

3. La terza parte, muovendo dal principio dell'opportunità di parametri unitari per valutare la responsabilità disciplinare di tutte le magistrature e dei singoli magistrati, propone una serie di possibili interventi di riforma sui punti più critici nei rapporti tra le tre magistrature fino a prospettare l'istituzione di un'alta corte di giustizia come organo unitario di appello per gli atti disciplinari e di autogoverno per tutte le magistrature. Le singole ipotesi di riforma sono avanzate in modo problematico e aperto al dibattito.

La relazione è stata discussa in un secondo seminario a porte chiuse svoltosi il 3 febbraio 2014 presso la Camera dei deputati con i vertici delle giurisdizioni superiori.

La discussione ha consentito di fissare tre esigenze, ampiamente condivise, che prospettano una ulteriore fase di lavoro:

- l'esigenza di uscire dalla logica del confronto interno, che aveva caratterizzato il precedente lavoro, e di avviare una altra fase di lavoro rivolta ad aprire un dialogo tra le giurisdizioni e gli altri poteri sul tema di fondo della giurisdizione come servizio alla comunità e al cittadino;
- l'esigenza di ricomporre l'esperienza più recente delle tre giurisdizioni in unico quadro conoscitivo da offrire come base al dialogo e alla

cooperazione tra le tre giurisdizioni tra loro e tra loro e i vertici politico-istituzionali;

- l'esigenza di avanzare su questa base proposte al fine di migliorare il contributo delle giurisdizioni superiori al funzionamento del sistema di giustizia e quindi - in sintesi - tempi, coerenza e qualità delle decisioni.

Il gruppo di lavoro "giurisdizioni", in una composizione progressivamente aggiornata, ha così assunto il compito di predisporre un documento introduttivo come base di discussione e di proposta.

Considerando il rapporto tra giurisdizioni e comunità nazionale, il gruppo di lavoro ha in primo luogo individuato nella funzione nomofilattica l'essenza della funzione di ciascuna giurisdizione superiore e il profilo comune che le caratterizza tutte. Si è in particolare osservato che nell'esercizio di tale funzione le giurisdizioni superiori devono assicurare tutela non solo alle parti e al bene oggetto della controversia, ma anche al valore più generale che il sistema di giustizia deve assicurare a tutti i suoi destinatari: la coerenza, la qualità e la prevedibilità delle decisioni e la stessa legittimazione del giudice che le assume.

Nel corso dell'ultimo decennio, grazie ad importanti interventi normativi e ad una avanzata giurisprudenza anche di rango costituzionale, la funzione nomofilattica è stata progressivamente e parallelamente rafforzata in ciascuna delle giurisdizioni superiori con riflessi anche nei loro rapporti, introducendo una prima forma di vincolo del precedente, prima per la Corte di cassazione e poi per la Corte dei conti e per il Consiglio di Stato.

A partire dalle implicazioni di queste riforme, il tema della nomofilachia nei rapporti tra le tre giurisdizioni è stato approfondito nelle riunioni del 13 maggio, 9 giugno, 23 giugno, 7 ottobre, 11 novembre 2015 e 29 febbraio 2016

Sono state considerate le forme di cooperazione già avviate e si è studiato come consolidarle e proseguirle sul terreno specifico della funzione nomofilattica a seguito del suo rafforzamento nei tre diversi ordinamenti processuali. Tra visioni anche diverse è stato individuato un punto assai concreto di incontro e piena condivisione nella comune convinzione che – per evitare il rischio di disordine al più alto livello giurisprudenziale – fosse necessario armonizzare l'esercizio della funzione nomofilattica in un sistema storicamente basato sulla pluralità di giurisdizioni. A tal fine il gruppo di lavoro ha condiviso l'esigenza di accrescere il dialogo ed i raccordi organizzativi e funzionali tra di esse, principalmente attraverso processi paralleli e concordati di autoriforma.

Nella riunione del 29 febbraio 2016, sono intervenuti i vertici delle tre giurisdizioni e il vice presidente del CSM. Hanno tutti concordemente preso atto del lavoro fin lì svolto, riassunto in una apposita nota, e hanno confermato l'impegno a sostenere con la loro attiva partecipazione un'iniziativa conclusiva di alto profilo politico istituzionale.

Su queste basi il gruppo di lavoro ha provveduto alla elaborazione del documento conclusivo.

E' stato affidato ai singoli componenti il compito di redigere le note tematiche da loro stessi sottoscritte contenenti le proposte che avevano liberamente dedotto dal lavoro comune.

Successivamente, il gruppo di lavoro nel suo insieme ha elaborato collettivamente la nota di sintesi.

La prima parte della nota di sintesi contiene una ragionata ricostruzione del percorso compiuto, il quadro conoscitivo condiviso e le conclusioni; la seconda parte contiene l'elenco delle proposte condivise in seno al gruppo di lavoro alla luce della discussione finale.

Le note tematiche riflettono l'alto livello del dibattito svoltosi in seno al gruppo di lavoro, grazie allo scambio tra diversi e qualificati punti di vista. Esse convergono da punti di vista diversi nell'offrire un quadro conoscitivo largamente condiviso. Da tale quadro emergono le crescenti difficoltà che le funzioni giurisdizionali - ed in particolare quelle con finalità nomofilattiche - incontrano nell'assicurare la coerenza e un grado ragionevole di prevedibilità delle decisioni. Da questa consapevolezza condivisa nascono le proposte volte ad impegnare in primo luogo le giurisdizioni superiori a fare quanto possono per migliorare il grado di coerenza delle decisioni all'interno di ciascuna di esse e nei rapporti con le altre e a prospettare ulteriori possibili interventi nel quadro della Costituzione.

2. Il quadro conoscitivo condiviso

La costruzione europea ha promosso un significativo progresso di civiltà giuridica, irrobustendo ed espandendo la gamma dei diritti del cittadino europeo e mettendo in relazione sistemi giuridici appartenenti a tradizioni diverse in un contesto caratterizzato dalla presenza, accanto ai vertici giudiziari nazionali, di due organi giudiziari sovranazionali: la Corte di Giustizia dell'UE e la CEDU. Nel complessivo sistema europeo è il concorso di diverse giurisdizioni in ambito nazionale e sovranazionale nei rispettivi ordini e livelli che consente di far fronte in modo flessibile e dinamico alla accresciuta complessità del sistema stesso e alle nuove forme di effettiva tutela giurisdizionale.

E' necessario adeguare gli strumenti del dialogo tra le giurisdizioni alle conseguenze di questa grande espansione. Si deve regolare meglio l'incontro o piuttosto l'incrocio tra giurisdizioni del tutto eterogenee tra loro e anche la competizione tra di esse, trattandosi di giurisdizioni non ordinate in senso verticale, ma per aree di competenza, che esprimono giurisprudenze ispirate a canoni di fondo assai differenti, mentre dal basso vengono investite da una domanda di giustizia sempre più esigente e complessa. Il rischio che questo sovraccarico, qualitativo e quantitativo, conduca a perdere l'unità e la coerenza del sistema di diritto da applicare ai singoli casi è più che reale.

Sulle magistrature nazionali grava il difficile compito di assorbire tali fenomeni e unificarli in un coerente sistema di diritto. I sistemi nazionali restano l'unico alveo ove la complessità del diritto contemporaneo si inverte compiutamente e investe in concreto la realtà sociale. Nei singoli sistemi nazionali confluiscono infatti tutti gli effetti delle mutazioni in corso su scala mondiale. Il continuo ampliarsi delle fonti normative produce l'abnorme crescita dello "stock" normativo, l'intreccio tra norme e principi o valori di vasta portata, spesso generica e contraddittoria, ampliamento delle funzioni di ultima istanza, gli intrecci, le incoerenze, le sovrapposizioni tra le decisioni.

L'effetto è l'insufficienza dei tradizionali meccanismi processuali, l'obsolescenza o la crisi di fondamentali concetti o istituti, quali la fattispecie o la cosa giudicata.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, di fronte al caso di ordinanze di rimessione a se stessa del giudice di primo grado, tese a sollecitare pronunciamenti avverso il vincolo del principio di diritto affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ha riaffermato la centralità del proprio ruolo rispetto ad ogni singolo giudice e la sua primazia, senza citare l'organo nomofilattico la cui pronuncia era in discussione. E' stato così costituito il potere-dovere del giudice nazionale di anteporre il diritto UE al vincolo del precedente interno, configurando quindi una sorta di "nomofilachia delle nomofilachie". Su un piano ancora più generale, la Corte di Giustizia, con la sua giurisprudenza ispirata al principio di effettività e ad una forma di diritto per larga parte pretorio, mette a dura prova le categorie tradizionali del diritto positivo, mostrando di muoversi con grande libertà in un contesto ordinamentale che non conosce ancora un codice civile europeo nè una legge europea sul procedimento amministrativo.

Va inoltre ricordato il cd. caso Taricco - di cui alla ordinanza della Corte di cassazione (Cass. Pen. n. 28346 del 2016) - con la quale la Corte ha deciso di rivolgersi alla Corte costituzionale per stabilire se, alla luce dell'interpretazione data dalla Corte di giustizia a determinate disposizioni del Trattato, l'obbligo di disapplicare il regime dei termini di prescrizione, con riguardo a reati precedentemente commessi, sia o meno conforme alla nostra Costituzione. E' stato effettuato con un forte richiamo alla dottrina dei controlimiti, già prima ricordata, ed è stata invocata la salvaguardia dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona quando il loro rispetto osti all'ingresso di norme eurounitarie. Il presupposto è che l'irretroattività delle disposizioni penali più sfavorevoli al reo costituisce uno di quei principi fondamentali, messo a repentaglio dalla concezione meramente processualistica della prescrizione (e del regime d'interruzione della stessa) predicato dalla Corte europea. La Corte costituzionale si è pronunciata accogliendo l'argomentazione. Pur non opponendo formalmente il contro limite, ha prospettato alla Corte di giustizia, nella forma di un rinvio pregiudiziale, l'esigenza di rivalutare la

questione, formulando un quesito interpretativo: si suggerisce l'idea che la sentenza della Corte europea non abbia inteso rendere applicabile il regime della prescrizione in essa enunciato, quando tale regime risulti — come nel caso dell'Italia — incompatibile con l'identità costituzionale di uno Stato membro.

Spetta sempre al Parlamento e al Governo - luoghi dove ancora si concentrano la statualità nazionale e lo stesso negoziato tra gli Stati anche in ambito UE - di mettere ordine nei rapporti tra giurisdizioni europee e nazionali, resi sempre più complessi dalla continua moltiplicazione, espansione e diversificazione di fonti primarie "rinforzate" ovvero dai diversi ordinamenti nazionali che più spesso comunicano direttamente tra di loro.

Alle giurisdizioni superiori come giudici di ultima istanza spetta quindi di stabilire una ordinata e coerente interlocuzione con le giurisdizioni europee che esercitano esse stesse – per molti e rilevanti aspetti - una funzione di prevalente nomofilachia. A ciascuna delle giurisdizioni superiori, a maggior ragione nel nostro paese, spetta quindi l'impegno a rafforzare in via sostanziale ed effettiva l'esercizio della funzione nomofilattica in una visione unitaria del sistema, tenendo conto del ruolo delle giurisdizioni europee e di quello delle altre giurisdizioni nazionali.

In questa situazione vanno messi maggiormente a frutto i vantaggi di articolazione e di specializzazione che la pluralità di giurisdizioni offre in ambito nazionale ed europeo, riducendone al massimo gli svantaggi: eliminando quindi separatezze e disallineamenti, privi di reciproche comunicazioni e integrazioni, come è talvolta avvenuto e continua ad avvenire. La pluralità delle giurisdizioni rafforza la capacità del sistema di far fronte alla crescente complessità, a condizione che vengano potenziati i processi di convergenza già in corso e i canali di comunicazione all'opera tra le giurisdizioni stesse.

Non bastano più i pur raffinati meccanismi processuali nel frattempo messi a punto. È necessaria una assunzione di responsabilità da parte delle giurisdizioni superiori nell'interesse della giustizia per una migliore armonizzazione e stabilizzazione delle decisioni al proprio interno e nei reciproci rapporti, attraverso forme di cooperazione e interscambio al fine di costruire una cultura comune della giurisdizione. Nello stesso tempo è necessario condividere l'impegno ad una più decisa affermazione del principio di economia della giurisdizione, per perseguire la massima efficienza nel funzionamento degli uffici giudiziari e quindi un conseguente adeguamento dei tempi della giustizia ai migliori standard europei.

3. Conclusioni

1. La complessità del sistema della giustizia in ambito sovranazionale ed in particolare nella situazione italiana ha carattere profondo e oggettivo. La sua portata è tale che le cause della crisi della giustizia possono essere affrontate

solo attraverso una consapevole cooperazione tra le giurisdizioni e tra le giurisdizioni e gli altri poteri, dal momento che tali cause investono l'insieme dei rapporti tra gli ordinamenti e la stabilità e la certezza dei sistemi di diritto.

2. In tale quadro, la prima indispensabile esigenza è quella di condividere la conoscenza dei fenomeni in atto, evitando che ogni istituzione ne abbia una propria e parziale lettura. Il gruppo di lavoro ha quindi pienamente condiviso l'idea che sia necessario trarre tutte le conseguenze del rafforzamento in via normativa della funzione nomofilattica degli organi di vertice presso le tre giurisdizioni e delle profonde interconnessioni già esistenti tra di esse. In questa prospettiva, il consolidamento e la istituzionalizzazione del dialogo tra le giurisdizioni rientrano in un concetto lato di funzione nomofilattica. Vanno infatti considerati gli importanti passi avanti che l'ordinamento italiano ha più di recente compiuto in questa direzione: *traslatio iudicii*, giudicato implicito, estensione della responsabilità per danno, nuovo codice del processo amministrativo, espansione multifunzionale della Corte dei conti. Si tratta di progressi che hanno realizzato significative convergenze tra le giurisdizioni e che si sono accompagnati a molteplici iniziative di comunicazione, studio e formazione. Le tre giurisdizioni nel loro insieme hanno già dimostrato di avere la capacità, l'esperienza e l'autorevolezza necessarie per identificare e definire le grandi questioni e i grandi temi che richiedono un esercizio più consapevole e integrato della funzione nomofilattica da parte dei vertici dei rispettivi sistemi.

3. In base alla visione condivisa delle linee evolutive in atto nel sistema di giustizia il gruppo di lavoro ha quindi individuato il più urgente tema comune nell'esigenza di migliorare l'esercizio della funzione nomofilattica e con essa la coerenza, la prevedibilità e la qualità delle decisioni. Non va infatti trascurato come incertezze e incoerenze giurisprudenziali siano il terreno dove azioni di responsabilità possono più facilmente svilupparsi.

4. Nel gruppo di lavoro è stata pienamente condivisa la valutazione che, per quante carenze possono esservi all'interno delle singole magistrature, esse non sono la principale causa della incertezza del diritto, come a volte si sostiene. L'incertezza del diritto è dovuta alla crescente interconnessione tra diversi ordinamenti, alla continua moltiplicazione delle fonti, alla ipertrofia e all'incessante mutamento delle norme e delle questioni da normare, alla molteplicità di giurisdizioni che si pronunciano nei più diversi ambiti e comparti, alle frequenti incertezze interpretative e alla vastità della giurisprudenza da considerare per ogni singolo caso. In questo quadro, le magistrature, pur tra grandi difficoltà, rappresentano il principale presidio del minimo irriducibile di certezza del diritto e di prevedibilità delle decisioni, senza la quale un sistema di diritto non può esistere. Alla crescente complessità del sistema normativo

risponde quotidianamente la lettura professionale fornita dai giudici, che ne operano comunque la ricomposizione ai fini della soluzione del singolo caso. Nello svolgere questo sempre più difficile compito possono manifestarsi differenziazioni e incoerenze che spetta agli organi di vertice assorbire attraverso una molteplicità di strumenti processuali a tal fine predisposti e progressivamente affinati. Il principale tra questi strumenti è proprio il rafforzamento della funzione nomofilattica, attribuita ai vertici delle giurisdizioni superiori: esercitata sia esprimendo principi di diritto sia, nel caso in cui si eserciti il sindacato sull'applicazione di clausole generali, attraverso la descrizione della fattispecie concreta, realizzando così un avvicinamento ai sistemi di common law.

5. In questa ottica occorre dunque mettere gli organi di vertice in grado di portare l'esercizio della funzione nomofilattica all'altezza delle maggiori difficoltà che essa deve affrontare. Il gruppo di lavoro in primo luogo sottolinea come le giurisdizioni superiori debbano creare le basi per decisioni pienamente consapevoli del complessivo contesto giurisprudenziale in cui si inseriscono. A questo fine si propone di accrescere la cooperazione da tempo avviata nell'esercizio della funzione nomofilattica. Da questa indicazione conseguono non vincoli ma oneri di conoscenza e di attività istruttorie. Su queste basi, in un sistema che prevede una pluralità di istituzioni nomofilattiche, si fondano le proposte elaborate dal gruppo di lavoro che mirano a predisporre modalità organizzative che facilitino l'adempimento di tali oneri conoscitivi (attività istruttorie comuni e partecipazione agli organi nomofilattici di giudici appartenenti ad altre giurisdizioni).

6. Il gruppo di lavoro individua la chiave di volta per superare la concezione "separata" di ciascuna giurisdizione nella legislazione che ha progressivamente introdotto nelle tre giurisdizioni principi e indirizzi normativi e giurisprudenziali in tema di nomofilachia, in una prassi basata sul dialogo e sulla cooperazione tra le giurisdizioni stesse.

7. Da questa assunzione di principio conseguono le proposte contenute nella seconda parte in tema di cooperazione orizzontale, paritaria e circolare tra le tre giurisdizioni. Si valorizza la pluralità all'interno di una concezione unitaria della giurisdizione che ha le sue basi nell'art. 24 della Costituzione e richiede strumenti organici per il consolidamento di una cultura comune e la definizione di metodi adeguati alla complessità degli ordinamenti per migliorare la tempestività, coerenza e qualità delle decisioni, nel rispetto dell'autonomia di ogni singolo collegio. Le proposte sono in buona parte realizzabili attraverso paralleli e coordinati processi di autoriforma all'interno delle tre giurisdizioni, insieme ad eventuali limitate modifiche della legislazione nel quadro della Costituzione vigente.

8. Il gruppo di lavoro avanza le proposte indicate nella seconda parte di questa nota di sintesi in forma di autonoma assunzione di responsabilità e di iniziativa da parte delle giurisdizioni superiori per quanto in pratica dipende da loro stesse. Rientrano in questa logica anche le limitate modifiche che potrebbero richiedere un intervento legislativo, ma che riguardano aggiustamenti interni così limitati che non dovrebbero incontrare alcuna opposizione se condivise dalle istituzioni interessate. Il gruppo di lavoro prospetta inoltre la necessità che per svolgere una azione efficace per il buon funzionamento dei sistemi giuridici contemporanei sia necessario che le massime autorità politico-istituzionali promuovano la più ampia cooperazione tra i poteri e tra le giurisdizioni e gli altri poteri. Le note tematiche sottolineano come questioni di questa portata possano essere adeguatamente conosciute e valutate solo attraverso la cooperazione tra i poteri e le diverse istituzioni, adottando su scala più ampia metodi di intesa analoghi a quelli seguiti nel gruppo di lavoro con riferimento agli aspetti interni alle tre giurisdizioni. A questo scopo, il gruppo di lavoro non si limita a rappresentare ai vertici istituzionali le proposte sui rapporti interni tra le tre giurisdizioni, ma richiama l'attenzione dei medesimi vertici sulle questioni più ampie che sovrastano le giurisdizioni stesse e riguardano i rapporti tra legislazione e giurisdizione in ambito nazionale nonché quelli tra ordinamenti e giurisdizioni in ambito sovranazionale.

9. Per quanto riguarda i problemi endogeni al nostro Paese il gruppo di lavoro ritiene che debbano essere seriamente considerate, nel dialogo tra le diverse istituzioni, le cause dei differenziali quantitativi che ancora registriamo rispetto ad altri paesi europei. Per contenere queste patologie di carattere generale è necessario adottare strategie di riforma con effetti nel lungo periodo. Sull'eccesso di flussi giurisdizionali influiscono tuttavia anche cause più immediate ed interne sulle quali le giurisdizioni possono agire via autonoma. Essi sono infatti generati anche dalla quantità di procedimenti relativi allo stesso caso e dalla frequenza di accesso alle più alte giurisdizioni, nettamente maggiore rispetto a quanto si riscontra in altri sistemi simili. In tali casi si possono adottare specifici rimedi per ciascuna vicenda processuale, ma la condizione per poter agire efficacemente è che le iniziative di riforma siano precedute da intese tra le istituzioni interessate, per diffondere al loro interno la consapevolezza dei limiti di sostenibilità del sistema giuridico. Solo a partire da una consapevolezza di questo genere poteri normativi e funzioni giurisdizionali, ciascuno nel proprio ordine e per la propria competenza, potranno cooperare per invertire la tendenza. In ogni caso, non bastano mutamenti del sistema normativo. Occorre anche modificare culture professionali e comportamenti istituzionali propensi alla continua espansione dei propri ambiti di intervento. Va invece favorita una cultura istituzionale e professionale maggiormente orientata verso qualità ed efficacia di risultato.

Vanno affermati per il futuro, di fronte alla evidente crisi da sovraccarico del sistema giudiziario italiano, principi e indirizzi ispirati all'autolimitazione degli ambiti di intervento, alla maggiore concentrazione possibile delle domande in un unico procedimento, alla massima sintesi ed economia dei mezzi giuridici.

10. Per quanto riguarda le cause esterne, i temi emergenti nel più ampio scenario giuridico europeo investono l'insieme dei rapporti tra gli ordinamenti e la stabilità di ciascun sistema di diritto entro una cornice di reciproca apertura e interdipendenza tra i diversi ordinamenti.

Il gruppo di lavoro ritiene che l'esperienza italiana, caratterizzata da una crisi del sistema giuridico più intensa rispetto ad altri paesi, consenta al dialogo tra le diverse istituzioni di mettere meglio a fuoco la portata dei problemi crescenti che si sviluppano nei rapporti tra le giurisdizioni superiori e le alte giurisdizioni di rango costituzionale nazionali e sovranazionali europee. Su questa base si potrebbe svolgere un primo approfondimento del tema dal punto di vista italiano in modo da avviare nelle sedi idonee una discussione con l'apporto di tutte le competenze necessarie.

Seconda Parte: Le Proposte

1. Premessa: metodo e obiettivi

Come concordato nell'ambito del gruppo di lavoro, la seconda parte della nota di sintesi riprende da ogni nota tematica una o più proposte dirette a migliorare la cooperazione tra le giurisdizioni medesime, la capacità di risposta del sistema giudiziario - nel suo insieme e nelle sue varie articolazioni – ed in particolare la qualità, la prevedibilità e la coerenza delle decisioni con particolare riferimento allo svolgimento della funzione nomofilattica.

E' stata in particolare condivisa l'esigenza di accrescere i raccordi organizzativi e funzionali tra le giurisdizioni principalmente attraverso processi paralleli e concordati di autoriforma. Le proposte contenute in questa Parte si prefiggono pertanto lo scopo di istituzionalizzare e procedimentalizzare in questa chiave il dialogo tra di esse.

Vengono sinteticamente riportate solo le proposte che risultano condivise nel corso della discussione nel gruppo di lavoro nonché quelle, pur tra loro diverse, che hanno condotto poi ad un approfondimento della discussione e ad una soluzione di sintesi da tutti condivisa.

La maggior parte delle proposte rappresentano il completamento o il consolidamento di processi già in corso e possono essere introdotte in via di autoriforma, come espressione di una autonoma assunzione di responsabilità da parte delle giurisdizioni superiori: attraverso decisioni degli organi direttivi o di autogoverno interni di ciascuna giurisdizione o con la definizione di criteri e di metodi nella organizzazione del lavoro giurisdizionale all'interno degli uffici giudiziari.

Nella stessa logica dell'autoriforma sono considerate anche le proposte da introdurre in via normativa, che, riguardando aggiustamenti all'ordinamento interno delle tre giurisdizioni o ai loro rapporti, non dovrebbero incontrare alcun ostacolo se vi fosse ampio accordo all'interno delle istituzioni interessate. Le proposte contenute nel presente documento possono perciò essere considerate, come una generale ipotesi di autoriforma, da intendere come contributo che le giurisdizioni superiori possono offrire al miglioramento del sistema di giustizia nell'interesse di tutti i suoi destinatari e quindi al miglioramento della qualità, della coerenza e della prevedibilità delle decisioni.

Per ben intendersi: sono stati elaborati in modo condiviso all'interno del gruppo di lavoro i possibili contenuti di un processo di autoriforma in senso lato; spetterà ai vertici delle giurisdizioni di verificare le condizioni della loro praticabilità.

Le proposte, che il gruppo di lavoro ha condiviso al termine della discussione finale sulla base delle note tematiche già elaborate, sono di seguito elencate con una breve sintesi che reca anche la indicazione tra parentesi della nota o delle note tematiche che espongono più diffusamente la proposta stessa insieme al numero di pagina.

Le proposte, che saranno effettivamente condivise da ciascuna giurisdizione anche attraverso opportune forme di consultazione interna, potranno essere oggetto di futuri protocolli di intesa tra i vertici delle tre giurisdizioni che contengano impegni a procedere, in via di autoriforma a legislazione invariata, alle misure organizzative interne alle tre giurisdizioni e, ove necessario, a sostenere la richiesta di limitate modifiche normative. A questa finalità tende il Memorandum.

2. La collaborazione fra Ufficio massimario della Corte di cassazione e Uffici studi della Giustizia amministrativa e della Corte dei conti

Si propone così di valorizzare e stabilizzare in via di autorganizzazione i metodi di cooperazione nelle attività di formazione, di elaborazione dei precedenti giurisprudenziali, di scambio di esperienze, già in atto in numerose sedi, quali gli Uffici studi della giustizia amministrativa e contabile, gli Uffici del massimario della cassazione e la Scuola superiore della magistratura.

Si dovrebbero insomma moltiplicare le vie stabili e qualificate di comunicazione, elaborazione e integrazione tra le giurisdizioni. Su questa solida base si fonda la proposta di rafforzare queste tendenze. Si tratta così di rendere stabili e permanenti i canali di dialogo istituzionalizzati fra l'Ufficio massimario della Corte di cassazione e gli Uffici studi della Giustizia amministrativa e della Corte dei conti. Numerose note tematiche (Amoroso, Rordorf, Simonetti) propongono lo svolgimento sistematico di lavori preparatori o istruttorie comuni sui temi di comune interesse. Ciò richiede la definizione di una metodologia per lo scambio sistematico di conoscenze sulla giurisprudenza più significativa. Si dovranno definire appositi strumenti per la condivisione delle medesime conoscenze, la progressiva armonizzazione dei metodi di lavoro e la ricognizione di decisioni, principi o concetti rilevanti nei rapporti tra le diverse giurisdizioni.

Di particolare rilievo sarà l'elaborazione e la diffusione di modelli di sentenza allo stesso tempo sintetici ed efficaci e delle relative tecniche, obiettivo il cui raggiungimento risulta essenziale al fine di migliorare la tempestività e la qualità complessiva delle decisioni. Infine, si dovrà prevedere la predisposizione congiunta di documentazione e di istruttorie comuni in preparazione dell'esame di casi di generale interesse presso gli organi collegiali di vertice di ciascuna giurisdizione.

In un programma di misure organizzative interne devono rientrare anche strumenti (metodi, formazione, strutture ed elaborazioni dedicate) per una continua, istituzionale interlocuzione non solo con l'avvocatura e con la dottrina, con la quale il dialogo va riportato al livello del passato, ma anche con la società civile e con i mezzi di comunicazione che esercitano oggi il maggior peso nel configurare le relazioni sociali nel mondo contemporaneo: l'immagine delle istituzioni, la loro stessa sostanziale legittimazione e quindi in definitiva il loro ruolo nel sistema passano per l'immagine che di esse danno i media, immagine che a sua volta torna a riflettersi in modo inevitabile sullo stesso funzionamento reale delle istituzioni. È quindi necessario che anche le giurisdizioni superiori si attrezzino per rappresentare organicamente all'esterno la visione che hanno del proprio ruolo, il loro impegno per il buon funzionamento del sistema giudiziario e le questioni di responsabilità collettiva ed individuale dei magistrati che emergono rispetto alla normativa vigente e al dibattito presente nell'opinione pubblica.

3. Questione pregiudiziale interpretativa

Si propone di rafforzare in via normativa la funzione nomofilattica delle giurisdizioni superiori- Corte di cassazione, Consiglio di Stato e Corte dei conti - nei confronti dei giudici di merito ampliando la possibilità di adirle direttamente al fine di chiarire rapidamente il significato di una norma. Già oggi i giudici nazionali possono trasmettere alla Corte di giustizia di Lussemburgo una questione pregiudiziale al fine di chiarire la interpretazione di una norma dell'Unione Europea. La stessa procedura sta per essere introdotta, non appena verrà completato l'iter di ratifica del protocollo n. 16, nei confronti della Corte EDU sulle questioni interpretative relative alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo. Un meccanismo dello stesso tipo esiste ora, a seguito di un recente intervento del legislatore, fra Tar e Consiglio di Stato nell'applicazione del processo amministrativo telematico.

Per altro verso un più risalente diverso meccanismo, ormai collaudato negli anni e comunque ispirato alla stessa esigenza, è stato da tempo introdotto nelle controversie di lavoro, essendosi previsto che i giudici di merito di primo grado possano, ricorrendo determinati presupposti, isolare una questione interpretativa, nuova o di particolare rilevanza, e pronunciarsi con una sentenza pregiudiziale interpretativa, la quale non è appellabile, ma è soggetta solo a ricorso diretto per cassazione (art. 420 bis c.p.c.).

Si tratterebbe in particolare di generalizzare tale ultimo modulo processuale estendendo quest'ultima possibilità, con i dovuti aggiustamenti, a tutti i giudizi nell'ambito delle tre giurisdizioni, anche sulla base delle norme che riconoscono funzioni nomofilattiche a tali giurisdizioni superiori. Essendo frequenti i mutamenti della legislazione, una procedura di questo genere consentirebbe all'organo che svolge funzioni nomofilattiche nell'ambito di ciascuna giurisdizione di pronunciarsi

subito sulla interpretazione di nuove norme senza attendere anni e l'accumularsi di una giurisprudenza applicativa differenziata. È evidente che una rapida pronuncia della Corte superiore, oltre a vincolare il giudice di merito che, nella causa, ha emesso la pronuncia pregiudiziale interpretativa e ad accelerare la risoluzione del caso, non potrebbe non rafforzarne l'effetto "persuasivo" per gli altri giudici anche tramite il già previsto meccanismo di onerarli, in caso di dissenso, dell'adozione di una pronuncia pregiudiziale interpretativa parimenti impugnabile con ricorso diretto per cassazione (Amoroso, 13).

Va precisato che questa possibilità di ricorso diretto non dovrebbe essere contemplata in forma generalizzata ma solo in presenza di presupposti dettagliatamente specificati, quando la pronuncia di 1° grado abbia comportato l'interpretazione di norme di recente emanazione e sia perciò opportuno provocare il formarsi sul punto di un più precoce orientamento di legittimità (Rordorf).

4. Procure generali

È stata sottolineata l'importanza del contributo che la Procura generale presso la Corte di cassazione già fornisce allo svolgimento della funzione nomofilattica e l'opportunità di rafforzarlo anche attraverso l'estensione delle "buone pratiche" già individuate (Fimiani).

Nel complesso, si propone di valorizzare e di estendere a fini di sostegno della funzione nomofilattica le caratteristiche precipue dell'attività della Procura generale presso la Corte di cassazione: quella di avere al suo interno elementi di matrice multipla, provenienti sia dal versante della nomofilachia, sia da quello delle esperienze della realtà ordinamentale ed istituzionale esterna. In questo quadro, la Procura generale può svolgere un ruolo "anfibia" di connessione fra sistema giudiziario e realtà esterna, andando a contribuire, in una certa misura, all'*accountability* del sistema (Fimiani 18 ss.). Per migliorarlo ulteriormente si propongono strumenti organizzativi ad hoc, quale, ad esempio, "un sistema informativo da cui acquisire notizia dei provvedimenti di merito in relazione ai quali è ammissibile e giustificata l'inerenza a questioni di diritto di interesse nomofilattico". Si propone poi di estendere la proponibilità del ricorso nell'interesse della legge da parte del Procuratore generale presso la Corte di cassazione previsto dall'art. 363 c.p.c. anche nell'ambito del processo penale di cassazione. In questo stesso ambito si propone di accrescere fin da ora la cooperazione istituzionale tra la Procura generale presso la Corte di cassazione e la Procura generale della Corte dei conti, ma anche di riflettere per il futuro su come estendere il ruolo delle Procure generali (Fimiani, 5ss).

Viene infine prospettata, nell'ambito delle attività di attuazione dell'art. 6 del d.lgs. n. 106/2006 da parte della Procura generale della Corte di cassazione, la crescente esigenza di una "*nomofilachia delle prassi*" investigative sia quale

garanzia di uguaglianza nell'applicazione della norma procedimentale, sia quale preconditione imprescindibile dell'accertamento della verità nel processo (Fimiani, 14-15).

5. La Corte dei conti in sede di nomofilachia per la giurisdizione e per il controllo

“Anche nel più ampio settore del controllo svolto dalla Corte dei conti vi sono ‘aree’ in cui l’attività rimessa al collegio del controllo s’avvicina all’‘applicazione obiettiva della legge’ nel perseguimento di interessi *super partes* e, così facendo, s’ammanta dei caratteri sostanziali propri della giurisdizione” (Rosa e Pettinari, 1). Ciò posto, si pone con evidenza, anche in tale attività, un problema di “nomofilachia”, ovvero d’individuazione di un meccanismo atto a garantire l’interesse generale all’uniforme osservanza della legge come norma astratta; problema affrontato espressamente, per lo più per *tipologia* di controllo, sia dal legislatore sia dalla Corte stessa, nell’esercizio della propria potestà organizzativa ex art. 4, comma 1, della legge n. 20 del 1994:

- quanto al *preventivo di legittimità*, v. l’art. 3, comma 3, della Deliberazione n. 14/DEL/2000, che definisce la funzione nomofilattica dell’adunanza generale della sezione centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle amministrazioni dello Stato, integrata da tutti i consiglieri delegati delle sezioni regionali di controllo, sollecitata al riguardo dal *Presidente della Corte*;

- quanto ai *giudizi di parifica in sede locale*, v. il combinato disposto prima degli artt. 1, comma 5, e 3, comma 1, lett. *r*, del d.l. n. 174 del 2012, convertito con modificazioni dalla legge n. 213 del 2012, ed ora l’art. 11, comma 6, lett. *e*, del d.lgs. n. 174 del 2016, che ha previsto una pronuncia di secondo grado, *ad iniziativa di parte*, su dette deliberazioni ad opera delle Sezioni Riunite in speciale composizione, decisione con intrinseca valenza anche nomofilattica, attesa la natura dell’organo (a tale forma di “nomofilachia”, *adita ad istanza di parte*, sono altresì sottoposti anche i *piani di riequilibrio* ed il *controllo sui rendiconti dei gruppi consiliari*, per cui vale l’art. 33, comma 2, lettera *a*, n. 3, del d.l. n. 91 del 2014);

- quanto alle questioni *risolte in maniera difforme dalle sezioni regionali di controllo, nonché sui casi che presentano una questione di massima di particolare rilevanza*, v. l’art. 17, comma 31, del d.l. n. 78 del 2009, convertito con modificazioni dalla legge n. 102 del 2009, che individua nelle Sezioni Riunite in sede di controllo, *sollecitate al riguardo dal Presidente*, l’organo competente ad adottare pronunce di orientamento generale;

- quanto alla *risoluzione dei contrasti interpretativi rilevanti per l’attività di controllo o consultiva* o alla *risoluzione di questioni di massima di particolare rilevanza*, v. l’art. 6, comma 4, del d.l. n. 174/2012, che demanda la “funzione

nomofilattica” alla Sezione delle autonomie (che può emanare delibera di orientamento alla quale le Sezioni regionali di controllo si conformano), facendo al contempo salva “l'applicazione dell'articolo 17, comma 31, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, nei casi riconosciuti dal Presidente della Corte dei conti di *eccezionale rilevanza* ai fini del coordinamento della finanza pubblica ovvero qualora si tratti di applicazione di *norme che coinvolgono l'attività delle Sezioni centrali di controllo*”.

Peraltro, il novellato art. 7, comma 8, della legge n. 131 del 2003, come modificato dal decreto legge n. 113 del 2016, convertito con modificazioni dalla legge n. 160 del 2016, stabilisce che le richieste di parere in materia di contabilità pubblica possono essere rivolte direttamente alla Sezione delle autonomie della Corte dei conti, per le Regioni, dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e dalla Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome; per i Comuni, le Province e le Città metropolitane, dalle rispettive componenti rappresentative nell'ambito della Conferenza unificata; quindi, in materia consultiva, si dà agli enti un accesso diretto all'organo che, laddove sia investito di un contrasto o di una questione di massima ad opera delle Sezioni regionali, è chiamato a svolgere in materia funzione nomofilattica.

L'esigenza della “nomofilachia – ovvero dell'uniforme interpretazione e della corretta applicazione delle norme di contabilità pubblica e delle altre materie sottoposte alla giurisdizione contabile – connota ormai anche rilevanti funzioni del controllo” (Rosa e Pettinari, 6), e pertanto “la strutturazione delle funzioni di controllo per tipo” influenza la stessa funzione nomofilattica, caratterizzata da una pluralità di organi investiti della funzione. In sede di controllo, sono inoltre presenti due forme di accesso alla nomofilachia, intesa in termini sostanziali: tramite decisione del Presidente o tramite ricorso diretto della parte (in tal caso la funzione nomofilattica della pronuncia, resa formalmente in sede di gravame o di accesso diretto, deriva dalla natura, dalla composizione e dalla collocazione istituzionale dell'organo decidente, cioè, rispettivamente, le Sezioni Riunite in speciale composizione, nei casi prima visti, e la Sezione delle autonomie, per l'attività consultiva). Mentre nel primo tipo di accesso, in caso di contrasti o di questioni di massima di peculiare rilevanza, il presidente è l'organo chiamato a svolgere la funzione di “chiusura” del sistema, potendo individuare la sede “effettiva” della nomofilachia, questo non è possibile nel caso di accesso diretto, con possibili conseguenze problematiche nel rapporto fra le diverse attività di controllo (Rosa e Pettinari 8).

Il recente Codice della Giustizia contabile (D.lgs. 174/2016) ha rafforzato il ruolo del Pubblico ministero contabile. Oggi, infatti, è chiamato ad occuparsi anche “della legittimità di atti o di gestioni pubbliche, ovvero a partecipare alla funzione referente nei confronti di organi rappresentativi, operando verifiche

diverse rispetto al *modus operandi* proprio dell'accertamento della responsabilità amministrativa ed incentrate sull'azione dell'amministrazione considerata, oggettivamente, come apparato" (Auriemma, Rebecchi e Ferrari, 13).

Le nuove previsioni normative hanno stimolato la Corte a dare risposta alle esigenze emerse nel gruppo di lavoro: autorganizzazione e autoriforma (ad esempio, promuovendo la "digitalizzazione"); consapevolezza delle interconnessioni fra le magistrature superiori; esercizio più ampio della nomofilachia "interna" in funzione della certezza del diritto e di un sufficiente grado di "prevedibilità" delle decisioni (Ibi, 15).

6. Mobilità dei magistrati tra le giurisdizioni e integrazione degli organi giudiziari con magistrati di altre giurisdizioni

Nel corso della discussione nel gruppo di lavoro è stata più volte invocata la necessità di condividere una comune cultura professionale, con scambi di conoscenze e di metodi di lavoro tra i magistrati appartenenti alle diverse giurisdizioni al fine di avvalersi anche delle esperienze altrui. Si è sottolineata la necessità di sviluppare una aggiornata cultura comune che si accompagni alla specializzazione delle diverse giurisdizioni e al loro adeguamento alle condizioni più avanzate di esercizio della giurisdizione. Del resto, una cultura aggiornata della giurisdizione non può non essere una cultura comune a diverse giurisdizioni anche oltre i confini nazionali. La questione cruciale riguarda qui la necessità di accrescere, nell'assetto complessivo del sistema giudiziario, nei rapporti tra le giurisdizioni e al loro interno e nella stessa deontologia dei singoli giudici, il peso che si attribuisce ad una linea di affidabilità e coerenza del sistema delle decisioni che attraversi le tre giurisdizioni. A tal fine si è proposta la introduzione in via normativa di specifiche modalità per attuare tra le giurisdizioni superiori forme periodiche di mobilità di magistrati. L'istituto rifletterebbe un disegno di unità funzionale delle giurisdizioni e sarebbe, sulla base di norme legislative che lo consentano, precisato e applicato sotto il presidio dei rispettivi organi di autogoverno secondo le ordinarie procedure per il trasferimento di magistrati. Al fine di rafforzare i canali di collegamento organico fra le varie giurisdizioni, le note tematiche propongono in modo specifico di introdurre in via normativa la possibilità di applicazioni temporanee di magistrati di una giurisdizione all'interno di un'altra con riferimento alle sole funzioni giurisdizionali (Simonetti, 8).²

² In Francia, ad esempio, dove è possibile la nomina diretta alla Corte di cassazione di consiglieri di Stato – oltre che di professori universitari di diritto e di avvocati (con determinate anzianità) – è anche possibile la nomina di consiglieri della Corte di cassazione "in servizio straordinario" per la durata di 8 anni, fra persone aventi una significativa esperienza professionale, non necessariamente di tipo giuridico. A sua volta è possibile la nomina di magistrati ordinari – con una determinata qualifica – a consiglieri di Stato "in servizio straordinario" per la durata di 5 anni.

Nell'ambito delle proposte a Costituzione invariata, le note tematiche hanno avanzato proposte dirette a collegare tra le diverse giurisdizioni l'esercizio della funzione nomofilattica, per rispondere così all'esigenza di certezza, stabilità e coerenza del sistema delle decisioni, sia pure in un quadro dinamico ed evolutivo.

L'esigenza di armonizzare il sistema delle decisioni al di là dei confini delle singole giurisdizioni è infatti coesistente al concetto stesso di nomofilachia in quanto, se non si desse seguito a tale esigenza, si creerebbe nel sistema nomofilattico una falla fatale.

Come si è già osservato, il dialogo tra le giurisdizioni rientra in un concetto ampio e oramai necessario di nomofilachia. Le tre giurisdizioni nel loro insieme hanno la capacità, l'esperienza e l'autorevolezza necessarie per identificare e definire le grandi questioni e i grandi temi che richiedono un esercizio più consapevole e integrato della funzione nomofilattica svolta dai vertici dei rispettivi sistemi. Vanno dunque perseguite le possibili strategie volte ad accrescere la prevedibilità e la coerenza delle decisioni - e quindi l'effettività della tutela dei diritti - l'armonizzazione dei rapporti tra diverse giurisdizioni e a realizzare tra di esse il principio di concentrazione della giurisdizione e l'obiettivo di massima economia dei procedimenti.

A tale fine si propone la integrazione delle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione, allargando la loro composizione ordinaria con magistrati delle altre giurisdizioni appositamente designati secondo appropriate modalità. L'integrazione potrebbe essere prevista - di intesa tra i Presidenti di ciascuna giurisdizione e sentite le parti - quando le giurisdizioni siano chiamate a decidere una questione che rientri in una giurisdizione, ma investa aspetti di interesse anche di altre giurisdizioni. Si è poi precisato che l'allargamento dovrebbe riguardare da uno o due fino ad "un certo numero" di magistrati provenienti dalle altre giurisdizioni superiori (Amoroso). Ad esempio, si propone che nelle sezioni unite civili della Corte di cassazione, ai nove magistrati che formano ordinariamente il collegio si aggiungano tre componenti provenienti, a seconda dei casi, dal Consiglio di Stato e/o dalla Corte dei conti (Rordorf), con una certa anzianità di svolgimento delle funzioni giurisdizionali.

Le proposte contenute al riguardo nelle note tematiche muovono tutte nella stessa direzione, anche se non sono pienamente convergenti. La discussione successiva ha condotto ad un approfondimento che ha mostrato la piena condivisione dell'esigenza che ciascuna giurisdizione in sede di esercizio della funzione nomofilattica si pronunci tenendo conto della giurisprudenza e della esperienza maturata in altre giurisdizioni. Quindi, ciascuna giurisdizione dovrebbe considerare attentamente i principi di diritto fissati negli altri ambiti anche al fine di procedere alla loro progressiva armonizzazione.

7. L'organizzazione degli uffici giudiziari a tutela della coerenza del sistema di giustizia

Le note tematiche segnalano come le tendenze alla incessante espansione quantitativa e qualitativa dei compiti giurisdizionali, in un quadro di ipertrofia e continuo mutamento della legislazione, determinino effetti disfunzionali crescenti sull'organizzazione e sul funzionamento degli uffici giudiziari. Oltre a sostenere il complesso di misure già attuate o allo studio in altre sedi, volte a ridurre i flussi quantitativi e migliorare l'efficienza delle organizzazioni giudiziarie, con riferimento ai fini nomofilattici che costituiscono lo specifico oggetto del gruppo di lavoro, le note tematiche segnalano gli effetti negativi di questi fenomeni sulla qualità delle singole decisioni, che sono insieme la base e la risultante di qualsiasi forma di nomofilachia, che non può fare a meno di effetti diffusi e circolari.

Le note tematiche segnalano inoltre crescenti difficoltà nell'assicurare livelli adeguati di armonizzazione e di coerenza delle decisioni e nella applicazione di concetti e principi di diritto. È un fenomeno che si manifesta non solo tra le giurisdizioni superiori o tra giudici di merito e giurisdizioni superiori ma anche all'interno della stessa giurisdizione superiore tra funzioni o sezioni diverse, e perfino all'interno delle singole sezioni, dove la intensità dei flussi di lavoro non è sempre sostenuta da livelli organizzativi e strumentali adeguati. Tutte le proposte prospettate in precedenza richiedono perciò di essere accompagnate, in primo luogo, da un rafforzamento degli aspetti formativi e deontologici dei singoli magistrati con riferimento alla necessità di contrastare i sopradescritti fenomeni disfunzionali nonché al tempo stesso, con pari intensità, da una congruente organizzazione e capacità di direzione degli uffici giudiziari.

Viene quindi sottolineata la necessità di adeguare a questa nuova situazione le valutazioni di professionalità, eventualmente affrontando la delicata questione dei rapporti tra tali valutazioni ed informazioni provenienti dalle procedure disciplinari, sulla quale allo stato si registrano posizioni divergenti (Fimiani, 13). Si condivide l'obiettivo di rendere i procedimenti disciplinari progressivamente più simili tra loro nei diversi plessi giurisdizionali, la cui specificità non sembra giustificata, se non in misura assai limitata, le diverse normative oggi esistenti. Non va poi trascurato che un miglioramento della coerenza delle decisioni non può non avere ricadute positive sui meccanismi di responsabilità del magistrato, evitando che incertezze ed incoerenze giurisprudenziali possano favorire il ricorso ad azioni di responsabilità.

In un contesto che non valorizza a sufficienza la funzione direttiva le note tematiche segnalano anche il rischio di un affievolimento della collegialità (Severini) e di tendenze verso un'eccessiva personalizzazione. Si può infatti determinare una tensione crescente fra una definizione del ruolo del giudice che mette l'accento sulla sua autonomia, anche dai testi giuridici, ed un assetto che non prevede – né incentiva – forme di responsabilità sociale come quelle

presenti nei paesi di common law³. Non si tratta quindi di avvicinarsi al modello del giudice di *common law*, anche se è comunque significativo che in casi recenti la concretizzazione di clausole generali (buonafede, giusta causa, diligenza e altre) veda la “regola del caso” estraibile attraverso la enunciazione degli elementi rilevanti della fattispecie concreta, piuttosto che con l'estrazione di un astratto principio di diritto. Si tratta invece di approfondire anche in questo nuovo contesto gli elementi caratterizzanti della nostra tradizione giuridica.

Nell'esercizio della funzione nomofilattica, ogni singolo giudice risponde non solo alla domanda di giustizia del caso singolo ma anche alla domanda di giustizia del sistema, che richiede coerenza e tendenziale prevedibilità delle decisioni. Si sottolinea quindi l'importanza di indirizzi già ampiamente condivisi volti a valorizzare, nella formazione e nella deontologia del giudice, ed in particolare di quello addetto a funzioni nomofilattiche, il bilanciamento tra l'esigenza insopprimibile di tutela della indipendenza, e cioè del libero convincimento, del singolo giudice e la responsabilità dello stesso giudice di garantire la coerenza, la certezza e la stabilità del sistema delle decisioni, sia pure in un quadro evolutivo, adottando un metodo di lavoro che ricomponga tali esigenze in specifiche procedure. Si tratta infatti di aspetti che concorrono entrambi alla garanzia che il giudice deve offrire al cittadino: le garanzie di indipendenza tutelano il giudice dalle pressioni esterne, ma non contrastano con l'obbligo di attenersi ai principi consolidati e agli indirizzi giurisprudenziali che li esprimono, salva una congrua motivazione che giustifichi un discostamento evolutivo.

E' utile quindi, rafforzare, presso ogni giudice e ogni collegio, il presidio anche strumentale e processuale in grado di evidenziare i nessi che singoli casi presentano con i principi e le tradizioni giuridiche incorporati nella giurisprudenza. Tale presidio passa principalmente attraverso il pieno esercizio della collegialità e il ruolo dei presidenti. A questi ultimi spetta il compito di assicurare lo scambio di informazioni e di esperienze all'interno delle sezioni e dei singoli collegi sulla preesistente giurisprudenza (art. 47 quater dell'O.G.) e quindi di curare l'adequata motivazione di ogni scostamento, oltre al rispetto delle regole relative all'obbligo di rinvio all'organo nomofilattico di vertice (Severini). Il rafforzamento delle capacità organizzative degli uffici giudiziari, della collegialità e dei rapporti tra diversi organi giudiziari che si pronunciano sulle stesse questioni è essenziale per curare il miglioramento dei metodi della giurisdizione di fronte alla maggiore complessità della funzione, così come emerge nel contesto descritto dalla Prima Parte. Ciò nel pieno rispetto dell'autonomia del singolo giudice, anzi attraverso una sua valorizzazione che passi per la piena e autonoma responsabilizzazione di ciascun giudice a tutelare la coerenza del sistema in ogni grado del giudizio. A

³ Ed in particolare in Inghilterra, dove particolarmente accentuata è quella verso il ceto dei giuristi pratici.

tal fine è importante adottare strumenti informatici e organizzativi che facilitino sempre più, all'interno degli uffici giudiziari, la conoscenza collettiva delle pronunce rese in occasione di precedenti casi simili e, laddove le decisioni dei primi giudici siano state impugnate, di quelle intervenute nel corso dei gradi successivi del medesimo giudizio, attraverso una informazione mirata e una adeguata classificazione tematica nelle banche dati. La mancanza di tali strumenti costringe spesso il giudice a laboriose ricerche senza adeguato supporto dagli uffici.

Lo stesso tipo di responsabilizzazione del giudice investe, oltre che il merito delle decisioni, anche aspetti di funzionalità del sistema giurisdizionale attraverso la rigorosa applicazione dei principi processuali di contenimento del campo della giurisdizione agli oggetti suoi propri, di concentrazione in unico procedimento, di economia processuale e massima sintesi, obiettivi che implicano non certo semplificare le questioni, ma piuttosto trovare la via che va diretta al cuore di ciascun caso (Patroni Griffi). Dovrebbero dunque rafforzarsi gli strumenti organizzativi e formativi diretti a rendere certa la capacità di ciascun giudice di pronunciarsi tenendo conto del complesso della giurisprudenza in qualsiasi modo attinente al caso in giudizio, tanto nella propria quanto nell'ambito di altre giurisdizioni, valorizzando l'apporto specifico di ciascuna e assicurando, in modo particolare nei passaggi evolutivi, la continuità dei principi e delle tradizioni giuridiche incorporate nella giurisprudenza. Così come devono rafforzarsi, attraverso la cooperazione tra le giurisdizioni, gli strumenti volti a realizzare la fondamentale esigenza più volte richiamata che ciascuna giurisdizione in sede di esercizio della funzione nomofilattica si pronunci tenendo conto della giurisprudenza e della esperienza maturata in altre giurisdizioni e dei principi di diritto fissati al fine di procedere alla loro progressiva armonizzazione.

E' stato anche sottolineato che tali esigenze sono particolarmente avvertite nelle questioni di diritto che attraversano tutte le giurisdizioni, segnatamente in tema di responsabilità civile e, in modo tutto particolare, in tema di responsabilità civile del giudice, questioni che si presentano in modo in parte nuovo e che dovrebbero quindi per questo prestarsi ad essere campi di elezione per sperimentare un più mirato e specificamente attrezzato processo di armonizzazione.

Si è quindi rilevato che dovrebbero massimamente considerarsi, nel dialogo tra le diverse istituzioni, le cause dei differenziali quantitativi che ancora registriamo rispetto ad altri paesi europei. Come dimostrato nella prima parte di questa nota di sintesi, le cause sono in gran parte esterne alle magistrature, ma le giurisdizioni possono a loro interno consolidare ed estendere i comportamenti più utili a contenerne gli effetti e migliorare il funzionamento del sistema di giustizia. In particolare, sembra necessario perseguire: a) il contenimento della frequenza di accesso alle corti superiori, nettamente maggiore rispetto a quanto si riscontra in altri sistemi simili al nostro; b) la diffusione di una cultura

istituzionale e professionale maggiormente orientata verso qualità ed efficacia di risultato; c) la valorizzazione di principi, di indirizzi e culture professionali ispirati alla maggiore concentrazione possibile delle domande in un unico procedimento; d) la massima sintesi ed economia dei mezzi giuridici di tutela, ai fini del rispetto dei limiti complessivi di sostenibilità del sistema.

Parte III. Relazione finale del Gruppo di lavoro “Giurisdizioni”. La cooperazione tra le giurisdizioni superiori nell’interesse dei cittadini e della giustizia

NOTE TEMATICHE

I PRINCIPI VINCOLANTI DELLA GIURISPRUDENZA DELLE GIURISDIZIONI SUPERIORI

(SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI CASSAZIONE, ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO, SEZIONI RIUNITE DELLA CORTE DEI CONTI)

GIOVANNI AMOROSO*

Sommario: 1. Premessa. - 2. La soggezione del giudice solo alla legge e la giurisprudenza come fonte di "principi di diritto". - 3. L'eguaglianza davanti alla legge e l'"unità del diritto oggettivo nazionale". - 4. Il principio dello stare decisis. - 5. La delega contenuta nella legge n. 80 del 2005 ed il nuovo art. 374 cod. proc. civ.. - 6. La convergenza del processo amministrativo sul principio dello stare decisis: l'art. 99 cod. proc. amm.. - 7. L'art. 99 cod. proc. amm. (introdotto per il Consiglio di Stato) in comparazione con l'art. 374 cod. proc. civ. (dettato per la Corte di cassazione). - 8. Il giudizio innanzi alla Corte dei conti: art. 42, comma 2, legge n. 69/2009 versus l'art. 117 cod. giud. cont. (d.lgs. n. 174 del 2016) - 9. Giurisdizioni superiori e giurisdizioni di merito. - 10. Una riflessione finale: verso le Sezioni Unite della Corte di cassazione allargate alla partecipazione del Consiglio di Stato e della Corte dei conti.

1. Premessa

Vi è una non causale convergenza di tre disposizioni dettate nel codice di procedura civile, nel codice di procedura amministrativa e nel (recente) codice del giudizio contabile - art. 374 cod. proc. civ., art. 99 cod. proc. amm. e art. 117 cod. giud. cont. - che pongono un vincolo interpretativo negativo per la sezione semplice che non condivida un principio di diritto affermato rispettivamente delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato o delle Sezioni Riunite della Corte dei conti. In estrema sintesi, se la Sezione semplice non condivide tale principio di diritto, non può accogliere un'interpretazione difforme creando un contrasto di giurisprudenza, ma deve rimettere la questione rispettivamente alle Sezioni Unite, all'Adunanza Plenaria o alle Sezioni Riunite perché siano queste ultime a confermare o modificare l'interpretazione precedente, tenendo conto in particolare delle argomentazioni espresse nell'ordinanza interlocutoria della Sezione semplice.

* Presidente di Sezione della Corte Suprema di Cassazione.

E' stata così introdotta, nelle giurisdizioni superiori, una forma attenuata di *stare decisis* per rafforzare la loro funzione nomofilattica nelle rispettive aree di giurisdizione.

2. La soggezione del giudice solo alla legge e la giurisprudenza come fonte di “principi di diritto”

Le riflessioni che possono svolgersi su questo tema della nomofilachia delle giurisdizioni superiori debbano però muovere da una prima considerazione generale. Nel nostro ordinamento giuridico la tutela giurisdizionale, garantita come diritto fondamentale dall'art. 24 Cost., si fonda sul principio cardine, quale asse portante del sistema giudiziario, fissato nel secondo comma dell'art. 101 della Costituzione: i giudici sono soggetti soltanto alla legge. Ad essi – giudici ordinari e giudici speciali – spetta interpretare la legge, ma essi si rapportano direttamente alla legge senza la mediazione di un sistema gerarchizzato di produzione giurisprudenziale. Ciascun giudice decide la controversia sottoposta al suo esame applicando le norme di diritto, così come dallo stesso giudice rilevate ed interpretate (*iura novit curia*), senza che possano assumere rilevanza ed efficacia vincolante precedenti decisioni di altri giudici. Ha affermato la Corte costituzionale che l'art. 101, secondo comma, Cost., «esprime l'esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto» (sent. n. 40 del 1964; n. 234 del 1976; n. 49 del 2015).

Inoltre deve considerarsi che la giurisprudenza comune, dei giudici ordinari e di quelli speciali, non tocca il sistema delle fonti normative; non crea norme di legge, ma dichiara “principi di diritto”. La giurisprudenza non altera la norma interpretata; la lascia invariata, quindi suscettibile di una continua opera di interpretazione.

Il “principio di diritto” non è pertanto la codificazione di una norma di dettaglio a corredo della norma interpretata, ma è la generalizzazione dell'interpretazione coniugata all'applicazione della norma ad una fattispecie concreta. La regola di giudizio usata come criterio di decisione di una fattispecie concreta è sussunta come “principio di diritto” suscettibile di costituire la regola di giudizio per la decisione di altre fattispecie uguali o analoghe.

Gli effetti però sono pur sempre comparabili a quelli che discendono da modifiche normative. Si consideri, ad es., la fattispecie dell'abrogazione normativa: il fenomeno del venir meno di una norma di legge per essere stata espunta dal sistema normativo può presentarsi sia come abrogazione della stessa quale espressione di attività di normazione positiva, sia come abrogazione per incompatibilità in ragione dell'attività interpretativa della giurisprudenza che riconosce l'insuperabile antinomia con una norma

successiva. Il dato comune però è che la disposizione è venuta meno e non appartiene più al sistema normativo vigente.

Questa contiguità è accentuata dalla circostanza che i “principi di diritto”, come le norme di legge, sono formulati in termini generali ed astratti e quindi sono parimenti idonei a regolare la fattispecie concreta. Anzi i principi di diritto sono sempre generali ed astratti perché derivano già dal giudizio su una fattispecie concreta; mentre le norme di legge sono di regola generali ed astratte, ma possono anche riguardare solo una singola fattispecie, come nel caso delle leggi provvedimento.

Non di meno i “principi di diritto” non sono norme di legge e non appartengono al sistema delle fonti. Può ricordarsi in proposito che in passato si è anche verificato, in un giudizio incidentale di legittimità costituzionale, che un giudice rimettente censurasse non una norma di diritto, ma un “principio di diritto”, e ponesse quindi la questione di costituzionalità in riferimento a norme “non corrispondenti a specifiche disposizioni di legge e tuttavia rinvenute dalla Corte di cassazione nell’ordinamento”; ossia censurava, in particolare, il principio di diritto che (all’epoca) predicava la perdita della proprietà e l’acquisto di essa in capo alla pubblica amministrazione quale effetto dell’illecito costituito dalla costruzione dell’opera pubblica su suolo altrui senza provvedimento espropriativo. Secondo il giudice rimettente si trattava di un “puro” principio di diritto espressione di una ipotizzata attività maieutica di tipo normativo che egli – seppur in chiave critica – riferiva alla giurisprudenza della Corte di cassazione. La Corte costituzionale però ha considerato che, dal momento che il giudice rimettente aveva censurato un “principio di diritto” e non già una norma di legge, la questione di costituzionalità era, in questa parte, priva di oggetto (e pertanto inammissibile) perché l’art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (sulla Costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale) prescrive che il giudice *a quo* indichi “le disposizioni della legge o dell’atto avente forza di legge, dello Stato o della Regione che assuma viziati da illegittimità costituzionale” (C. cost. n. 188 del 1995). In sostanza il giudice rimettente avrebbe dovuto percorrere il cammino inverso della giurisprudenza comune: risalire dal “principio di diritto”, che assumeva essere contrastante con parametri costituzionali, alla norma di diritto, oggetto dell’attività interpretativa, ed investire quest’ultima della censura di incostituzionalità.

I “principi di diritto” sono quindi esterni al sistema delle fonti del diritto e – si è già rilevato - non sono vincolanti stante l’inequivocabile precetto costituzionale recato dal citato art. 101, secondo comma, Cost.: i giudici sono soggetti soltanto alla legge: non c’è una gerarchia delle pronunce le quali fanno tutte riferimento alla legge (intesa come norma appartenente al sistema delle fonti del diritto) e quindi sono equiordinate.

Il principio dello *stare decisis* (o del *binding precedent*) tipico degli ordinamenti di *common law*, nella misura in cui predica l’efficacia vincolante del precedente

sulla base di una differenziazione gerarchica delle pronunce dei giudici, trova una preclusione nel suddetto parametro costituzionale.

Il principio di diritto ha invece una valenza persuasiva, in ragione dell'impianto argomentativo che lo sorregge, e non già vincolante. E giuoca un ruolo specifico ed autonomo nel processo decisionale e motivazionale del giudice affiancandosi alla tecnica argomentativa di concatenazioni logiche discendenti (secondo un modello sillogistico-deduttivo) o ascendenti (secondo un modello dogmatico-sistematico). Il riferimento al precedente consente invece un percorso argomentativo orizzontale che non è né deduttivo, né sistematico, ma di mero rinvio. Il giudice indica il luogo – il precedente – in cui sono sviluppate le argomentazioni a sostegno del “principio di diritto” assunto come regola di giudizio della fattispecie.

3. L'eguaglianza davanti alla legge e l' “unità del diritto oggettivo nazionale”

A fronte della non vincolatività dei principi di diritto, che discende dalla citata norma costituzionale, si pone – in bilanciamento se non proprio in contrapposizione – un'altra esigenza che pure ha rilievo costituzionale, quella della certezza del diritto quale proiezione del principio di eguaglianza (art. 3, primo comma, Cost.: Tutti i cittadini [...] sono uguali davanti alla legge [...]).

I principi di diritto, pur formalmente esterni al sistema normativo non appartenendo alle fonti del diritto, tuttavia sono in concreto idonei a completare la fattispecie normativa, a disegnarne meglio i contorni, e talvolta – come nel caso delle c.d. clausole generali – a riempirla di contenuto.

La “legge” davanti alla quale i cittadini sono eguali si atteggia quindi come un plesso di norme di legge e di principi di diritto: le une e gli altri sono idonei a fornire al giudice la regola di giudizio per decidere il caso portato alla sua cognizione.

Un'accentuata mutevolezza o relativizzazione dei principi di diritto, seppur rispettosa del principio di cui all'art. 101, secondo comma, Cost., indurrebbe in sofferenza il principio di eguaglianza (art. 3, primo comma, Cost.), con il quale mal si concilia l'evenienza che due fattispecie analoghe siano decise in termini diversi.

Pur in un sistema in cui non opera il canone dello *stare decisis*, non di meno la circostanza che un principio di diritto risulti nel tempo fissato in una massima di diritto vivente non è senza effetti.

Un indirizzo costante e ripetuto negli anni comporta la formazione di una situazione qualificata come di “diritto vivente”, che esprime la norma di legge contestualizzata dai principi di diritto che ad essa afferiscono; situazione questa che crea affidamento nella stabilità del quadro normativo e nella certezza dei rapporti giuridici.

Sul piano generale dei principi regolatori dell'ordinamento, la tendenziale fedeltà ai precedenti giurisprudenziali, che per la loro costante riaffermazione formano il "diritto vivente", rappresenta una proiezione del principio di eguaglianza e di certezza dei rapporti giuridici. Al contrario la mutevolezza ed imprevedibilità della giurisprudenza creano situazioni di diseguaglianza e ingenerano incertezza nei rapporti giuridici.

Nel nostro ordinamento giuridico, caratterizzato dalla complessità dell'insieme delle norme che lo compongono, l'attività interpretativa della giurisprudenza svolge una funzione di completamento delle norme stesse che, pur nella dialettica delle possibili diverse soluzioni interpretative, confluisce alla fine a realizzare ciò che l'art. 65 ord. giud. (r.d. 30 gennaio 1941 n. 12) definisce come "uniforme interpretazione della legge" e "unità del diritto oggettivo nazionale". Tale è il diritto vivente ossia la giurisprudenza comune, dei giudici ordinari e dei giudici speciali, che dà vita a principi di diritto regolatori di rapporti giuridici; categoria questa che è da tempo ben nota sul piano del giudizio di costituzionalità: la Corte costituzionale, cui si deve la teorizzazione della dottrina del diritto vivente, tende a dichiarare inammissibili o manifestamente inammissibili le questioni sollevate dal giudice rimettente su un presupposto interpretativo contrastante con il diritto vivente. In sostanza, come è priva di oggetto la questione di costituzionalità posta su un principio di diritto piuttosto che su una norma di legge, parimenti è priva di oggetto la questione posta su una norma di legge interpretata in modo difforme dal diritto vivente.

Alla produzione di quest'ultimo è deputata specificamente la Corte di cassazione che, da un lato, nel curare l'«esatta osservanza» della legge e nello svolgere quindi il sindacato di legittimità, opera sulla fattispecie concreta, ad iniziativa delle parti, e decide la causa (*ius litigatoris*); dall'altro lato, proprio mentre cura l'osservanza della legge nei singoli casi concreti, può contestualmente produrre principi di diritto per la fattispecie astratta al fine di assicurare «l'uniforme interpretazione della legge» e «l'unità del diritto nazionale», così assolvendo alla funzione di nomofilachia (*ius constitutionis*).

Funzione questa che da tempo è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale che ha più volte affermato che è alla Corte di cassazione che "compete il magistero della nomofilachia" (*ex plurimis*, sent. n. 204 del 1982; più recentemente v. sent. n. 210 del 2013 che si riferisce alla Corte di cassazione come "massimo organo di nomofilachia"). Un rafforzamento di questa funzione nomofilattica rappresenta, sul piano dei principi costituzionali, da una parte una più piena realizzazione del principio di eguaglianza (art. 3, primo comma, Cost.) e d'altra parte indirettamente favorisce anche la ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.) perché è proprio la certezza del diritto e l'affidamento sulla tendenziale stabilità dei principi di diritto a rappresentare un forte argine deflattivo del contenzioso.

Inoltre una parallela funzione di nomofilachia è quella del Consiglio di Stato e della Corte dei conti nel rispettivo ambito della giurisdizione.

In sintesi il principio che il giudice è soggetto soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.) è necessariamente bilanciato dal principio di eguaglianza, che vuole tutti uguali davanti alla legge (art. 3, primo comma, Cost.), coniugato con il principio dell'«unità del diritto oggettivo nazionale» (art. 65 ord. giud.) espresso dalla nomofilachia della giurisprudenza che, nell'ambito segnato dalla rispettiva competenza giurisdizionale, esercita il sindacato di legittimità (Corte di cassazione per l'ordinario sindacato di legittimità sulle pronunce dei giudici ordinari; Consiglio di Stato per il sindacato di legittimità sulle pronunce dei giudici amministrativi; Corte dei conti per il sindacato di legittimità sulle pronunce dei giudici contabili). Invece il sindacato sulla giurisdizione è concentrato soltanto nelle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione (art. 111, ottavo comma, Cost.).

4. Il principio dello *stare decisis*

Il bilanciamento tra questi due canoni costituzionali – la soggezione del giudice solo alla legge e l'eguaglianza di tutti di fronte alla legge – costituisce il contesto di riferimento in cui si collocano le tre citate disposizioni processuali (art. 374 cod. proc. civ., art. 99 cod. proc. amm. e art. 117 cod. giust. cont.) che favoriscono l'«uniforme interpretazione della legge»; una sorta di principio attenuato di *stare decisis*; attenuato perché non predica la vincolatività del precedente, come nei sistemi anglosassoni di *common law*, ma mira a rafforzare la uniformità della giurisprudenza e a tutelare l'affidamento nella stabilità dei principi di diritto.

In un più ampio quadro di rafforzamento della funzione nomofilattica della giurisprudenza la normativa processuale più recente – segnatamente quella del giudizio civile di cassazione - ha messo in campo strumenti diretti appunto a rafforzare l'«uniforme interpretazione della legge». Strumenti analoghi ritroviamo nel giudizio amministrativo ed anche nel giudizio contabile.

Il processo, in vero, è da tempo un cantiere sempre aperto; ma se si vuole fissare un punto di partenza dell'evoluzione del sistema processuale verso un (seppur limitato) principio di *stare decisis* occorre considerare l'art. 1, comma 2, legge 14 maggio 2005 n. 80. Il legislatore, nel delegare il Governo ad adottare un decreto legislativo recante modificazioni al codice di procedura civile, ha previsto - espressamente e per la prima volta - come principio e criterio direttivo, quello di disciplinare il processo di cassazione «in funzione nomofilattica»; tale è stata la riforma recata dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40. Parimenti la delega per il riassetto della disciplina del processo amministrativo ha fatto riferimento alla «giurisprudenza [...] delle giurisdizioni superiori» come espressione di principi generali concorrenti con i criteri direttivi della delega (art. 44 legge n. 69 del

2009). Ancora più recentemente la delega per il riordino della procedura dei giudizi innanzi la Corte dei conti ha espressamente previsto i “principi della nomofilachia e della certezza del diritto” (art. 20 legge n. 124 del 2015).

5. La delega contenuta nella legge n. 80 del 2005 ed il nuovo art. 374 cod. proc. civ.

La iniziale maggiore novità in termini di rafforzamento della funzione nomofilattica della giurisprudenza sta nell’art. 1, terzo comma, della cit. legge n. 80 del 2005, di conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, che ha previsto, tra i principi e criteri direttivi per la revisione del giudizio di cassazione, proprio il “vincolo” delle sezioni semplici al precedente delle Sezioni Unite, stabilendo che, ove la sezione semplice non intenda aderire al precedente, debba investire le Sezioni Unite con ordinanza motivata. Più che un criterio direttivo per il legislatore delegato è questo già un preciso disposto normativo. Il legislatore sembra rompere gli indugi ed introduce per la prima volta una forma di vincolo del precedente giurisprudenziale. E lo fa in modo esplicito parlando addirittura di “vincolo” vero e proprio; ovviamente vincolo interpretativo per il giudice. Il termine era, per così dire, eccessivo: un vincolo interpretativo in realtà non avrebbe potuto essere introdotto perché avrebbe cozzato frontalmente con il cit. disposto dell’art. 101, secondo comma, Cost.: il giudice è soggetto solo alla legge e quindi non può essere soggetto alle decisioni di altri giudici se non nei limiti della dinamica interna del processo stesso che, ad es., vuole che il giudice di rinvio sia soggetto al vincolo – vero e proprio vincolo interpretativo – del principio di diritto affermato nella pronuncia di cassazione con rinvio (art. 384, secondo comma, cod. proc. civ.: il giudice di rinvio “deve uniformarsi al principio di diritto e comunque a quanto statuito dalla Corte”). Il legislatore delegato è stato più cauto e, riformulando l’art. 374 cod. proc. civ. (con l’art. 8 d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40), non ha più parlato di “vincolo”, ma ha introdotto – come *novum* assoluto – il disposto del terzo comma: se la sezione semplice della Corte di cassazione ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso.

Tale disposizione quindi – che costituisce una delle novità di maggior rilievo della novella del 2006 – crea una sorta di vincolo negativo, una forma attenuata della regola dello “*stare decisis*”, regola che, nella sua portata assoluta, non è rinvenibile nel nostro ordinamento, in cui il precedente giurisprudenziale ha una valenza persuasiva.

La novità di tale prescrizione emerge ancor più se la si compara con la parallela previsione dettata dal codice di procedura penale il cui art. 618 contempla che se una sezione della corte rileva che la questione di diritto sottoposta al suo esame ha dato luogo, o può dar luogo, a un contrasto giurisprudenziale, su richiesta delle parti o di ufficio, *può* con ordinanza rimettere

il ricorso alle Sezioni Unite. Si tratta quindi in tal caso di una facoltà, mentre nel processo civile la disposizione in commento pone un obbligo per la sezione semplice e quindi, in questo senso, un “vincolo”.

C'è insomma nel terzo comma dell'art. 374 un meccanismo processuale, che, per come è costruito, finisce comunque per implicare per la sezione semplice un vincolo, seppur meramente negativo, a non adottare l'interpretazione contrastante con quella già espressa dalle Sezioni Unite e non già un vincolo positivo ad adottare proprio quell'interpretazione contestata dalle Sezioni Unite.

La sezione semplice, ove non condivida il principio affermato dalle Sezioni Unite, non è affatto tenuta ad interpretare la legge secondo il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, che non condivide; né anzi potrebbe motivare una pronuncia applicativa di tale principio di diritto (non già con l'adesione, bensì) con la mera allegazione della dovuta ottemperanza al vincolo interpretativo, in quanto questo, come tale, in realtà non sussiste. Ma la sezione semplice, se giunge ad un convincimento diverso ed opposto rispetto a quello contenuto nel principio di diritto delle Sezioni Unite, non può fare altro che rimettere la causa a queste ultime sollecitandole ad una rivisitazione della questione e ad una possibile inversione di giurisprudenza, così invocando, con ordinanza motivata, il *revirement* del principio di diritto non condiviso. In ciò consiste il vincolo negativo: non già obbligo di adottare l'interpretazione accolta dalle Sezioni Unite, bensì divieto di adottare una pronuncia con quest'ultima contrastante e contestuale obbligo di investire le Sezioni Unite, con un'ordinanza interlocutoria che ha il contenuto di una *dissenting opinion* in funzione di *anticipatory overruling*, affinché siano queste ultime a rimuovere il precedente che tale vincolo crea (per una ordinanza di tal genere v. Cass., ord., 11 giugno 2010, n. 14072, che ha invocato un *revirement* della giurisprudenza delle Sezioni Unite, non condividendone il principio di diritto da essa affermata in relazione ad una certa fattispecie; *revirement* poi effettivamente operato da Cass., sez. un., 28 maggio 2014, n. 11907). Sicché può dirsi che la disposizione in commento in realtà interviene a regolare la competenza dell'*overruling* del precedente, quando enunciato dalle Sezioni Unite, assegnandola in via esclusiva alle stesse Sezioni Unite.

C'è in vero da considerare che il vincolo non ha una rilevanza processuale nel regime delle impugnazioni, nel senso che la sua violazione non è rimediabile con uno strumento impugnatorio ordinario o straordinario, quale sarebbe in ipotesi la revocazione delle sentenze della Corte di cassazione (art. 391-bis cod. proc. civ.), i cui presupposti rimangono invariati anche dopo il d.lgs. n. 40/2006. Non c'è infatti alcun errore di fatto revocatorio, ma solo un errore di diritto.

Né, in caso di cassazione con rinvio, il giudice del rinvio può sentirsi sciolto dal vincolo che gli deriva dall'art. 384, secondo comma, cod. proc. civ. per prestare adesione invece al principio affermato dalle Sezioni Unite; vincolo che opera per la stessa Corte di cassazione, che sia nuovamente investita del ricorso avverso la sentenza pronunciata dal giudice di rinvio.

In disparte la dubbia ipotizzabilità di un illecito disciplinare, comunque il fatto che non ci sia una sanzione processuale nel regime delle impugnazioni e che sia difficile configurare una sanzione disciplinare non rende vana la disposizione in commento. Esistono norme processuali ordinatorie che, seppur sprovviste di sanzione, devono non di meno essere osservate dal giudice.

Sembra poi preferibile ritenere che il vincolo negativo per le sezioni semplici riguardi solo la sua espressa e formale enunciazione contenuta nella decisione delle Sezioni Unite e non anche eventuali altri principi di diritto di cui queste ultime comunque abbiano fatto applicazione, ma che non risultino trasfusi nell'enunciazione – formale ed espressa, appunto – di cui al citato art. 384. Ciò non toglie però che occorre pur sempre considerare la sentenza nel suo insieme per ricavare l'effettivo contenuto del principio di diritto così enunciato. Si consideri ad es. il caso recente della Sezione semplice (Cass. 29 luglio 2015 n. 16048) che ha deciso diversamente dalle Sezioni Unite (Cass., sez. un., 30 gennaio 2015, n. 1747), confrontandosi con tale precedente, ma ritenendo, secondo la tecnica del *distinguishing*, che il principio affermato da queste ultime non innescasse il vincolo dell'art. 374, terzo comma, cod. proc. civ..

6. La convergenza del processo amministrativo sul principio dello *stare decisis*: l'art. 99 cod. proc. amm.

Nel processo amministrativo l'art. 45 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato), nel testo modificato dall'art. 15 della legge 21 dicembre 1950, n. 1018, prevedeva, al secondo comma, che se la sezione giurisdizionale del Consiglio «rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dar luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o di ufficio può rimettere il ricorso all'Adunanza plenaria». Il successivo terzo comma del medesimo articolo, poi, precisava che «prima della decisione il Presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio può deferire all'Adunanza plenaria qualunque ricorso che renda necessaria la risoluzione di questioni di massima di particolare importanza». Invece il testo originario (quello del 1924) del secondo comma dell'art. 45 prevedeva che se le sezioni, cui era stato rimesso il ricorso, riconoscevano che il punto di diritto sottoposto al loro esame aveva dato luogo a precedenti decisioni in sede giurisdizionale tra loro difformi, potevano su richiesta delle parti o di ufficio, rinviare con ordinanza la controversia all'Adunanza Plenaria col concorso di nove votanti.

Tale disciplina è stata trasfusa nel nuovo codice del processo amministrativo, approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, in attuazione del cit. art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69. L'articolo 99, comma 1, cod. proc. amm. prevede ora che la sezione cui è assegnato il ricorso, se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali, con

ordinanza emanata su richiesta delle parti o d'ufficio può rimettere il ricorso all'esame dell'Adunanza Plenaria. Il successivo comma 2 prescrive che prima della decisione, il presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio, può deferire all'Adunanza Plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali.

L'art. 99 ha quindi aggiunto, in linea con quanto stabilito dal codice di procedura civile all'art. 374, secondo comma, che il deferimento all'Adunanza plenaria può essere disposto dal Presidente del Consiglio di Stato anche per dirimere contrasti di giurisprudenza.

Il *novum* però è costituito dal successivo terzo comma in simmetria evidente con il terzo comma dell'art. 374: «Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso».

Recentemente la Corte di giustizia UE (Corte giust. UE, Grande Camera, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica c. Airgest s.p.a.) ha precisato che la prescrizione che obbliga la singola Sezione del Consiglio di Stato a non discostarsi dal principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria non scherma, però, l'obbligo sancito dall'art. 267 del Trattato FUE, secondo cui le Corti Supreme – e tale è anche il Consiglio di Stato nell'esercizio del sindacato di legittimità sulle pronunce dei giudici amministrativi - sono tenute ad effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte medesima quando davanti a loro è sollevata una questione concernente l'interpretazione del diritto europeo o la validità di atti delle istituzioni dell'Unione. Ciò vale anche – nel plesso dei giudici ordinari - per il giudice di rinvio che ha il più pregnante vincolo interpretativo dell'art. 384, secondo comma, cod. proc. civ. (Cass. 12 settembre 2014, n. 19301).

7. L'art. 99 cod. proc. amm. (introdotto per il Consiglio di Stato) in comparazione con l'art. 374 cod. proc. civ. (dettato per la Corte di cassazione)

L'art. 374 cod. proc. civ. prevede che ci sono questioni che sono devolute ex se all'esame delle Sezioni Unite: i ricorsi che pongono questioni di giurisdizione ed, in particolare, i ricorsi avverso pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, ammissibili solo per motivi attinenti alla giurisdizione; ai quali si aggiungono i ricorsi avverso le pronunce del Tribunale superiore delle acque pubbliche e quelli, in materia disciplinare, avverso pronunce della sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura e del Consiglio Nazionale Forense. Inoltre il primo presidente può disporre che la Corte pronunci a sezioni unite sui ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici, e su quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza. I casi sono quindi due: a) ricorsi che

presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici; b) ricorsi che presentano una questione di massima di particolare importanza.

Non è in vero contemplata espressamente la prevenzione di un contrasto di giurisprudenza, come invece è previsto dall'art. 618 c.p.p.; però la nozione di "questione di massima di particolare importanza" è sufficientemente ampia per comprendere anche la prevenzione di contrasti di giurisprudenza.

Il potere di assegnazione alle Sezioni Unite appartiene quindi al primo presidente, salva l'ipotesi proprio del terzo comma dell'art. 374: la sezione semplice rimette al primo presidente per l'eventuale assegnazione, ad opera di quest'ultimo, alle Sezioni Unite. La disposizione vede quindi l'investitura delle Sezioni Unite ad opera direttamente della sezione "dissenziente": se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso.

Nel giudizio amministrativo invece l'ipotesi del contrasto di giurisprudenza, anche in via meramente mediata, è prevista dal primo comma dell'art. 99 cui fa da *pendant* il secondo comma: la sezione semplice può investire direttamente l'Adunanza Plenaria, come anche può essere il presidente del Consiglio di Stato ad assegnare il ricorso all'Adunanza Plenaria d'ufficio o su istanza di parte.

La differenza rispetto all'art. 374 sta nel fatto che la sezione semplice può direttamente investire l'Adunanza Plenaria. Però – a seguito dell'integrazione della norma ad opera del decreto correttivo (art. 1, comma 1, lett. o), d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160) – l'Adunanza Plenaria, qualora ne ravvisi l'opportunità, può restituire gli atti alla Sezione. I presupposti comunque sono gli stessi: contrasti di giurisprudenza e questioni di massima di particolare importanza.

C'è poi la fattispecie del terzo comma dell'art. 99 che è simmetrica a quella del terzo comma dell'art. 374 (in entrambe le formulazioni della norma è la Sezione semplice che investe rispettivamente l'Adunanza Plenaria e le Sezioni Unite); si tratta dell'evenienza in cui la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso.

L'art. 99 contiene poi una disciplina ulteriore nel quarto e quinto comma. Il quarto comma prevede che l'Adunanza Plenaria decide l'intera controversia, salvo che ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente. Inoltre il quinto comma stabilisce che l'Adunanza Plenaria, se ritiene che la questione è di particolare importanza, può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio. In tale evenienza la pronuncia dell'Adunanza Plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato.

Si può confrontare il quarto comma dell'art. 99 con il primo comma dell'art. 142 disp. att. cod. proc. civ. che a sua volta prevede che, se nel ricorso sono

contenuti motivi di competenza delle sezioni semplici insieme con motivi di competenza delle Sezioni Unite, queste, se non ritengono opportuno decidere l'intero ricorso, dopo aver deciso i motivi di propria competenza, rimettono, con ordinanza, alla sezione semplice la causa per la decisione, con separata sentenza, degli ulteriori motivi.

La differenza sta essenzialmente nel fatto che l'Adunanza Plenaria può – secondo la portata testuale dell'art. 99, quarto comma, cod. proc. amm. - limitarsi ad enunciare il principio di diritto restituendo per il resto il giudizio alla sezione rimettente. Ciò non possono fare, secondo il dato testuale dell'art. 142, le Sezioni Unite le quali possono anche non occuparsi di ciò che è a valle del principio di diritto, ma devono comunque decidere la controversia nella parte in cui questa è delibabile con l'affermazione del principio di diritto ed inoltre – a differenza dell'ordinanza interlocutoria – devono decidere ogni questione preliminare o pregiudiziale rispetto a quella che investe il principio di diritto. Forse sarebbe possibile anche un'interpretazione che facoltizza le Sezioni Unite a limitarsi ad affermare il principio di diritto senza decidere alcun motivo del ricorso; ma finora dell'art. 142 è stata fatta applicazione nella sua portata testuale; ciò implica che, se la questione che giustifica l'assegnazione alle Sezioni Unite è logicamente preceduta da plurime questioni preliminari e pregiudiziali, la Corte è chiamata a risolverle tutte prima di affrontare il contrasto di giurisprudenza o la questione di massima di particolare importanza.

Vi è poi il quinto comma dell'art. 99 che può porsi in comparazione con l'art. 363, terzo comma, cod. proc. civ.. Il presupposto comune è quello dell'esistenza di una questione di particolare importanza. L'altro presupposto è testualmente più ampio nell'art. 99 rispetto all'art. 363. L'art. 99 contempla l'ipotesi i cui il ricorso è dichiarato irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero è dichiarata l'estinzione del giudizio. Invece l'art. 363, terzo comma, cod. proc. civ. prevede solo l'ipotesi dell'inammissibilità del ricorso.

L'effetto però è analogo: la pronuncia dell'Adunanza Plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato e quella delle Sezioni Unite non ha effetto sulla impugnata pronuncia del giudice del merito.

Manca però nel sistema della giustizia amministrativa una disposizione simmetrica a quella dei primi due commi dell'art. 363, concernenti la richiesta del procuratore generale di enunciazione del principio dell'interesse della legge; facoltà questa che radica un potere più ampio di quello della stessa corte perché si prevede anche l'ipotesi del ricorso avverso un provvedimento non ricorribile per cassazione o altrimenti non impugnabile (come, in generale, in materia cautelare). Ciò ovviamente dipende dalla mancanza del pubblico ministero nel giudizio amministrativo.

8. Il giudizio innanzi alla Corte dei conti: l'art. 42, comma 2, legge n. 69/2009 versus l'art. 117 cod. giud. cont. (d.lgs. n. 174 del 2016)

L'art. 42, secondo comma, d.lgs. 69/2009, dettato per l'ipotesi di dissenso della sezione della Corte dei conti rispetto al principio affermato dalle Sezioni Riunite, è simmetrico all'art. 374 cod. proc. civ. e all'art. 99 cod. proc. amm.. E' previsto il potere di assegnazione del presidente della Corte, ma anche l'assegnazione diretta del ricorso alle Sezioni Riunite. Infatti il presidente della Corte può disporre che le Sezioni Riunite si pronuncino sui giudizi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni giurisdizionali, centrali o regionali, e su quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza. Inoltre se la sezione giurisdizionale, centrale o regionale, ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Riunite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del giudizio.

Nel giudizio innanzi alla Corte dei conti questa prescrizione simile si situa diacronicamente dopo l'introduzione dell'art. 374 cod. proc. civ., ma prima del nuovo art. 99 cod. proc. amm..

Al riguardo, va sottolineato che già l'art. 4 della risalente legge 21 marzo 1953, n. 161 (testo unico delle leggi sulla Corte dei conti), al primo comma, stabiliva: «ove una sezione giurisdizionale della Corte dei conti rilevi che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo a contrasti giurisprudenziali può, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o di ufficio, rimettere il giudizio alle Sezioni riunite». Il secondo comma dello stesso articolo aveva aggiunto: «prima della discussione il Presidente della Corte dei conti, su istanza delle parti o di ufficio, può rimettere alle Sezioni riunite i giudizi che rendano necessaria la risoluzione di questioni di massima di particolare importanza». Infine, il comma 3 così disponeva: «per i giudizi per i quali è ammesso l'appello alle Sezioni riunite ai sensi delle vigenti disposizioni, il deferimento alle sezioni medesime previsto dai commi precedenti è subordinato al consenso delle parti».

Tale disciplina è stata modificata dall'art. 1, comma 7, d.l. n. 453 del 1993, secondo il quale «le Sezioni riunite della Corte dei conti decidono sui conflitti di competenza e sulle questioni di massima deferite dalle sezioni giurisdizionali centrali o regionali, ovvero a richiesta del procuratore generale. Esse sono presiedute dal Presidente della Corte dei conti» e «giudicano con sette magistrati. Ad esse sono assegnati due presidenti di sezione e un numero di consiglieri determinato dal consiglio di presidenza della Corte dei conti all'inizio dell'anno giudiziario».

Più recentemente l'art. 42, comma 2, della legge n. 69 del 2009 ha aggiunto, al citato comma 7 dell'art. 1 del d.l. 453 del 1993, due periodi: il primo prevede che «il Presidente della Corte può disporre che le Sezioni riunite si pronuncino sui giudizi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme

dalle sezioni giurisdizionali, centrali o regionali, e su quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza»; il secondo stabilisce che «se la sezione giurisdizionale, centrale o regionale, ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni riunite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del giudizio».

Quindi il nuovo testo del settimo comma dell'art. 1 d.l., n. 453/1993 risulta essere: «Le Sezioni Riunite della Corte dei conti decidono sui conflitti di competenza e sulle questioni di massima deferite dalle sezioni giurisdizionali centrali o regionali, ovvero a richiesta del procuratore generale. Esse sono presiedute dal presidente della Corte dei conti o da un presidente di sezione e giudicano con sette magistrati. Ad esse sono assegnati due presidenti di sezione e un numero di consiglieri determinato dal consiglio di presidenza della Corte dei conti all'inizio dell'anno giudiziario. Il presidente della Corte può disporre che le Sezioni Riunite si pronuncino sui giudizi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni giurisdizionali, centrali o regionali, e su quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza. Se la sezione giurisdizionale, centrale o regionale, ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Riunite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del giudizio».

La differenza maggiormente significativa tra art. 99 e art. 374 da una parte e art. 1, comma 7, d.l. 453/93, dall'altra, è il c.d. vincolo anche verticale previsto da quest'ultima disposizione perché, secondo il dato testuale della norma, la questione potrebbe essere rimessa anche dalle sezioni regionali, ossia da un organo giudiziario di primo grado ad un'istanza superiore, qual è la Corte dei conti a Sezioni Riunite. Di fatto però la stessa giurisprudenza della Corte dei conti, con una sorta di *self-restraint*, ha interpretato la norma nel senso che il riferimento alla sezione regionale è comunque ad una sede d'appello e quindi si riferisce solo alla sezione regionale della Corte dei conti per la Sicilia in sede di appello. Tale interpretazione ha avuto anche l'avallo della Corte costituzionale (sent. n. 30 del 2011) e comunque la disposizione è stata riscritta nell'esercizio della delega per il riordino della procedura dei giudizi innanzi la Corte dei conti.

Infatti da ultimo l'art. 117 cod. giud. cont., introdotto con il d.lgs. *** 2016, n. *** (recante il codice della giustizia contabile), ha in sostanza normativizzato questa "semplificazione" raggiunta a livello giurisprudenziale confermando il parallelismo con gli artt. 374 cod. proc. civ. e 99 cod. proc. amm.. Infatti l'art. 117 prevede che la sezione giurisdizionale di appello che ritenga di non condividere un principio di diritto, di cui debba fare applicazione, già enunciato dalle sezioni riunite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione dell'impugnazione.

9. Giurisdizioni superiori e giurisdizioni di merito

Il limitato effetto vincolante delle pronunce delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato o delle Sezioni Riunite della Corte dei conti riguarda solo le Sezioni semplici, non invece i giudici di merito per i quali tali pronunce continuano ad avere un valore solo persuasivo, seppur altamente persuasivo per l'autorevolezza della Corte da cui promanano. Ma in tal caso la forza del precedente è di fatto ma non si sostanzia in un vincolo, seppur negativo, quale quello che discende dalla disciplina degli artt. 734 cod. proc. civ., 99 cod. proc. amm. e 117 cod. giud. cont. citati.

Ovviamente diversa è la fattispecie del vincolo interpretativo per il giudice di rinvio previsto dall'art. 384, secondo comma, cod. proc. civ. in caso di cassazione con rinvio della sentenza impugnata con ricorso per cassazione. Questo vincolo è all'interno del processo e risponde alla logica del giudizio di cassazione appartenendo al regime delle preclusioni e della formazione progressiva del giudicato; versante in realtà diverso da quello del rafforzamento della nomofilachia delle giurisdizioni superiori. Tant'è che la Sezione semplice, che successivamente venga investita con ricorso per cassazione avverso la sentenza del giudice di rinvio, può essere chiamata a verificare l'esatta osservanza da parte del giudice di rinvio del principio di diritto affermato dalla precedente sentenza rescindente della stessa Corte, ma non potrebbe più verificarne la correttezza in diritto; quindi non rileverebbe, ad es., un successivo mutamento di giurisprudenza anche a Sezione Unite (sarebbe aperta solo la strada della questione di costituzionalità: cfr., per un'ipotesi emblematica, Corte cost. n. 78 del 2007).

Pertanto i giudici di merito non hanno vincoli interpretativi derivanti da pronunce delle giurisdizioni superiori, neppure meramente negativi come quelli degli artt. 734 cod. proc. civ., 99 cod. proc. amm. e 117 cod. giud. cont. citati.

Ciò però non è però del tutto vero perché in un'ipotesi particolare e limitata (quella delle controversie di lavoro in cui viene in rilievo una questione interpretativa nella normativa collettiva nazionale: art. 420 *bis* cod. proc. civ.) il legislatore ha creato un meccanismo processuale di rafforzamento della giurisprudenza della corte di cassazione proprio nei confronti dei giudici di merito; ossia un modello di vincolo di tipo verticale, che vede l'interazione di giudici di merito e giurisprudenza di legittimità. Il meccanismo - senza entrare in dettagli processuali - è il seguente: il giudice di merito di primo grado, che si interroga sull'interpretazione di una norma contrattuale collettiva di livello nazionale (come tale rientrante nel sindacato di legittimità come quello per violazione di legge ex art. 360, primo comma, n. 3, cod. proc. civ.), emette una pronuncia meramente (e solo) interpretativa della norma collettiva applicabile nel giudizio e la sua sentenza è immediatamente e direttamente impugnabile con ricorso per cassazione. La Corte di cassazione, così adita *per saltum*, emette anch'essa una pronuncia meramente interpretativa che vincola il giudice di merito della

causa ed indirettamente incide sugli altri giudici di merito i quali, pur non avendo un vero e proprio vincolo ad interpretare la norma collettiva come l'ha interpretata la Corte di cassazione, devono, se dissentono, pronunciare una sentenza meramente interpretativa che è anch'essa direttamente impugnabile con ricorso per cassazione *per saltum* e che tiene il posto, *mutatis mutandis*, dell'ordinanza di rimessione della Sezione della stessa Corte che dissenta da un principio affermato dalle Sezioni Unite.

Questo meccanismo virtuoso potrebbe essere esteso al di là del limitato ambito in cui attualmente opera e sarebbe particolarmente utile per l'interpretazione di norme nuove, che altrimenti solo dopo anni arrivano al sindacato di legittimità della Corte di cassazione.

Un meccanismo ispirato alla stessa esigenza di creare un canale per la rapida formazione della giurisprudenza di legittimità è previsto dall'ordinamento processuale civile francese nell'istituto dell'*avis* pregiudiziale. E' proprio il giudice di merito ad investire la Corte di cassazione per ottenere una pronuncia meramente interpretativa su una norma che egli è chiamato ad applicare; la Corte, investita dal giudice rimettente, rende un *avis* (ossia una pronuncia meramente interpretativa) e non già un *arrêt* (ossia una sentenza ordinaria).

10. Una riflessione finale: verso le Sezioni Unite della Corte di cassazione allargate alla partecipazione del Consiglio di Stato e della Corte dei conti

Le tre disposizioni sopra richiamate – art. 374, terzo comma, cod. proc. civ.; art. 99, terzo comma, cod. proc. amm.; art. 117 cod. giud. cont. (e prima ancora art. 42, comma 2, legge n. 69/2009) – segnano in tutta evidenza la convergenza della nomofilachia – quella delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, quella dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e quella delle Sezioni Riunite della Corte di conti - verso una forma, seppur limitata, di *stare decisis*. Ciò fa tornare di attualità, in una prospettiva nuova, il principio della tendenziale unitarietà della giurisdizione non nella forma organica di un generale sindacato di legittimità della Corte di cassazione, vagheggiato in sede di lavori dell'Assemblea costituente nella nota visione di Piero Calamandrei, bensì in una più limitata forma di coordinamento ed interazione tra le tre magistrature superiori.

L'istanza di unitarietà della giurisdizione, cui in passato si è fatto riferimento per segnare un obiettivo da perseguire, riemerge ora con l'accentuarsi, nella legislazione più recente, del ruolo di giudici speciali. In particolare il progressivo e sensibile ampliamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo va nel senso opposto a quello del giudice (tendenzialmente) unico; è teso invece all'ampliamento del ruolo di un giudice speciale di antica tradizione, qual è il Consiglio di Stato. Il quale esercita, in via definitiva e nelle materie in cui ha giurisdizione, il sindacato di legittimità parallelamente al sindacato di legittimità

generalizzato della Corte di cassazione sulle pronunce di tutti i giudici ordinari nei limiti dell'art. 111, settimo comma, Cost.. A ragione si è parlato di giudice amministrativo non più come giudice speciale rispetto al giudice ordinario, bensì come "giudice ordinario dell'esercizio del potere pubblico, in una visione di unità funzionale – non organica – della giurisdizione" ([Relazione del Presidente del Consiglio di Stato Alessandro Pajno per inaugurazione dell'anno giudiziario 2016](#)). Puntuali riferimenti all'esigenza di rafforzamento della funzione nomofilattica sono anche nella Relazione del Presidente Giovanni Canzio per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2016.

Vi è quindi una nomofilachia a doppio regime, cui si aggiunge in parallelo, seppur con minori, ma assai significativi ed importanti, punti di contatto, quella delle Sezioni Riunite della Corte dei conti; nomofilachia che non di rado adopera le stesse categorie giuridiche nei rispettivi plessi giurisdizionali (situazioni giuridiche protette, danno risarcibile, incidenza del diritto comunitario, ricaduta interna della giurisprudenza delle Corti europee e quant'altro).

Attualmente il contesto unificante, sul piano processuale, è il sindacato sulla giurisdizione che - per dettato costituzionale (art. 111, settimo ed ottavo comma, Cost.) - è esercitato a pieno dalle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione, chiamate a decidere questioni di riparto di giurisdizione, conflitti di giurisdizione e da ultimo, più frequentemente, ipotesi di denunciato superamento dei limiti esterni della giurisdizione sotto il profilo sia del diniego di tutela giurisdizionale sia dell'eccesso di potere giurisdizionale.

Il ruolo dei giudici speciali - e primo tra tutti quello del giudice amministrativo - costituisce un indubbio valore perché reca con sé un bagaglio di esperienze preziose per il "rendimento del sistema giudiziario". Ma vanno creati momenti istituzionali unificanti all'interno del sistema giudiziario e all'interno del processo.

Non di rado le Sezioni Unite civili della Corte di cassazione, da una parte, e l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, dall'altra, "dialogano" in sintonia e quindi in modo per così dire virtuoso (come, ad es., testimonia la più recente giurisprudenza sull'istituto del ricorso straordinario al Capo dello Stato).

Altre volte invece le due nomofilachie divergono: ad es. in tema di ipotizzato abuso del processo da parte di chi, avendo adito un giudice sul ritenuto presupposto della sua giurisdizione, contesti successivamente, con atto di impugnazione, la giurisdizione di quel giudice che abbia, in tutto od in parte, rigettato nel merito la sua domanda, ritenendosi (nella giurisprudenza del Consiglio di Stato) sussistere un'ipotesi di abuso del processo e quindi una preclusione processuale a far valere il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo originariamente adito; preclusione che invece è, in linea di massima, esclusa dalla giurisprudenza della Corte di cassazione. Proprio su questa questione particolare – che recentemente Corte di cassazione e Consiglio di Stato hanno, d'intesa, eletto come questione pilota di metodo - si è aperto un confronto di idee, per ora nell'unica sede possibile che è quella seminariale con

apporto congiunto e condiviso rispettivamente dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione e dell'Ufficio studi del Consiglio di Stato⁴.

Ma al di là di questa iniziativa, in una prospettiva invece *de iure condendo*, si è ipotizzato che questo confronto tra giudice ordinario e giudici speciali possa essere istituzionalizzato aprendo la composizione delle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione alla partecipazione di magistrati del Consiglio di Stato e della Corte dei conti per la decisione di ricorsi che pongano questioni di massima di particolare importanza (ex art. 374 cod. proc. civ.) e che – per essere trasversali alla giurisdizione ordinaria ed a quelle speciali - richiedano una nomofilachia unitaria: una composizione allargata che ai componenti del collegio delle Sezioni Unite (attualmente nove magistrati della Corte di cassazione) veda aggiungersi un certo numero di magistrati del Consiglio di Stato e della Corte dei conti. Ossia si è ipotizzata la creazione di un momento istituzionale di condivisione della decisione intervenendo sulla formazione delle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione e prevedendo, per la decisione di alcuni ricorsi, una composizione più ampia in quanto integrata con la partecipazione di magistrati del Consiglio di Stato e della Corte dei conti; ciò ferma restando l'attuale ed esclusiva competenza, ex art. 111, settimo ed ottavo comma, Cost., delle Sezioni Unite civili cui è demandato, quale giudice del riparto, di risolvere qualsiasi questione di giurisdizione. Invece le Sezioni Unite a composizione allargata - che sarebbero pur sempre emanazione della Corte di cassazione e quindi costituirebbero un'istanza di vertice per la nomofilachia complessiva del "sistema giustizia" - potrebbero essere chiamate a decidere ricorsi che, segnatamente *sub specie* di denuncia di eccesso di potere giurisdizionale (deducibile come vizio ex art. 362, primo comma, cod. proc. civ., anche nei confronti delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti), pongano questioni di diritto trasversali, che attualmente non hanno un'istanza superiore, bensì danno luogo a nomofilachie parallele, soprattutto quelle del giudice ordinario e del giudice amministrativo.

Questa direzione riformatrice si rinviene già nella relazione al d.d.l. n. 2953-A (Delega al Governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile), approvato dalla Camera dei deputati il 10 marzo 2016 e attualmente all'esame del Senato (S.2284), dove si auspicano proprio "interventi sul rito davanti alla Corte di cassazione [...] nella prospettiva possibile di una riforma costituzionale che veda inseriti in un organo giudiziario supremo giudici oggi appartenenti ad altre magistrature".

⁴ Successivamente, facendo seguito al lavoro in parallelo dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione e dell'Ufficio studi del Consiglio di Stato, le Sezioni Unite hanno mutato la propria giurisprudenza affermando che la parte vittoriosa sulla questione di giurisdizione, ma soccombente nel merito, non può censurare per difetto di giurisdizione la pronuncia emessa dal giudice adito da quella stessa parte e da quest'ultima ritenuto fornito di giurisdizione (Cass., sez. un., 20 ottobre 2016, n. 21260).

RESPONSABILITÀ ERARIALE, RAPPORTI TRA GIURISDIZIONI E RUOLO DEL PUBBLICO MINISTERO

SERGIO AURIEMMA *, PAOLO LUIGI REBECCHI[∞], PATRIZIA FERRARI[^]

SOMMARIO: 1. La collocazione ordinamentale della Corte dei conti quale “giurisdizione superiore” - 2. Contabilità pubblica e “interpositio legislatoris” - 3. La giurisdizione sulla responsabilità amministrativa per danno erariale ed i rapporti con le altre giurisdizioni. In particolare con la giurisdizione penale - 4. I rapporti con la CEDU e la Corte europea di giustizia - 5. Il pubblico ministero presso la Corte dei conti e il Codice della Giustizia Contabile - 6. Riflessioni conclusive e prospettive

1. La collocazione ordinamentale della Corte dei conti quale “giurisdizione superiore”

La Corte dei conti, istituita con la legge n. 800/1862, trova collocazione ordinamentale negli articoli 100, 2° e 3° comma, 103, 2° comma della Costituzione.

La cifra di lettura delle connotazioni che fanno da teatro al sistema di tutela giudiziaria affidato alla magistratura contabile si rinviene nelle menzionate disposizioni della Costituzione, per questa parte rimasta finora intatta.

L'attuazione delle previsioni costituzionali è stata scandita da fasi temporali che hanno costantemente riconfermato il ruolo della Corte dei conti come immaginato e disegnato in origine, precisandone contenuti ed estensione.

Le due “missioni” affidate all'Istituto (controllo e giurisdizione) hanno in sé i caratteri di garanzie multiformi e poliedriche.

L'assolvimento di entrambe è destinato a presidiare l'uso corretto di quanto i cittadini patrimonialmente prestano per il funzionamento delle organizzazioni pubbliche, nonché a garantire al Parlamento ed al Governo che i dettati delle norme e le scelte politiche compiute in tema finanza e di gestioni pubbliche siano puntualmente adempiuti dagli apparati che ne danno attuazione.

Le due attribuzioni, pur distinte nei rispettivi presupposti giuridici di esercizio e nelle loro modalità di esplicazione, si saldano l'una all'altra nel tracciare, anche in via preventiva o di deterrenza, itinerari per la corretta gestione amministrativa e

* Vice Procuratore Generale presso la Corte dei conti

[∞] Vice Procuratore Generale presso la Corte dei conti

[^] Magistrato addetto all'Ufficio di Presidenza con funzioni di Capo di Gabinetto della Corte dei conti

finanziaria e nel costituire, per ciò che riguarda la finanza pubblica, un binomio di tutele in favore della collettività.

D'altronde, l'unitarietà di garanzia offerta dalla contitolarità delle funzioni rende più saldo e convinto nei cittadini il senso di affidabilità degli Apparati pubblici che approntano e gestiscono le risposte ai loro bisogni.

Quanto alle funzioni giurisdizionali, la Corte è una "giurisdizione speciale" (unitamente al Consiglio di Stato e ai Tribunali militari), come tale sottratta alla necessaria "revisione" di cui alla VI disposizione transitoria Cost.

E' anche una "giurisdizione superiore" in base all'art. 111, comma 8, Cost., secondo il quale le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti sono ricorribili in Cassazione solo "per motivi inerenti alla giurisdizione". In tale qualità concorre, secondo quanto previsto dall'art. 135, comma 2, Cost., all'elezione dei giudici della Corte costituzionale.

Inizialmente l'ambito di giurisdizione riguardava i giudizi di conto. Successivamente, da questo alveo d'origine, si sono sviluppati cosiddetti "giudizi speciali", da cui è derivata la responsabilità amministrativa patrimoniale per i danni erariali realizzati da amministratori, dipendenti e soggetti comunque in rapporto di servizio con le pubbliche amministrazioni. I giudizi contabili non vennero incisi nemmeno dalla legge 2248/1864 - all. E, sull'abolizione del contenzioso amministrativo.

La natura di "giurisdizione superiore" appare strettamente e direttamente connessa con le funzioni di controllo e riscontro del bilancio dello Stato e della finanza pubblica e della particolare rilevanza, per l'ordinamento statale, inteso come "Stato comunità", delle "materie di contabilità pubblica" nelle sue diverse esplicazioni, in materia di conti degli agenti contabili, di responsabilità per danno erariale, di pensioni pubbliche e di altre specifiche competenze stabilite dalla legge ordinaria in tema di rapporti di riscossione delle entrate erariali.

Tale rilevanza è stata più volte confermata dal Legislatore con riferimento alla incidenza e all'impatto delle gestioni pubbliche, sia centrali che territoriali, in ordine ai vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, con l'attribuzione sia di specifiche competenze alle sezioni giurisdizionali (in primo grado e in appello) nella applicazione di sanzioni pecuniarie nei confronti di amministratori pubblici conseguenti alla violazione di norme relative agli equilibri di bilancio, sia di funzioni giudicanti "in unico grado" ed alle Sezioni riunite "in speciale composizione" in tema di ricorsi avverso deliberazioni adottate dalle sezioni regionali di controllo circa il rispetto dei vincoli di bilancio e delle disposizioni di vario tipo contenute nelle leggi finanziarie, di stabilità e di revisione della spesa nonché di controllo sui rendiconti dei gruppi consiliari regionali o anche, in via diretta, con riguardo ai provvedimenti amministrativi relativi all'ammissione al fondo di rotazione per gli enti locali o all'inclusione delle amministrazioni pubbliche negli "elenchi ISTAT" secondo le previsioni europee (SEC 2010).

2. Contabilità pubblica e “*interpositio legislatoris*”

La disciplina di diritto sostanziale concernente le attribuzioni di competenza cognitiva ed il loro concreto esercizio interseca, inevitabilmente, il tema dei rapporti tra le giurisdizioni.

Un utile “filo conduttore” per l’analisi del tema è certamente offerto dal canone della *interpositio legislatoris* circa l’estensione ed i limiti delle potestà cognitive intestate alla Corte dei conti, più volte richiamato nella lettura che la giurisprudenza costituzionale ha fatto dell’art. 103, comma 2, della vigente Costituzione.

A questa lettura vanno quindi ancorati i percorsi interpretativi, compreso quello seguito dal giudice della nomofilachia e del riparto di giurisdizione, ogniquale volta sul sentiero di esame insorgano problemi di confine o di “limite esterno” tra la giurisdizione ordinaria e quella contabile.

Il Giudice delle leggi ha reiteratamente indicato che la concreta attribuzione della giurisdizione, in relazione alle diverse fattispecie di responsabilità amministrativo-patrimoniale, non opera automaticamente in base all’art. 103, secondo comma Cost. ed a tendenziale generalità espansiva nelle “materie della contabilità pubblica” (si noti il plurale usato nella Carta fondamentale), essendo invece essa affidata alla discrezionalità del legislatore ordinario, cui spettano valutazioni concernenti sia gli aspetti procedurali del giudizio, sia la stessa disciplina sostanziale della responsabilità (tra le molte: sentenze Corte costituzionale n. 110/1970 e 221 del 1972; 102 del 1977, n. 241 del 1984, n. 189 del 1984, n. 17 del 1985, n. 641 del 1987, n. 24 del 1993).

Il riparto di giurisdizione, oltre che essere elemento caratterizzante qualunque sistema giustiziale, ne può condizionare il funzionamento.

Anche le questioni di riparto tra giudice ordinario e giudice contabile, pertanto, possono produrre effetti negativi sulla qualità (pure in termini di tempestività nella resa) del Sistema Giustizia, contribuendo esse ad alimentare ed incrementare un circuito, talvolta utilizzato a scopi dilatori, le cui incidenze, anche economico-finanziarie, in definitiva si riversano sull’intera collettività.

L’individuazione esatta dei *pleSSI di materia* su cui misurare e perimetrare singole attribuzioni o “riserve di competenza” (in quest’ultima accezione sostanziale paiono andare, nel disegno del costituente, anche gli articoli 102 e 103 Cost.) dovrebbe essere la strada elettiva praticabile, in una moderna visione globale di Sistema e senza che la dislocazione delle competenze medesime sia letta come evidenziazione di ambiti giurisdizionali “*per sottrazione*” dalla competenza generale del GO,

Se così è, pare difficile ignorare che sin dal 1948 l’impianto costituzionale vigente ha assegnato e riservato alla Corte dei conti un ambito di “materie” – quelle della “contabilità pubblica” - oggetto di attività cognitive e giudiziali risalenti al secolo antecedente.

Ragionare intorno a tali “materie” nel discutere di riparto di giurisdizione non è, quindi, un esercizio vetusto o sterile e neppure logicamente incompatibile con l'evoluzione e le trasformazioni che, nel frattempo, hanno investito lo Stato, la Repubblica, i modi di essere e di agire degli apparati, organi e soggetti che, a vario titolo, ne compongono il tessuto connettivo.

“Pubblico” – se si accantona l'accezione formalistica che relega il significato del vocabolo semmai alle sole responsabilità individuali, a mera qualificazione della natura giuridica soggettiva di chi agisce o degli atti compiuti - è ciò che sostanzialmente appartiene alla collettività, che ha riflessi direttamente incidenti su esigenze, bisogni e, in particolare, su beni materiali e valori dell'intera collettività.

Con tale sostanziale accezione si sono misurate più moderne terminologie quali “privatizzazione”, “sussidiarietà”, “servizi pubblici”, “esternalizzazione” (per citare i vocaboli più frequenti e nella sola lingua italiana), che hanno fondato e stanno sempre più frequentemente fondando consistenti innovazioni normative operanti nell'ordinamento giuridico e costituzionale, prima fra tutte il diffuso e generalizzato impiego di strumenti di diritto privato nell'esplicazione di pubbliche funzioni, attività, servizi. L'accezione, perciò, è attualissima, ricca di conseguenze e può dare corpo ad ogni necessaria specificazione.

Meno attuali e poco conducenti, invece, appaiono essere talune tendenze scientifico-dottrinarie volte a prospettare un'assoluta ed indistinta genericità delle “*materie di contabilità pubblica*”, senza però mai chiarire se il vocabolo “pubblico” sia da ritenersi locuzione ontologicamente e di per sé non definibile (in tal caso sarebbe impedito anche parlare di “servizio pubblico” affidato ed erogato da un privato), oppure, per la parte che interessa la Corte dei conti, quel vocabolo possa trovare un suo significato ed un suo spessore ordinamentale in tutti i casi in cui sono coinvolte e messe in gioco risorse economiche-finanziarie (denaro e relativi impieghi o destinazioni dello stesso) che sicuramente non appartengono al patrimonio di singoli, privati individui, ma incidono su bilancio cui tutti contribuiscono, tramite la fiscalità, la parafiscalità e l'economia d'insieme. Nemmeno - se la definizione concreta delle materie di contabilità pubblica e delle altre materie attribuite alla giurisdizione della Corte dei conti appartiene alla discrezionalità del legislatore, secondo ragionevole apprezzamento di motivi di carattere ordinamentale e riconducibili ad equilibri costituzionali - si può dubitare del fatto che analoga scaturigine definitoria vale a determinare l'ampiezza di ciascuna giurisdizione, ordinaria, amministrativa, militare, ecc. (così Corte cost. sent. n. 641 del 1987).

Le strade per una corretta *interpositio* - ed anche quelle per la conseguente ed attenta analisi della stessa ai fini della regolazione nei casi in cui insorgano conflitti in proposito - non sembrano allora essere occluse od ostacolate, per altri Istituti come per la Corte dei conti.

Sono vie tuttora percorribili, a meno che si intenda irrimediabilmente e mestamente concludere che la legislazione ordinaria, ed a seguire il Giudice interprete anche in chiave nomofilattica o di regolamento del riparto di giurisdizione, lasciando intoccata e intangibile la validità del vocabolo “pubblico” a taluni fini (es. il reperimento e la provvista di risorse), non riescano a specificare ed a qualificare adeguatamente ciò che è tale, specie quando entrino in discussione responsabilità patrimoniali soggettive per cattivo ed inescusabile esercizio di funzioni, di attività o servizi “*pubblici*” erogati con evidente e dimostrato “danno” per le collettività nazionale e locali.

3. La giurisdizione sulla responsabilità amministrativa per danno erariale ed i rapporti con le altre giurisdizioni. In particolare con la giurisdizione penale

Le responsabilità cui sono tenuti gli amministratori e funzionari pubblici si fondano sull'art. 28 della Costituzione, che le configura in relazione alle “leggi penali, civili ed amministrative”.

Il T.U. n. 3/1957, agli artt. 18 e seguenti, ha precisato i profili di responsabilità civile verso terzi del pubblico dipendente, limitandola ai casi di dolo o colpa grave nonché in tema di responsabilità del medesimo dipendente verso la p.a., nei casi di danno indiretto per azione di rivalsa da parte della pubblica amministrazione e di danno diretto, entrambi rientranti nella giurisdizione della Corte dei conti.

L'art. 1 della n. 20 del 14 gennaio 1994, integrato e modificato da disposizioni successive, ha puntualizzato i profili della responsabilità amministrativa con riguardo, in particolare, all'elemento soggettivo del dolo e della colpa grave, al regime di prescrizione quinquennale, alla natura “personale” della stessa (tranne i casi di dolo o illecito arricchimento), alla ordinaria non trasmissibilità agli eredi (salvi i casi di illecito arricchimento del dante causa), al rapporto fra gli organi “politici” e i dirigenti degli enti pubblici, alla non sindacabilità delle scelte discrezionali della p.a.

Principio generale che regola i rapporti fra procedimenti contabili e penali è la reciproca autonomia di valutazione degli esiti processuali, salvi gli effetti limitatamente vincolanti delle sentenze di condanna o di assoluzione ai sensi degli artt. 651, 651 bis e 652 del c.p.p. I procedimenti sono peraltro collegati per effetto delle disposizioni normative che impongono al pubblico ministero penale o agli uffici giudiziari l'invio di comunicazioni circa l'esercizio dell'azione penale (art. 129, comma 3 e comma 3 bis delle disp. att. c.p.p.) o l'emissione di sentenze, prima o dopo il loro passaggio in giudicato (art. 6 della legge n. 97/2001). Nel giudizio contabile è tuttavia legittimo l'utilizzo delle prove acquisite nel procedimento penale ed è valutabile anche la sentenza di patteggiamento che abbia definito il processo penale ai sensi degli artt. 444-445 c.p.p. Nel caso di

vicende correlate a vicende penali è stato confermato il principio per il quale il decorso della prescrizione dell'azione erariale, per danno patrimoniale, non può individuarsi in un momento antecedente il rinvio a giudizio in sede penale.

Il principio di autonomia fra le due azioni costituisce giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione sostanziandosi l'inferenza fra i due giudizi in mera ipotesi di "preclusione". Va considerato che con riguardo al rapporto con l'azione "nel processo civile", è stata invece più volte affermata l'esclusività della giurisdizione contabile. Infatti la compresenza di azione civile ed azione contabile deve ritenersi ammissibile solo con riferimento all'azione promossa con la costituzione di parte civile nel processo penale, risultando invece il giudice ordinario carente di giurisdizione in ordine ad azioni di responsabilità promossa dalla pubblica amministrazione nei confronti dei propri amministratori e dipendenti. Con riferimento alla costituzione di parte civile nel processo penale, la Corte costituzionale con la sentenza n.272/2007 ha valorizzato la disposizione di cui all'art. 538, 2^a comma, c.p.p.

L'autonomia del giudizio contabile è stata costantemente affermata rispetto al giudizio non solo penale, ma anche ai giudizi civili ed amministrativi (tra le altre Cass Sez. Un. civ. n. 9937/14 e n. 11229/14).

Quanto agli effetti della confisca per equivalente disposta in sede penale (art. 322-ter c.p.), l'orientamento prevalente afferma che l'applicazione della stessa non incide sulla proponibilità dell'azione di responsabilità amministrativo contabile (v. Cass. Sez. V pen. n. 44387/14 del 24 ottobre 2014). La legge 27 maggio 2015 n. 69 (artt. 2, 4 e 6), più di recente, ha previsto misure recuperatorie a fini di riparazione pecuniaria e restituzione del prezzo o profitto del reato che fanno comunque salvo il risarcimento del danno.

Circa i reati commessi dai pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (artt.341-360 del c.p.), il loro accertamento in sede penale prevede particolari conseguenze in sede di processo contabile. Nell'ambito di detta categoria di comportamenti delittuosi si collocano, in particolare, i fatti di corruzione e concussione in relazione ai quali l'ordinamento nazionale, nel corso del 2014, ha proseguito nell'azione normativa e organizzativa di rafforzamento di presidi e di contrasto al fenomeno, in attuazione delle previsioni contenute nella legge 6 novembre 2012, n. 190 (e nelle successive norme integrative e modificative).

La legge 190 (art. 1, comma 62) ha introdotto anche alcune previsioni in materia di responsabilità erariale (con riferimento al danno all'immagine ed al sequestro conservativo), che appaiono in linea con le previsioni di cui alla legge n. 116 del 3 agosto 2009 di ratifica della Convenzione ONU sulla corruzione (Merida, 2003), la quale richiama (art.5) gli Stati aderenti a promuovere politiche di prevenzione della corruzione che, tra l'altro "*...rispecchino i principi di stato di diritto , di buona gestione, degli affari pubblici e dei beni pubblici , di integrità, di trasparenza e di responsabilità...*" e (art. 9 , comma 2) richiede che siano

adottate “...*misure appropriate al fine di promuovere la trasparenza e la responsabilità nella gestione delle risorse pubbliche...*”

4. I rapporti con la CEDU e la Corte europea di giustizia

La natura risarcitoria della responsabilità amministrativa, ben distinta dalla responsabilità penale o comunque a carattere “punitivo”, è stata peraltro affermata dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU) di Strasburgo, nella sentenza emessa il 13 maggio 2014 su ricorso (n. 20148/09) proposto da *Cesare Luigi Rigolio* contro lo Stato italiano, che aveva dedotto violazione del principio del “ne bis in idem”.

La decisione ha confermato la non assimilabilità dell’azione di responsabilità amministrativa ai giudizi penali o comunque di natura “sanzionatorio-punitiva”, che sono stati oggetto di numerose pronunce della Corte EDU, fra le quali la nota sentenza “*Grande Stevens c. Italia*” del 4 marzo 2014.

Va peraltro ricordato che il Legislatore, da circa un quindicennio (la prima ipotesi si rinviene nella legge 289/2002 art 30, comma 15, per il caso dell’indebitamento per spese diverse da quelle di investimento) ha previsto ipotesi “tipizzate” degli illeciti erariali, con espressa qualificazione di comportamenti e con indicazione, in alcuni casi, dell’importo minimo e massimo della sanzione patrimoniale applicabile o con la previsione di misure di carattere interdittivo rispetto all’esercizio di cariche amministrative. In queste fattispecie, la natura “civilistico-risarcitoria” del giudizio contabile viene abbandonata per una tipologia di carattere “punitivo” suscettibile di incorrere nel divieto di “bis in idem” ai sensi della giurisprudenza CEDU già sopra citata (nonché CEDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi* ; 21 febbraio 1984, *Ozturk c. Germania*; *Nikanen c. Finlandia* del 20 maggio 2014; 17 febbraio 2015, *Boman c. Finlandia*).

Per una delle più recenti previsioni in tal senso si richiama la legge di stabilità per il 2016, che all’art. 1, comma 727, ha stabilito una sanzione pecuniaria comminabile dalle sezioni giurisdizionali della Corte su azione del requirente, a carico di amministratori e del responsabile amministrativo degli enti locali, nel caso di artificioso conseguimento ovvero di elusione degli obiettivi di finanza pubblica, indicati da vari commi di tale articolo (commi da 707 a 734).

Il nuovo CGC ha espressamente enumerato, tra i giudizi rientranti nella giurisdizione contabile, il “*giudizio per l’applicazione di sanzioni pecuniarie*” (artt. 133-136) individuando una speciale competenza del giudice monocratico (fino ad oggi il giudice monocratico della Corte dei conti aveva competenza limitata ai giudizi pensionistici).

5. Il pubblico ministero presso la Corte dei conti - Il Codice della Giustizia Contabile

Originariamente il Pubblico Ministero presso la Corte dei conti svolgeva sia le funzioni in primo grado che in appello, tutte intestate al Procuratore Generale, come si evince dall'art. 1 del T.U. 12 luglio 1934, n. 1214, secondo il quale *"...il procuratore generale, i vice procuratori generali ed i sostituti procuratori generali rappresentano presso la Corte dei conti il pubblico ministero..."* (la disposizione è tutt'ora vigente in quanto il CGC, nelle disposizioni transitorie ed abrogazioni- all. 3 del d.lgs. 174/2016 ha abrogato, fra l'altro, gli artt. da 67 a 97 del r.d. 1214/1934, ma non i rimanenti dello stesso r.d.)

L'articolazione dell'Ufficio del pubblico ministero ha seguito la regionalizzazione della funzione giurisdizionale, in un primo tempo limitata alla sola regione Sicilia e, a decorrere dal 1984 (art. 1 legge 8 ottobre 1984, n. 658), alla regione Sardegna. Attualmente, in tutte le regioni e nelle province autonome (Trento e Bolzano) sono istituite sezioni giurisdizionali regionali, con circoscrizione estesa al territorio regionale ed aventi sede nel capoluogo della regione (art. 16 legge 12 luglio 1991 n. 203, per le sezioni delle regioni Campania, Puglia e Calabria), art. 1 legge 14 gennaio 1994, n. 19, art. 1 legge 20 dicembre 1996, n. 639, per le restanti sezioni). Tali sezioni hanno competenza di giudici di primo grado in tutte le materie attribuite alla giurisdizione della Corte dei conti (giudizi di conto, giudizi di responsabilità, giudizi ad istanza di parte in materia di contabilità pubblica, giudizi in materia di pensioni (civili, militari e di guerra), in quest'ultimo caso nella composizione del giudice unico come previsto dall'art. 5 della legge 205/2000.

Il processo contabile, fino al 7 ottobre 2016, era disciplinato da un regolamento di procedura (r.d. 13 agosto 1933, n. 1038) il cui art. 26, tramite rinvio cd. "dinamico", prevedeva che *"Nei procedimenti contenziosi di competenza della Corte dei conti si osservano le norme e i termini della procedura civile in quanto siano applicabili e non siano modificati dalle disposizioni del presente regolamento"*.

Con il d.lgs. n. 174/2016 del 26 agosto 2016 è stato approvato il Codice della Giustizia Contabile (CGC), emanato in attuazione della delega conferita dall'articolo 20 della legge n. 124/2015 (che ha dettato norme in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche).

Il Codice ha disciplinato in modo tendenzialmente integrale i processi dinanzi alla Corte dei conti in sede giurisdizionale.

Per effetto dell'art. 7 (Disposizioni di rinvio), per quanto non disciplinato dal codice *"si applicano gli artt. 99, 100, 101, 110 e 111 del codice di procedura civile"* e *"le altre disposizioni del medesimo codice in quanto espressione di principi generali"*. Si tratta di una norma che la relazione al Codice (pag. 9) definisce "cerniera" e "di chiusura", la quale in ogni caso colloca lo speciale rito contabile nell'ambito della disciplina generale processualcivile, escludendo

pertanto, salvi specifici rinvii pur contenuti nel Codice (soprattutto con riguardo ad alcune attività del pubblico ministero), una anche solo indiretta applicazione delle disposizioni processuali penali. Può affermarsi, pertanto, che nell'ambito della nuova disciplina processuale e nei giudizi innanzi alla Corte dei conti non valgono le limitazioni circa l'acquisizione della prova previste per il processo penale.

Il giudizio contabile risulta tuttora connotato da significativi poteri istruttori ufficiosi, peraltro non sconosciuti neanche al rito civile (cfr. Cass. sent. 8202 e 8203/2005 nonché Corte europea di giust., 4 marzo 1999, c. 119/97, *Union française de l'express -UFEX* e altri c. Commissione).

Tale impianto ordinamentale è stato confermato dal nuovo CGC, negli artt. 8 relativo agli "Organi della giustizia contabile", costituiti dalle sezioni giurisdizionali regionali, dalle sezioni di appello, dalle sezioni riunite in sede giurisdizionale e dalle sezioni riunite in speciale composizione.

Avverso le sentenze delle sezioni giurisdizionali regionali è ammesso l'appello alle sezioni giurisdizionali centrali (tre sezioni) , ovvero, per le sentenze emesse dalla sezione giurisdizionale regionale per la Sicilia, alla relativa sezione giurisdizionale di appello (art. 1 del d.lgs. 18 giugno 1999, n. 200, di attuazione dello statuto speciale per la regione Sicilia). Le sezioni di appello giudicano in composizione di cinque magistrati (anche per il contenzioso pensionistico) e con competenza in tutte le materie attribuite alla giurisdizione della Corte dei conti (v. ora art. 10 CGC).

L'art. 1 comma 7 della legge 19/1994 ha attribuito alle Sezioni riunite (in sede giurisdizionale) la competenza a decidere sui conflitti di competenza e sulle questioni di massima deferite dalle sezioni centrali o regionali, ovvero a richiesta del Procuratore generale.

Le funzioni delle Sezioni Riunite sono ora definite dall'art. 11 del CGC, per il quale le sezioni medesime *"quale articolazione interna della medesima Corte in sede di appello, sono l'organo che assicura l'uniforme interpretazione e la corretta applicazione delle norme di contabilità pubblica e nelle altre materie sottoposte alla giurisdizione contabile"*. Esse decidono *"sui conflitti di competenza e sulle questioni di massima deferite dalle sezioni giurisdizionali d'appello"*. Nell'ambito delle decisioni sulla competenza decidono anche i ricorsi avverso le ordinanze di sospensione dei processi.

In correlazione alla previsione generalizzata di un procuratore regionale presso ogni sezione giurisdizionale regionale è stato stabilito che *"...in appello le funzioni di pubblico ministero sono svolte, dal procuratore generale della Corte dei conti o dai vice procuratori generali assegnati all'ufficio della procura generale (art. 2 della legge 14 gennaio 1994, n. 19)..."*.

La Procura Generale rappresenta il pubblico ministero anche dinanzi alle Sezioni Riunite, nei giudizi relativi a conflitti di competenza e questioni di massima. La disposizione è confermata dall'art. 12 CGC, che ha affidato al

Procuratore generale anche il compito di dirimere eventuali conflitti di competenza territoriale emergenti in fase di indagini istruttorie.

Altra competenza attiene ai giudizi innanzi alle Sezioni unite civili della Corte di Cassazione per questioni di giurisdizione (art. 111, 8^a comma della Costituzione). Per tali fattispecie la Procura generale è legittimata a proporre ricorsi, controricorsi relativi alle sentenze pronunciate in grado di appello dalle sezioni centrali (o dalla sezione giurisdizionale siciliana di appello), per motivi attinenti alla giurisdizione, mentre la stessa, nell'udienza davanti alle Sezioni unite, è rappresentata dal procuratore generale presso la Corte di Cassazione (Cass. SS.UU. civ. 17 gennaio 1991, in *Riv. trim. dir. proc. amm.*, 1992, 2, pp. 316 e ss.). Quanto ai regolamenti preventivi di cui all'art. 41 c.p.c., la legittimazione ad agire o resistere appartiene ai procuratori regionali (Cass. SS.UU. civ. n. 19/2000 in data 29 gennaio 2000).

Il nuovo CGC prevede (e conferma), fra i mezzi di impugnazione, il ricorso per cassazione *“per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”* (art. 177).

Ulteriori competenze del procuratore generale attengono al coordinamento dell'attività dei procuratori regionali (art. 2 comma 3 della legge 19/1994 e il già richiamato art. 12 CGC), all'esercizio dell'azione disciplinare nei confronti dei magistrati della Corte dei conti, alla pronuncia di requisitorie orali in occasione dei giudizi di parificazione del rendiconto generale dello Stato (art. 39 del r.d. n. 1214/1934).

A seguito dell'ampliamento degli spazi di giurisdizione affidati dal legislatore al giudice contabile (art. 243-quater, comma 5, del d.lgs. n. 267/2000, introdotto dall'art. 3, comma 1, del d.l. n. 174/2012, conv. in legge n. 213/2012; art. 1, comma 169, l. n. 228/2012; art. 11, comma 19, d.l. n. 91/2013; art. 1, comma 5, d.l. n. 174/2012, conv. in legge n. 213/2012; art. 33, comma 2, del d.l. n. 91/2014, conv. in legge n. 116/2014), al Pubblico ministero è stato affidato il compito di interveniente necessario sia innanzi alle sezioni riunite della Corte in speciale composizione (procuratore generale), sia dinanzi alle sezioni territoriali del controllo, nei giudizi di parifica dei rendiconti regionali (procuratori regionali). Il Legislatore ha dato perciò impulso a funzioni già esercitate dal P.M., sia nel giudizio annuale di parifica del rendiconto generale dello Stato, che nell'ambito dei tradizionali giudizi ad istanza di parte (di cui agli art.li 52-58 del r.d. n. 1038/1933, limitati, prima delle recenti novelle legislative, soprattutto alla definizione dei rapporti fra amministrazioni pubbliche e propri tesorieri).

Conseguentemente, il P.M. contabile è chiamato, oggi, ad occuparsi anche della legittimità di atti o di gestioni pubbliche, ovvero a partecipare alla funzione referente nei confronti di organi rappresentativi, operando, conseguentemente, verifiche diverse rispetto al *modus operandi* proprio dell'accertamento di una responsabilità amministrativa ed incentrate sull'azione dell'amministrazione considerata, oggettivamente, quale apparato.

Le nuove attribuzioni delle Sezioni Riunite in speciale composizione riportano in evidenza il problema dei confini della giurisdizione contabile, che la giurisprudenza già tendeva ad estendere, oltre le ipotesi espressamente previste dalla legge, sugli atti di controllo emessi dalle Sezioni territoriali della Corte in ordine alle gestioni finanziarie di comuni e regioni,

Sotto il profilo processuale il nuovo CGC ha, dunque, recepito e normativizzato un tracciato ermeneutico, disciplinando le competenze delle Sezioni Riunite ed il relativo procedimento.

Dispone al riguardo il citato art. 11 CGC, al comma 6, che le Sezioni Riunite in speciale composizione, nell'esercizio della propria *"giurisdizione esclusiva in tema di contabilità pubblica"*, decidono in unico grado sui giudizi: a) in materia di piani di riequilibrio degli enti territoriali e ammissione al fondo di rotazione per assicurare la stabilità finanziaria degli enti locali; b) in materia di ricognizione della amministrazioni pubbliche operata dall'ISTAT; c) in materia di certificazione dei costi dell'accordo di lavoro presso le fondazioni lirico-sinfoniche; d) in materia di rendiconti dei gruppi consiliari dei consigli regionali; e) nelle materie di contabilità pubblica, nel caso di impugnazioni conseguenti alle deliberazioni delle sezioni regionali di controllo; f) nelle materie ulteriori, ad esse attribuite dalla legge.

6. Riflessioni conclusive e prospettive

Gli approfondimenti, individuali e collegiali, di studio svolti presso Italiadecide hanno condotto alla condivisa consapevolezza del valore strategico che assume il *"concorso di diverse giurisdizioni in ambito nazionale e sovranazionale nei rispettivi ordini e livelli che consente di far fronte in modo flessibile e dinamico alla infinita complessità del mondo contemporaneo e alle nuove forme di effettiva tutela che esso richiede"*, con ciò diventando *"...assolutamente prioritario l'impegno a rafforzare in capo a ciascuna delle giurisdizioni superiori l'esercizio della funzione nomofilattica"*, non bastevoli *"... i pur raffinati meccanismi processuali nel frattempo messi a punto"*, decisive la valorizzazione ed istituzionalizzazione di *"...metodi di autorganizzazione e autoriforma finalizzati ad accrescere la cooperazione nelle attività di formazione, di elaborazione dei precedenti giurisprudenziali, di scambio delle esperienze e di comunicazione già in atto in numerose sedi"*.

Orbene, in proposito occorre prendere atto che la magistratura contabile, negli ultimi anni, si è mossa esattamente nei sensi anzidetti, sia sul piano di iniziative di autorganizzazione, sia offrendo propri contributi in sede di elaborazione ed approvazione finale di innovazioni normative (il nuovo Codice).

Il tema delle competenze delle Sezioni Riunite in speciale composizione è stato oggetto di elaborazioni giurisprudenziali che hanno validamente sopperito a stringatezze e lacune normative innegabili (come, ad esempio, quelle recate dal

D.L. n. 174 del 2012 e succ. modificazioni), così fronteggiando le oggettive criticità del cd. "formante normativo", che prende una parte non secondaria o marginale nei fenomeni di malfunzionamento del Servizio Giustizia.

Il tema di una migliore efficienza del Servizio da rendere alla cittadinanza è stato affrontato potenziando progressivamente la realizzazione della "digitalizzazione" nell'ambito delle due funzioni di Istituto (controllo e giurisdizione), avvalendosi della potestà di "autoregolamentazione" (decreti presidenziali) offerta dall'articolo 20-bis del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221 e successive modificazioni.

Il tema della nomofilachia ritrova oggi, nel dettato di diritto processuale come ridisegnato dagli articoli 114 e ss. del D.lgs n. 174/2016, una nuova linfa.

La Corte costituzionale, avendo avuto in passato occasione di scrutinare questioni di legittimità costituzionale sollevate in proposito, aveva affermato che il deferimento alle Sezioni Riunite delle questioni di massima è *"preordinato ad esigenze di uniforme interpretazione della legge, nell'ottica dell'art. 3 della Costituzione e in funzione di un interesse palesemente trascendente quello del singolo caso"* (sent. n. 376/1996).

L'ordinamento generale permette di osservare che l'intento di potenziare la funzione nomofilattica, rintracciabile nelle disposizioni ora dettate dal Codice, è connotato da sintonia con un indirizzo legislativo più ampio che, a partire dalla delega di cui alla legge n. 80/2005 (di conversione del d.l. n. 35/2005), aveva manifestato l'esistenza di una scelta "politica" meditata e precisa in tal senso. L'art. 1, comma 3, della citata legge n. 80, infatti, aveva espressamente indicato tra i principi e criteri direttivi di delega quello di *"disciplinare il processo di cassazione in funzione nomofilattica"*. Con il decreto legislativo n. 40/2006, intitolato appunto *"Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica"*, l'Esecutivo ha individuato e introdotto, nel rito civile, misure processuali conformi al principio direttivo di delega, considerate idonee a conseguire l'obiettivo voluto dal delegante.

Il Codice del processo contabile prevede ora l'estensione alle "parti private" della facoltà di chiedere il deferimento di una questione di massima (conformandosi al principio di parità), la legittimazione intestata alle sole Sezioni di appello (che tende a non ingessare il maturarsi dell'evoluzione giurisprudenziale, consentendo percorsi di approfondimenti meglio estesi, attraverso due gradi di giudizio), la rimessione alle SSRR, in caso di dissenso motivato manifestato da una Sezione semplice di appello, dell'intero giudizio e non solo del principio di diritto (onde fugare qualsiasi perplessità circa il "vincolo decisorio" cui sarebbe astretto il giudice di appello che sia e voglia restare dissenziente), infine, l'estensione della deferibilità a questioni di diritto che abbiano dato luogo, già in primo grado, ad indirizzi interpretativi o applicativi

difformi (allo scopo di evitare il prolungarsi dei processi in attesa di una risoluzione compositiva).

In conclusione, le prospettive innescate dalle nuove previsioni normative chiameranno la Corte dei conti a proseguire in un cammino - invero già intrapreso da tempo - diretto a dare risposte alle tre principali esigenze sopracitate (autorganizzazione e autoriforma, consapevolezza dei punti di interconnessione tra le magistrature superiori, esercizio della nomofilachia "interna" in funzione della certezza del diritto e di un sufficiente tasso di "prevedibilità" delle decisioni).

PROCURA GENERALE PRESSO LA CORTE DI CASSAZIONE E QUALITÀ DEL SERVIZIO GIUSTIZIA: ATTUALITÀ E PROSPETTIVE

PASQUALE FIMIANI*

SOMMARIO: 1. La pluralità di funzioni della Procura generale presso la Corte di Cassazione e la qualità del servizio giustizia: rapporti - 2. Il concorso della Procura generale presso la Corte di Cassazione nell'attività nomofilattica: la necessaria modulazione degli interventi e l'espansione del ricorso nell'interesse della legge - 3. Il controllo disciplinare: il superamento della c.d. "tipizzazione imperfetta" e l'estensione del sistema ai magistrati amministrativi e contabili quali precondizioni per l'eventuale modifica dell'assetto del giudice disciplinare - 4. Segue: controllo disciplinare della Procura generale presso la Corte di Cassazione e valutazioni di professionalità - 5. L'uniforme esercizio dell'azione penale: verso un sistema "a rete" degli uffici di Procura promosso dalla Procura generale della Cassazione ed incentrato sulla "nomofilachia delle prassi" - 6. Natura "anfibia" della Procura generale presso la Cassazione, "accountability" dell'organizzazione giudiziaria e possibile revisione dei flussi informativi istituzionali in tema di giustizia

1. La pluralità di funzioni della Procura generale presso la Corte di Cassazione e la qualità del servizio giustizia: rapporti

L'analisi del ruolo che la Procura generale presso la Corte di Cassazione può rivestire in una proposta di miglioramento della qualità del servizio giustizia inclusiva di forme di più intensa interazione tra le giurisdizioni superiori va svolta tenendo presente la pluralità di funzioni svolte dall'ufficio e precisamente:

1. il contributo alla nomofilachia ed all'evoluzione giurisprudenziale, mediante l'intervento, nell'interesse della legge, nel processo civile e penale;
2. l'esercizio delle competenze in materia disciplinare;
3. le funzioni di coordinamento previste dall'art. 6 del d.lgs. n. 106 del 2006, in sinergia con le Procure generali dei distretti territoriali, al fine di favorire l'uniforme e corretto esercizio dell'azione penale ed il rispetto delle norme del giusto processo da parte degli uffici requirenti;

* Sostituto Procuratore Generale della Corte Suprema di cassazione

4. i rapporti con la Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo, la quale, come noto, è istituita nell'ambito della Procura generale della Corte di Cassazione, cui fa capo la funzione di sorveglianza su di essa;
5. il ruolo svolto nel dibattito istituzionale europeo, mediante la costante presenza in organismi sovranazionali e l'attivazione di punti di contatto della Rete giudiziaria europea in materia civile e penale.

Tale pluralità di funzioni comporta una duplice prospettiva di esame del tema oggetto del presente contributo.

In primo luogo, separatamente considerate, dette funzioni riguardano settori che, pur presentando specifiche e distinte problematiche, sono tutti “*sensibili*” ai fini del rilevamento della qualità del sistema giudiziario e, quindi, del livello di rispondenza alla domanda di giustizia della collettività del “*servizio pubblico*” giustizia.

Detta qualifica, come diffusamente illustrato in altri contributi del gruppo di lavoro, rappresenta infatti la conseguenza della mutata impostazione dell'esame dell'organizzazione giudiziaria, che non è più limitato all'analisi del suo funzionamento, ma si incentra piuttosto sulla sua capacità di soddisfare le richieste della collettività di affermazione del diritto nella regolazione dei conflitti e nella valutazione delle condotte illecite ed in questa prospettiva è ormai riconosciuta la rilevanza di temi quali:

1. l'efficienza del sistema, comprensiva della organizzazione amministrativa e territoriale, nonché della rimodulazione delle procedure;
2. la coerenza e prevedibilità delle decisioni, inclusiva, per quanto riguarda il settore giudicante, della resistenza della decisione del primo giudice nei successivi gradi di impugnazione, nonché del ruolo nomofilattico esercitato dalla Corte di Cassazione e, per quanto riguarda il pubblico ministero, della percentuale di accoglimento delle richieste da parte del giudice, della uniformità delle prassi nella conduzione delle indagini e del coordinamento tra gli uffici di procura;
3. la professionalità dei magistrati, inclusiva della loro formazione;
4. la scelta dei dirigenti degli uffici;
5. la deontologia professionale.

Tematiche queste suscettibili di plurime interferenze con l'attività della Procura generale presso la Corte di Cassazione, in particolare nella materia degli illeciti disciplinari nei quali, non a caso, il passaggio del bene protetto dal “prestigio dell'ordine giudiziario” alla “immagine del magistrato” avutosi con la riforma del 2006, è stato coerente con la progressiva emersione della qualifica del sistema giustizia come servizio pubblico, esprimendo l'evoluzione da un concetto sintomatico dall'istituzione magistratuale come “autorità” ad uno espressivo dei valori (imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo e equilibrio e rispetto della dignità della persona) che concorrono nell'insieme a delineare il

modello di magistrato in linea con le aspettative di tutela e di garanzia della società.

Sotto altro profilo, esaminata in una visione unitaria, la pluralità degli ambiti di intervento della Procura generale presso la Corte di Cassazione disegna per l'ufficio un ruolo del tutto peculiare, di natura per così dire “*anfibia*”, in quanto opera sia nel contesto nomofilattico, sia in quello esterno, ruolo che potrebbe essere utilmente implementato per far meglio dialogare due “*mondi*” tra loro distanti, quali la giurisdizione e la realtà istituzionale esterna (tema questo che sarà esaminato nell'ultimo paragrafo).

2. Il concorso della Procura generale presso la Corte di Cassazione nell'attività nomofilattica: la necessaria modulazione degli interventi e l'espansione del ricorso nell'interesse della legge

È stato più volte evidenziato come l'efficace partecipazione della Procura generale presso la Corte di Cassazione all'attività nomofilattica nei giudizi civili e penali richieda, per l'enorme numero degli affari trattati dalla Corte, la possibilità di modulare l'intervento a seconda della rilevanza delle questioni.

Tale impostazione è stata già avviata nel settore penale.

A seguito della sentenza delle Sezioni Unite n. 51207/2015, che ha esteso il rito camerale non partecipato al procedimento in camera di consiglio innanzi alla Corte avente ad oggetto i ricorsi ex art. 325 c.p.p. in materia di sequestri ribadendo quanto già era stato affermato in precedenza (Sez. I, n. 4355/1991) circa la natura facoltativa della requisitoria scritta del Procuratore generale, soluzione del resto in linea con il rito camerale partecipato di cui all'art. 127 c.p.p., nel quale il pubblico ministero e le parti private sono sentiti se compaiono, il provvedimento del Procuratore generale dell'8 marzo 2016 ha previsto la redazione di richieste scritte con motivazione “ordinaria” nelle materie oggetto dei gruppi “*Misure di prevenzione e sicurezza*”, “*Esecuzione*”, “*Ordinamento penitenziario*”, e “*Misure cautelari reali, sequestri e confische*”, e con motivazione “semplificata” nelle altre materie.

Anche se tale estensione è destinata a venir meno per effetto della recente riforma “Orlando” del processo penale approvata definitivamente dalla Camera il 14 giugno 2017, che all'art. 1, comma 60, modifica l'articolo 325, comma 3, c.p.p. in modo da rendere applicabile per la decisione sui ricorsi in tema di misure cautelari reali il rito della camera di consiglio partecipata di cui all'art. 127 c.p.p., resta la questione di fondo della opportunità di prevedere meccanismi di selezione delle questioni di interesse nomofilattico meritevoli di approfondimento da parte del P.G., ai fini della effettiva utilità del suo contributo alla decisione; una regola, questa, auspicabile anche per la requisitoria orale nella udienza pubblica o in quella camerale partecipata.

Al riguardo, per il miglior contributo all'approfondimento dei profili di reale rilevanza nomofilattica, può essere opportuno il deposito del testo scritto della requisitoria, nelle forme della memoria di udienza ex art. 121 c.p.p..

In ogni caso lo scritto, piuttosto che *“appesantire la lettura”* con la diffusa e tralattica riproduzione della giurisprudenza della Corte, dovrebbe limitarsi ad *individuare la questione ed illustrare la soluzione proposta, secondo uno stile essenziale, ma efficace*, con un richiamo sintetico ai precedenti e, se possibile e necessario, con citazioni di dottrina nei casi in cui si tratti di questione di diritto inedita o controversa.

L'evoluzione del ruolo del Procuratore generale nel processo di cassazione verso il progressivo ampliamento dei settori in cui gli è riconosciuta la facoltà di selezionare le questioni di interesse nomofilattico meritevoli di approfondimento si riscontra anche nella recente riforma del rito civile di cassazione (d.l. 31 agosto 2016, n. 168, conv. con modificazioni nella legge 25 ottobre 2016, n. 197), con l'introduzione dell'art. 380-bis.1 c.p.c. che, nel procedimento per la decisione in camera di consiglio dinanzi alla sezione semplice, prevede la facoltà per il pubblico ministero di depositare in cancelleria le sue conclusioni scritte non oltre venti giorni prima dell'adunanza in camera di consiglio.

Tale soluzione completa il disegno avviato con il d.l. n. 69/2013, conv. con mod., dalla legge n. 98/2013, che esclude la partecipazione del Procuratore generale alle udienze in camera di consiglio avanti alla sezione sesta, per la declaratoria delle cause di inammissibilità, di manifesta infondatezza o di manifesta fondatezza del ricorso, ai sensi del modificato art. 380-bis c.p.c., al dichiarato scopo di permettere un *“impiego maggiormente selettivo dei magistrati della Procura generale nelle udienze civili”* (Relazione al disegno di legge d.l. n. 1248/C/XVII presentato il 21 giugno 2013, di conversione del citato decreto).

Le due novelle del 2013 e del 2016 non hanno toccato la possibilità per il Procuratore generale di proporre ricorso nell'interesse della legge quando il provvedimento non è ricorribile in cassazione e non è altrimenti impugnabile, ai sensi dell'art. 363 c.p.c., e ciò conferma la fondamentale importanza dell'istituto sotto il profilo sistematico, in quanto *“serve a mostrare isolatamente in azione quell'interesse collettivo all'esatta interpretazione del diritto obiettivo che di solito ... si manifesta nel processo soltanto quando sia accoppiato con un interesse individuale e trova soddisfacimento soltanto per impulso e in conseguenza di questo”* [CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, II, Torino, 1920, 118; sulle origini storiche e sulla evoluzione dell'istituto si rinvia a REALI, *Commento all'art. 363 c.p.c.*, in CIPRIANI (a cura di), *La riforma del giudizio di cassazione*, Padova, 2009, 164 ed ivi rif.].

Nonostante l'importanza sotto il profilo teorico, è innegabile che, mentre da un lato è stato sempre più diffuso il ricorso da parte della Corte, sia a sezioni unite, che a sezioni semplici, all'esercizio della facoltà di pronunciare di ufficio il principio di diritto ritenendo la questione di particolare importanza, dall'altro

l'iniziativa del Procuratore Generale, come in passato, ha continuato ad avere carattere eccezionale, tanto che non poche sono le voci critiche sollevatesi in dottrina.

Viene stigmatizzata la sostanziale "assenza" del P.G., nonostante il rilievo che potrebbe assumere il ruolo assegnatogli dall'art. 363, specialmente in presenza di decisioni di merito su questioni nuove o comunque rispetto alle quali mancano pronunce di legittimità.

In realtà, la ragione del limitato ricorso alla richiesta di pronuncia del principio di diritto nell'interesse della legge va individuata non già nel disinteresse del P.G., ma essenzialmente nel fatto che non esiste un canale informativo istituzionale espressamente deputato dalla legge ad informare la Procura generale di provvedimenti di merito in relazione ai quali la richiesta è ammissibile e giustificata per l'inerenza a questioni di diritto di interesse nomofilattico [come riconosce CARRATTA, *Commento all'art. 363 c.p.c.*, in CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Torino, 2007, I, 361], con la conseguenza che il suo intervento dipende, inevitabilmente, dalla segnalazione delle parti interessate.

In presenza di tali istanze, la Procura Generale, quando non ha ritenuto di procedere alla richiesta al primo Presidente, ha dichiarato non luogo a provvedere sulle stesse, emettendo motivati provvedimenti comunicati agli istanti; e ciò, pur in mancanza di un obbligo in tal senso, secondo una valutazione di opportunità emersa nella prassi dell'ufficio per ragioni di trasparenza.

In ogni caso, la possibilità per le parti di sollecitare l'iniziativa del P.G., oltre che di proporre – come già avvenuto – ricorsi consapevolmente inammissibili al solo fine di richiedere alla Corte la pronuncia di ufficio del principio di diritto, costituisce, comunque, la garanzia della possibilità, su più versanti, di attivazione dei meccanismi nomofilattici offerti dall'art. 363 c.p.c..

È peraltro auspicabile che sia la stessa Procura Generale a promuovere la creazione di un sistema informativo da cui acquisire notizia dei provvedimenti di merito in relazione ai quali è ammissibile e giustificata per l'inerenza a questioni di diritto di interesse nomofilattico (come auspicato da VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012, 167).

Già sono stati fatti primi passi in tal senso, con l'individuazione, tramite la ricerca su riviste e siti giuridici, di una serie di questioni emerse nella giurisprudenza di merito; al fine di valutare caso per caso l'opportunità della richiesta ex art. 363 a tale iniziativa occorre dare seguito mediante l'acquisizione presso i vari uffici dei provvedimenti e degli atti dei relativi procedimenti, ma trattasi di ricerca non agevole, stante l'incompletezza degli estremi riportati dalle predette fonti informative.

È stata altresì creata una griglia, sulla base della giurisprudenza della Corte, dei provvedimenti che, non essendo ricorribili ex art. 111, comma 7, Cost. e non

essendo altrimenti impugnabili, possono costituire idoneo presupposto della iniziativa del P.G. In tal modo sono stati creati i presupposti per una più facile ricerca dei provvedimenti di merito, indirizzata secondo tipologie predeterminate.

Si potrebbe, poi, pensare, per implementare e rendere costante il flusso informativo, a forme di collaborazione con le attività formative per i Magistrati (centrali e decentrate) o con il Consiglio Nazionale Forense ed il mondo accademico e primi contatti con quest'ultimo sono stati già avviati.

Pur trattandosi di un salto in avanti, che vedrebbe impegnata la Procura Generale in un ruolo nuovo per il settore civile, in qualche modo parallelo a quello avviato per il versante penale nell'ambito delle iniziative attuative dell'art. 6 del d.lgs. n. 106 del 2006, tale possibilità va considerata con estrema prudenza, essendo necessario il concorso di alcune condizioni.

La prima è che nell'Ufficio di Procura, sia presente una adeguata struttura di supporto per la gestione dei flussi informativi, sia nel numero degli addetti, che nelle procedure operative.

Al riguardo si potrebbe pensare ad una struttura di studio a supporto dei magistrati della Procura generale delegati alla cura del servizio, da creare utilizzando i laureati ammessi al tirocinio presso gli uffici giudiziari sulla base delle convenzioni che possono stipularsi con le facoltà universitarie di giurisprudenza e le scuole di specializzazione per le professioni legali, ai sensi dell'art. 18 della legge 24 giugno 1997, n. 196 e/o dell'art. 37 del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111. In tale contesto, i tirocinanti potrebbero essere coinvolti nella gestione dei flussi informativi provenienti dal merito, nella ricerca e primo esame dei provvedimenti suscettibili di attivare la richiesta del P.G., nella creazione ed aggiornamento di banche dati – giurisprudenziali e di dottrina - sulle relative tematiche, da aggiornare periodicamente secondo le direttive dell'Ufficio.

La seconda condizione è data dalla predeterminazione di criteri di selezione delle questioni, sia in sede di segnalazione proveniente dal merito, sia in sede di trattazione (andrebbe data priorità alle questioni relative a diritti fondamentali o a questioni attinenti ad interessi di natura generale).

La recente riforma del processo civile di cassazione con la definitiva attribuzione al P.G. della possibilità di selezionare i casi sui quali ritiene di intervenire, potrebbe finalmente liberare risorse da dedicare alla cura ed alla implementazione del settore dei ricorsi nell'interesse della legge.

In questa prospettiva sono immaginabili ulteriori linee evolutive.

La prima riguarda l'introduzione di meccanismi di coinvolgimento preventivo per la enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge sulla falsariga dell'art. 420-*bis* c.p.c. (il quale prevede la possibilità di un accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti e accordi collettivi da parte del giudice di merito con provvedimento unicamente ricorribile per cassazione).

Ipotesi, questa, già discussa in dottrina con l'emersione di due contrapposte linee di pensiero, una favorevole, sul rilievo che, in presenza di contrasti giurisprudenziali, tale procedimento, *"oltre ad avere il vantaggio di risultare affidato ai concreti interessi delle parti litiganti, potrebbe contribuire a costruire una cultura davvero assimilabile a quella dei sistemi a Corte suprema, conservando per di più alla decisione della Corte gli ordinari connotati delle decisioni giudiziarie, destinate alla risoluzione di una controversia"* (NAPPI, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali*, I Ed., Torino, 2006, 285 e II Ed., 337; conforme IANNIRUBERTO, *Il nuovo volto dell'art. 363 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1081) e l'altra contraria, fondata sul timore del notevole impulso al potere di rimessione da parte dei giudici di merito e degli inconvenienti che ne deriverebbero per l'esercizio della funzione nomofilattica (CRISCUOLO, *I provvedimenti ricorribili. Il ricorso nell'interesse della legge*, in IANNIRUBERTO - MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di Cassazione*, I Ed., Milano, 2007, 172).

Timore che però potrebbe essere fugato, con indubbi benefici per la nomofilachia e la certezza del diritto, qualora fossero introdotte forme di filtro presso il giudice *"a quo"*, ad esempio prevedendo che la rimessione della questione preventiva di diritto da parte del giudice monocratico debba essere confermata dal collegio.

La seconda linea evolutiva riguarda la possibilità di estendere la facoltà di proporre ricorso nell'interesse della legge anche ad altri settori.

Viene in primo luogo in evidenza il sistema processuale penale, nel quale l'applicabilità dell'art. 363 c.p.c. è stata espressamente esclusa dalle sezioni unite penali (sentenza n. 6624/2012).

In effetti, non sembrano esservi ragioni ostative all'estensione di tale istituto alla materia penale, anche considerando che lo stesso era già previsto - e per giunta con effetto di annullamento in caso di accoglimento - dall'art. 509 del codice approvato con R.D. 27 febbraio 1913, n. 127 (secondo cui *"il Procuratore generale presso la Corte di Cassazione può in ogni tempo ricorrere nell'interesse della legge contro qualunque sentenza o ordinanza che sia divenuta irrevocabile per non essere stato proposto ricorso, o per esservi stata rinunzia al medesimo, o perché il ricorso proposto sia stato dichiarato inammissibile"*).

È altresì auspicabile l'estensione anche nel processo avanti al Consiglio di Stato.

L'art. 99, comma 5, C.P.A. (il quale prevede la possibilità per l'adunanza plenaria di enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge se ritiene che la questione è di particolare importanza anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio, con una pronuncia priva di effetto sul provvedimento impugnato) riproduce l'impostazione dell'art. 363 c.p.c. nella parte in cui concede analoga facoltà alla Cassazione e sembra coerente con il proposito di una più intensa interazione tra

le giurisdizioni superiori immaginare per il P.G. analogo potere di impulso nel processo avanti all'adunanza plenaria, quantomeno nelle materie di giurisdizione esclusiva, caratterizzate dalla presenza di situazioni di diritto soggettivo, sia pur "*intrecciate*" con posizioni di interesse legittimo.

L'ampliamento trasversale della proponibilità del ricorso nell'interesse della legge sarebbe, del resto, coerente con il fondamento stesso della presenza del Procuratore generale nel processo avanti alla Corte Suprema, consistente nell'affermazione dello "*ius constitutionis*", inteso come corretto, coerente ed efficace esercizio della funzione nomofilattica, anche sganciata dallo "*ius litigatoris*", come appunto avviene nell'ipotesi disciplinata dall'art. 363 c.p.c. (si rinvia alle considerazioni di CALAMANDREI sulla valenza sistematica del ricorso nell'interesse della legge di cui si è dato conto in precedenza).

L'espansione dell'istituto potrebbe riguardare anche i meccanismi di coinvolgimento preventivo per la enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, auspicabili, sempre garantiti da adeguati sistemi di filtro, oltre a processo civile, anche in quello penale di cassazione (con ampliamento dello spazio di utilizzabilità dell'art. 618 c.p.p. che attualmente prevede soltanto la rimessione alle sezioni unite da parte di una sezione della Corte di una questione di diritto sottoposta al suo esame che ha dato luogo o può dar luogo ad un contrasto giurisprudenziale) ed in quello avanti al Consiglio di Stato (nelle stesse materie in cui si ammetta la possibilità di ricorso da parte del Procuratore generale).

3. Il controllo disciplinare: il superamento della c.d. "tipizzazione imperfetta" e l'estensione del sistema ai magistrati amministrativi e contabili quali precondizioni per l'eventuale modifica dell'assetto del giudice disciplinare

Uno dei settori oggetto dei lavori del gruppo di studio è stato quello disciplinare, per il quale nel corso dei lavori sono stati prospettati due interventi: l'estensione del sistema introdotto dal d.lgs. n. 109/2006 ai magistrati amministrativi e contabili (esclusi dall'ambito di applicazione ai sensi dell'art. 30) e la modifica dell'assetto del giudice disciplinare di tutte le magistrature, attraverso la istituzione della c.d. "*Alta Corte*" in sostituzione della Sezione disciplinare del C.S.M. o, in alternativa, in aggiunta quale giudice speciale delle impugnazioni disciplinari.

La posizione dell'ufficio è stata quella di astenersi dal partecipare, al di fuori delle sedi istituzionali, alla formulazione di proposte di riforma dell'assetto ordinamentale della giurisdizione ordinaria, specie se comportanti modifiche di rango costituzionale.

Sembra comunque che ogni discussione sull'assetto del giudice disciplinare debba partire dal riconoscere che il sistema introdotto nel 2006 per i magistrati ordinari ha dato prova di buon funzionamento.

Nell'intervento scritto del Procuratore generale Ciccolo per l'Assemblea generale della Corte sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2015, si afferma come siano *“i numeri a dimostrare che la giustizia disciplinare è tutt'altro che compiacente”* e si sottolinea come il suo intervento debba *“essere riservato alla sanzione di condotte patologiche rilevanti e non è strumento che possa essere impropriamente utilizzato per più generiche finalità di maggiore efficienza e di politica della giurisdizione”*.

Va ribadito, anche in questa sede, che *«il sistema disciplinare può intervenire solo su casi singoli, quando la lesione degli interessi rilevanti si è già determinata: è impossibile piegarlo al raggiungimento di altri, più generali obiettivi che sta forse nella confusione tra i due diversi piani, quello della “sanzione” giurisdizionale e quello della “prevenzione” che deve assicurare il C.S.M. in via amministrativa, la radice della contraddizione per la quale, a fronte di un sistema disciplinare il cui bilancio è certamente in attivo, se ne chiede da più parti la riforma»*.

Considerazioni, queste, che consentono di rispondere a chi, facendo leva sulla insoddisfazione per il funzionamento della giustizia, *«ha favorito l'idea che un diverso sistema, sottratto ad una Sezione disciplinare espressione esclusiva del Consiglio superiore, sarebbe in grado di esercitare un maggior controllo sulla magistratura e di migliorarne il funzionamento»*.

Tale impostazione – rilevava il Procuratore generale – finisce con il *“chiedere così al sistema disciplinare di assolvere una funzione che non gli è propria, deresponsabilizzando chi, sul piano normativo, regolamentare, organizzativo, dirigenziale, operativo, dovrebbe intervenire, ciascuno secondo il proprio ruolo, le proprie responsabilità, la propria consapevolezza professionale”*.

Tale precisazione non esclude però la necessità di interventi correttivi.

Il primo riguarda la miglior definizione degli illeciti.

Infatti, l'originario sistema previsto dal d.lgs. n. 109/2006 è stato fortemente inciso dalla doppia abrogazione, da parte della legge n. 269 del 2006, dell'art. 1, comma 2 (secondo cui *“il magistrato, anche fuori dall'esercizio delle proprie funzioni, non deve tenere comportamenti, ancorché legittimi, che compromettano la credibilità personale, il prestigio e il decoro del magistrato o il prestigio dell'istituzione giudiziaria”*) e dell'art. 3, lett. I, che prevedeva come illecito extrafunzionale *“ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza”*. L'effetto è stato quello di eliminare il catalogo generale dei doveri del magistrato al di fuori delle funzioni, ora ristretti a quelli desumibili dalle singole figure di illecito previste dall'art. 3 e di restringere a quelli espressamente previsti i comportamenti illeciti extrafunzionali.

Tale soluzione, pur condivisibile nella parte in cui predetermina in modo specifico i comportamenti vietati al magistrato, evitando spazi di ambiguità e di incertezza, ha però comportato un arretramento della tutela in presenza di condotte extrafunzionali “*atipiche*” che appaiono stridere con l’immagine di imparzialità ed indipendenza del magistrato. Un’ipotesi, questa, inevitabile, in mancanza di una norma di chiusura, in considerazione della dinamicità e pluralità delle forme di relazione nella sfera privata, dell’evoluzione dei costumi e degli stessi parametri etici di riferimento, delle nuove modalità di comunicazione, delle variegate forme di aggregazione dei gruppi e di emersione dei centri di imputazione degli interessi, tutti elementi che, nel complesso, determinano la difficoltà di predeterminare un quadro esaustivo dei comportamenti extrafunzionali rilevanti sotto il profilo disciplinare (sul tema della c.d. “*tipizzazione imperfetta*”, ripetutamente affrontato negli interventi del Procuratore generale della Cassazione negli incontri degli ultimi anni di presentazione delle relazioni sull’amministrazione della giustizia da parte del primo Presidente della Corte di Cassazione, sia consentito rinviare a FIMIANI – FRESA, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari*, Torino, 2013, 439).

I lavori della *Commissione Vietti* recentemente licenziati, con la rimodulazione di gran parte degli illeciti funzionali (distinti in relazione alla violazione dei doveri di imparzialità, di correttezza, di diligenza, di laboriosità e di riserbo) ed extrafunzionali (con la miglior definizione di alcune fattispecie e l’introduzione dell’illecito di chiusura per “ogni altro comportamento tenuto in luogo pubblico o aperto al pubblico idoneo a compromettere in modo grave il prestigio della funzione giudiziaria”) sembra andare nella duplice direzione:

- di chiarire la *natura plurioffensiva* degli illeciti funzionali, in quanto lesivi non più soltanto dell’immagine del magistrato, come costantemente affermato, ma anche dello specifico bene sotteso al dovere la cui violazione è sanzionata;
- di introdurre per l’illecito extrafunzionale una *tipizzazione non esaustiva*, in modo da ridurre il rischio di condotte non punibili, ancorché stridenti con l’immagine di imparzialità ed indipendenza del magistrato.

La modifica del sistema disciplinare introdotto dal d.lgs. n. 109/2006 potrebbe essere l’occasione per estenderne l’applicazione, eventualmente con l’introduzione di una clausola generale di salvezza della compatibilità, ai magistrati amministrativi e contabili, con il superamento della esclusione per essi prevista dall’art. 30 del d.lgs. citato.

Tale estensione dovrebbe riguardare anche la netta distinzione tra organo competente per i sommari accertamenti predisciplinari e per le indagini disciplinari e giudice disciplinare, ed al riguardo si potrebbe pensare ad un allargamento delle competenze della Procura generale presso la Corte di Cassazione, stante l’ampia esperienza maturata in materia, eventualmente integrata da magistrati amministrativi e contabili appositamente designati.

Questi due passaggi - estensione del sistema di illeciti tipizzati alle altre magistrature e contestuale affidamento delle indagini ad essi relativi ad un organo distinto ed autonomo da quello giudicante – nonché un successivo congruo periodo di sperimentazione dell'applicazione di tale sistema ai magistrati amministrativi e contabili, sembrano costituire la precondizione necessaria per discutere della utilità di un giudice disciplinare unico per tutte le magistrature, quale la c.d. “Alta Corte”, la cui istituzione, comportando una modifica costituzionale, richiede un approccio di estrema prudenza e quindi l'opportunità di una valutazione fondata su specifiche e comprovate esigenze.

4. Segue: controllo disciplinare della Procura generale presso la Corte di Cassazione e valutazioni di professionalità

Come evidenziato nel paragrafo che precede, prima dell'intervento disciplinare è necessario un adeguato intervento sulle verifiche della professionalità di ogni magistrato, comparative e individuali.

L'esperienza – ricorda il Procuratore generale nel citato intervento – insegna che *“molte delle condotte non ritenute meritevoli nemmeno di inizio di azione disciplinare ben potrebbero o dovrebbero essere tenute in considerazione dal C.S.M. per i diversi profili attinenti alle valutazioni di professionalità”*, tanto che *“da diverso tempo, taluni sostengono l'opportunità che i decreti di archiviazione siano trasmessi per conoscenza al C.S.M., onde porre l'organo di governo autonomo in grado di conoscere condotte delle quali non è in alcun modo informato, visto che, dopo la riforma del 2006, gli sono state sottratte competenze anche in tema di trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale ex art. 2 R.D.lgs. n. 511 del 1946. Se infatti l'esposto del privato viene trasmesso ai soli titolari dell'azione disciplinare e non al C.S.M., l'organo di governo autonomo può venire a conoscenza di quei fatti e di quelle condotte, oggetto di doglianze, solo nell'ipotesi in cui l'azione disciplinare venga esercitata”*.

La questione si pone *“poiché il filtro della Procura generale fa sì che più del 90% delle notizie di illecito disciplinare venga ogni anno ritenuto privo di rilievo, nell'ipotesi largamente prevalente della archiviazione il C.S.M. non viene informato di fatti di possibile rilievo nell'ambito delle sue attribuzioni”*.

Sembra al riguardo utile ricordare la triplice alternativa per il Procuratore generale posta nel citato intervento:

- trasmettere al C.S.M. ogni decreto di archiviazione in base al principio generale dell'ordinamento giudiziario secondo il quale l'organo del governo autonomo della magistratura deve essere informato di ogni fatto concernente la vita professionale del magistrato;
- non trasmettere al C.S.M. alcun decreto di archiviazione, in base alla considerazione che manca una norma primaria che lo preveda;

- valutare caso per caso la trasmissione del decreto di archiviazione, a seconda del rilievo che quei fatti, atti o comportamenti del magistrato abbiano o possano avere.

L'intervento non ha preso posizione a favore dell'una o dell'altra soluzione, ma ha auspicato indicazioni del C.S.M., in quanto competente sulle valutazioni di professionalità. In particolare ha osservato il Procuratore generale:

«La prima alternativa potrebbe essere quella preferibile sul piano sostanziale, perché porrebbe il C.S.M. nella condizione di procedere, nella collegialità propria dell'organo, alla valutazione di ciò che può essere rilevante ai fini del percorso professionale del magistrato. Essa però si scontra con l'aspetto pratico, di non secondaria importanza, di dare spazio ad un relevantissimo – e non di rado inutile – “carteggio” tra la Procura generale ed il C.S.M., che potrebbe raggiungere una cifra tra i 1.200 ed i 1.400 decreti di archiviazione all'anno.

La seconda ipotesi, quella di non trasmettere al C.S.M. alcun decreto di archiviazione, potrebbe essere la soluzione più semplice, ma anche quella più burocratica, che priverebbe al contempo l'organo di governo autonomo di una serie di notizie utili.

La terza ipotesi, astrattamente la più razionale, comporterebbe il rischio di spostare la valutazione relativa al possibile rilievo della condotta oggetto di archiviazione dall'organo collegiale preposto al Procuratore generale, che è solo uno dei ventisette componenti del Consiglio superiore.

La scelta dell'alternativa più opportuna dovrebbe essere demandata proprio al C.S.M. mediante una regolamentazione ad hoc di fonte secondaria e sarebbe idonea ad evitare defatiganti discussioni plenarie circa l'inserimento o meno nel fascicolo personale del magistrato di questo o quel decreto di archiviazione, con la conseguenza di affidare la valutabilità o meno della condotta del magistrato alla soluzione casistica».

5. L'uniforme esercizio dell'azione penale: verso un sistema “a rete” degli uffici di Procura promosso dalla Procura generale della Cassazione ed incentrato sulla “nomofilachia delle prassi”

L'attuazione dell'articolo 6 del d.lgs. n. 106 del 2006, in tema di uniforme esercizio dell'azione penale, vede da tempo l'ufficio al centro di una costante interlocuzione con le Procure generali presso le Corti di Appello, sia nel richiedere l'acquisizione degli elementi conoscitivi necessari per avviare il monitoraggio propedeutico alla realizzazione della predetta uniformità, sia, sul fronte opposto, nel ricevere, sempre più frequentemente, richieste di approfondimenti o segnalazioni di questioni controverse meritevoli di intervento (per l'avvio delle prime attività di attuazione dell'articolo 6, si rinvia alle relazioni di MURA, RIELLO e SALVI, nell'ambito dell'incontro con i Presidenti delle Corti di

Appello e i Procuratori Generali sul tema *“Le buone prassi organizzative: gli uffici giudicanti e requirenti – Rispettive specificità applicative”* tenutosi in data 17 giugno 2010 presso il C.S.M.).

Analoghe richieste di intervento sono state talvolta rivolte all'ufficio dal Ministro della Giustizia, a conferma della crescente esigenza di una *“nomofilachia delle prassi”* investigative sia quale garanzia di uguaglianza nell'applicazione della norma procedimentale, sia quale preconditione imprescindibile dell'accertamento della verità nel processo (esigenza confermata da recenti iniziative del Consiglio superiore in tema di studi sulla responsabilità penale nell'ambito dell'attività di protezione civile e di ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione di conversazioni).

Si è quindi attivata la positiva circolarità delle informazioni circa la diversa impostazione seguita dai vari uffici requirenti (a livello distrettuale e nazionale) sulle varie questioni relative alla gestione delle indagini, e ciò ha favorito in diversi casi il superamento di ingiustificate disomogeneità, con abbandono di quelle prassi rivelatesi irrazionali o scarsamente efficaci a favore di modelli operativi più efficienti.

L'importanza dell'istituto è stata riconosciuta dalla Risoluzione del 16 marzo 2016 del Consiglio superiore della magistratura in materia di organizzazione degli uffici di Procura competenti per i delitti commessi in materia o con finalità antiterrorismo, secondo cui vanno riconosciuti ai Procuratori generali presso le Corti di Appello *“poteri di impulso, anche per la conclusione di idonei protocolli ... nell'ambito della migliore interpretazione dell'art. 6 del d.lgs. n. 106/2006, che ha visto nel tempo stratificarsi, per effetto dell'azione del Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, e con l'osservazione attenta della settima commissione consiliare, più che una interpretazione del contenuto di una norma apparsa inizialmente come una sorta di cuneo nelle maglie dell'autonomia degli uffici di primo grado, un vero e proprio metodo di lavoro, fatto della paziente e diffusa attività di armonizzazione, prima a livello distrettuale e poi a livello nazionale, delle migliori prassi di organizzazione applicate al settore investigativo e requirente”*. Con tale atto è stata definita *“prassi virtuosa dell'applicazione dell'art. 6 e dei poteri di impulso e di vigilanza”* quella che *“affida all'autorevolezza del lavoro di coordinamento organizzativo il metodo per puntare all'uniformità dell'azione penale nel rispetto dell'autonomia dell'ufficio del pubblico ministero di primo grado”*.

Come osservato dal Procuratore generale Ciccolo nel già citato intervento scritto per l'Assemblea generale della Corte sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2015, i positivi risultati conseguiti hanno fatto sì che la norma in questione – da taluni accolta con scetticismo poiché ritenuta *“il portato di una cultura verticistica e piramidale dell'ufficio del pubblico ministero”* – sia oggi *“salvo voci del tutto isolate attestate su posizioni di pura conservazione ... generalmente riconosciuta quale l'utile strumento che ha consentito di*

salvaguardare lo storico assetto della magistratura inquirente italiana, fondato sull'autonomia dei singoli uffici del pubblico ministero, coniugandolo con le esigenze imposte da un mondo connotato da dinamiche sociali estremamente articolate e da una realtà fenomenica criminale in rapida evoluzione”, puntando “sul coordinamento e non sulla gerarchia”.

La raccolta da parte della Procura generale della Cassazione di dati e informazioni organizzative provenienti dai diversi uffici consente, quindi, “uno sguardo d'insieme sulle diverse realtà territoriali nonché l'individuazione dei settori in cui è necessario o utile un coordinamento; permette, infine, la diffusione delle buone prassi organizzative a livello nazionale, innescando, attraverso le stesse, un incrementale processo di miglioramento della risposta alla criminalità” (VIOLA, relazione introduttiva tenuta nel corso dell'incontro con i Procuratori generali presso le Corti di Appello sull'attuazione dell'art. 6 del decreto legislativo n. 106/2006, promosso dal Procuratore generale della Corte di Cassazione, nei giorni 14 e 15 aprile 2016, alla quale si rinvia per ulteriori spunti di riflessione sulla possibile evoluzione dell'istituto ai fini del miglior contrasto, anche in sede di cooperazione internazionale, alle varie forme di criminalità; per l'approfondimento delle prassi investigative nella materia dei reati ambientali, sia consentito rinviare alla NOSTRA relazione tenuta nel corso dello stesso incontro).

Può dirsi ormai acquisita a vari livelli, come efficacemente affermato nel comunicato stampa relativo al predetto incontro del 14 e 15 aprile 2016, *«l'esigenza di organizzare la magistratura requirente, nel suo complesso, secondo un sistema “a rete” in cui la Procura generale della Cassazione sia garante del bilanciamento tra autonomia dei singoli uffici nella trattazione del merito dei procedimenti penali, uniformità delle prassi sulle modalità della gestione di detti procedimenti e circolarità delle informazioni».*

Il sistema del modello “a rete” rappresenta, infatti, il punto di equilibrio in quelle organizzazioni complesse, quale è quella giudiziaria requirente, cui appartengono soggetti con diverse competenze e livelli di responsabilità, ma tutti dotati di autonomia, chiamati a dover necessariamente dialogare e coordinarsi tra loro per il miglior funzionamento del sistema di cui fanno parte.

In tale prospettiva utile è il riferimento alla recente legge n. 132/2016 che si propone di superare le note difformità applicative della normativa ambientale da parte delle varie Agenzie regionali attraverso la creazione del “Sistema nazionale a rete per la protezione dell'ambiente”, attribuendo all'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (Ispra) un ruolo di coordinamento e di garante dell'attuazione delle soluzioni condivise nel confronto con le Agenzie stesse, evitando soluzioni verticistiche e direttive gerarchicamente imposte dall'alto.

In qualche modo anticipando lo spirito di tale riforma, il Procuratore generale Ciccolo, considerate le diverse problematiche emerse in tema di uniforme esercizio dell'azione penale in tema di reati ambientali nel corso del predetto incontro del 14 e 15 aprile 2016, ha organizzato il settore di attuazione dell'art. 6

nella materia ambientale in modo da attivare un monitoraggio permanente, conferendo a tal fine una specifica delega ad un magistrato già addetto al settore; è significativa l'impostazione interdisciplinare di tale monitoraggio, esteso alle problematiche interpretative che si pongono nella materia civile, anche al fine di acquisire elementi di conoscenza per la proposizione di ricorsi nell'interesse della legge ai sensi dell'art. 363 c.p.c., per quanto riguarda i settori in cui viene in evidenza la materia ambientale, quali, a titolo esemplificativo, i regolamenti di giurisdizione, le opposizioni a sanzioni amministrative, il risarcimento del danno ambientale ed i tributi ambientali.

Trattasi di un nuovo approccio alla "*gestione integrata*" dei servizi di valenza nomofilattica in senso ampio (giuridica e delle prassi) che, se utilmente sperimentato, potrebbe essere riprodotto per altre materie di natura trasversale al pari di quella ambientale.

Tali prospettive di evoluzione dell'istituto potranno, poi, essere utilmente supportate dalla eventuale approvazione della proposta di modifica dell'art. 6 formulata dalla commissione Vietti, la quale prevede il rafforzamento del ruolo di coordinamento e vigilanza del Procuratore generale della Corte di Cassazione, chiamato a coordinare, al fine di favorire l'adozione di criteri organizzativi omogenei e funzionali da parte dei procuratori della Repubblica e la diffusione di buone prassi negli uffici requirenti, riunioni periodiche tra i Procuratori generali presso le Corti di Appello all'esito delle quali vengono formulate linee guida organizzative da trasmettere al Consiglio superiore della magistratura per l'approvazione (trasmissione funzionale a prevenire il rischio di sovrapposizione tra le iniziative consiliari di ricognizione delle buone prassi ed attività della Procura generale attuative dell'art. 6 del d.lgs. n. 106/2006).

6. Natura "anfibia" della Procura generale presso la Cassazione, "accountability" dell'organizzazione giudiziaria e possibile revisione dei flussi informativi istituzionali in tema di giustizia

Come già anticipato, la pluralità delle funzioni svolte dalla Procura generale presso la Cassazione, unitariamente esaminata, attribuisce all'ufficio caratteristiche di peculiarità, dato il suo operare sul duplice versante della nomofilachia e del contesto ad essa esterno.

Peculiarità che, peraltro, caratterizza lo stesso contributo nomofilattico, stante la presenza di elementi di specificità che non lo qualificano come del tutto speculare rispetto a quello della Corte di Cassazione.

Al riguardo va innanzitutto tenuto presente che l'organizzazione dell'ufficio è modulata in modo da prevedere, ferma restando la distinzione tra il settore civile e quello penale, la partecipazione all'attività giurisdizionale di più sezioni, impostazione che può consentire al Procuratore generale una interpretazione del ruolo tale da individuare e rappresentare alla Corte, anche in modo critico, le

linee evolutive della giurisprudenza trasversali alle varie sezioni, nonché quelle che in parallelo si evidenziano nei settori civile e penale e ciò sia nelle materie interdisciplinari (si pensi, oltre a quella ambientale, alla materia tributaria, al settore degli appalti e dei servizi pubblici, al diritto eurounitario), sia nelle questioni fondamentali di carattere processuale (si pensi al valore del giudicato, od alle conseguenze del mutamento di giurisprudenza, oggetto negli ultimi anni di plurimi interventi della giurisprudenza in entrambi i settori, anche in conseguenza degli arresti delle Corti sovranazionali).

La possibilità di arricchire l'intervento nel processo è inoltre assicurata dalle varie occasioni di confronto con la realtà fattuale della giurisdizione che vengono in evidenza nell'ambito disciplinare, considerato l'elevato numero di esposti per presunti errori di diritto da parte del giudice.

Anche il confronto internazionale, infine, pone il Procuratore generale nella condizione di osservatore privilegiato delle dinamiche normative ed interpretative a livello sovranazionale e di destinatario di apporti informativi utilizzabili, attraverso una sapiente rielaborazione, nella partecipazione dinamica al processo innanzi tratteggiata.

In questi due settori, poi, si realizza un vero e proprio rapporto "*osmotico*", in quanto la partecipazione all'attività nomofilattica da un lato, si nutre delle esperienze elaborate in quelle sedi, ma, dall'altro, costituisce la base conoscitiva che coadiuva il Procuratore generale nell'esercizio delle funzioni disciplinari in tema di corretto esercizio della giurisdizione ed integra il bagaglio conoscitivo di cui dispone nel confronto sovranazionale.

Già queste prime considerazioni consentono di individuare la caratteristica propria dell'attività della Procura generale presso la Corte di Cassazione, che è quella di avere al suo interno elementi di matrice multipla, provenienti sia dal versante della nomofilachia, sia da quello delle esperienze della realtà ordinamentale ed istituzionale esterna.

Tale caratteristica è confermata dalle caratteristiche dell'intervento in altri settori.

Da un lato, infatti, l'attuazione dell'articolo 6 del d.lgs. n. 106 del 2006 in tema di uniforme esercizio dell'azione penale, vede l'ufficio al centro di una costante interlocuzione con le Procure generali presso le Corti di Appello di cui si è detto.

In sede di attuazione del citato articolo 6 è poi in via di espansione la prassi di sottoporre alle Procure della Repubblica, per la eventuale adesione (peraltro generalmente avvenuta), schemi di protocollo preventivamente concordati con interlocutori istituzionali quali l'Agenzia nazionale per la sicurezza del volo in materia di inchieste di sicurezza relative ad incidenti che interessino l'aviazione civile (ai fini dell'attuazione del Regolamento UE 996/2010 sulle inchieste e la prevenzione di incidenti e inconvenienti nel settore dell'aviazione civile) e l'Autorità nazionale anticorruzione [al fine di assicurare all'ANAC "tempestiva e (tendenzialmente) completa notizia dei fatti emersi nell'ambito della indagine

penale, secondo la disposizione di cui all'art. 129, c. 3, ultima parte, disp. att. c.p.p., in vista dell'importante azione di prevenzione e contrasto della corruzione e dell'illegalità" affidate all'indicata autorità]. Tali iniziative, oltre a rappresentare un modello operativo di sviluppo delle attività di attuazione del citato art. 6 suscettibile di ulteriore applicazione (si pensi ad esempio alla materia ambientale oggetto della specifica delega in precedenza illustrata), confermano la vocazione dell'ufficio al confronto con interlocutori istituzionali esterni al mondo della giurisdizione.

La stessa facoltà di proposizione di ricorsi nell'interesse della legge ai sensi dell'articolo 363 c.p.c., al di là della scarsa utilizzazione dell'istituto per le ragioni illustrate, si colloca in questa prospettiva, in quanto la sua attribuzione al Procuratore generale ne riconosce (implicitamente) la legittimazione a ricercare le fattispecie in cui si pongono questioni meritevoli di affermazione di un principio di diritto chiarificatore e, quindi, ad instaurare forme di interlocuzione con soggetti esterni al contesto nomofilattico, siano essi cittadini, operatori del diritto, od uffici di merito presenti sul territorio.

Tale caratteristica di organo giurisdizionale "*anfibia*", che opera sia nel contesto nomofilattico sia in quello esterno e che quindi, proprio per questa specificità, è in grado di far dialogare due "*mondi*" tra loro distanti, va incrociata con il corollario fondamentale del concetto di sistema giudiziario come servizio pubblico, consistente nella possibilità di misurazione del suo livello di rispondenza alla domanda di giustizia della collettività.

Un livello per la cui definizione si è progressivamente assistito all'importazione ed adattamento di parametri propri della scienza dell'amministrazione, tanto che ormai si ragiona diffusamente su concetti quali la responsabilità sociale l'amministrazione giudiziaria, la sua rendicontazione e la sua "*accountability*", quest'ultima intesa come "capacità della organizzazione giudiziaria di comprendere i rapporti con l'ambiente e sapere individuare le performance di sistema più significative" (INGRASSIA, *Accountability, organizzazione e rendicontazione sociale nelle amministrazioni giudiziarie italiane: alcune evidenze empiriche*, in *Studi organizzativi*, 2014, II).

Si impone, allora, una riflessione sulla idoneità dell'attuale sistema di comunicazione istituzionale previsto dall'art. 86 R.D. 30 gennaio 1941, n. 12 (Ordinamento giudiziario), rispetto alle più intense richieste di rendicontazione delle performance dell'organizzazione giudiziaria e sulla adeguatezza della collocazione al suo interno della partecipazione del Procuratore generale presso la Cassazione rispetto alla pluralità di funzioni attribuitegli ed alla conseguente specificità del suo ruolo precedentemente illustrata.

Un sistema che, come noto, si caratterizza dal 2005 per la sostituzione di quello tradizionale precedente, basato sulla relazione annuale del Procuratore generale presso la Cassazione e dei Procuratori generali presso le Corti di Appello, con quello attuale incentrato sulla comunicazione annuale del Ministro

della giustizia alle Camere sull'amministrazione della giustizia nel precedente anno nonché sugli interventi da adottare ai sensi dell'articolo 110 della Costituzione e sugli orientamenti e i programmi legislativi del Governo in materia di giustizia per l'anno in corso e sulla relazione annuale da parte del primo Presidente della Corte di Cassazione e dei Presidenti di Corte di Appello sull'amministrazione della giustizia, con facoltà di intervento dei rappresentanti degli organi istituzionali, del Procuratore generale e dei rappresentanti dell'avvocatura.

La scelta del legislatore del 2005, storicamente collocabile in un periodo di forti tensioni tra politica e magistratura, nel quale era diffusamente predicata l'idea del ridimensionamento del ruolo istituzionale del pubblico ministero, va ripensata a seguito della definitiva affermazione della domanda di piena rendicontazione delle performance del sistema giustizia e dei fattori su di esse incidenti.

La risposta a tale domanda postula, infatti, per la sua adeguatezza, la copertura dei seguenti ambiti:

1. il profilo organizzativo e la capacità del sistema di definizione degli affari in tempi ragionevoli;
2. la coerenza delle decisioni e la tenuta della nomofilachia, quale elemento qualificante il giusto processo;
3. gli aspetti deontologici e professionali dei magistrati, cioè dei principali attuatori del sistema;
4. l'incidenza dei fattori ambientali (inclusivi di quelli istituzionali, economici e mediatici) sul funzionamento del sistema stesso.

Orbene non sembra che le attribuzioni del Ministro ex art. 110 Cost., in tema di organizzazione e funzionamento dei servizi relativi alla giustizia, e la posizione di vertice della magistratura giudicante del primo Presidente della Cassazione, assegnino competenze tali da coprire pienamente i predetti versanti significativi per l'adeguato rilevamento delle performance del sistema giustizia in precedenza indicati.

Copertura invece pienamente assicurata, oltre che dal concorso nel circuito informativo degli apporti dei pareri del C.S.M. (al riguardo si rinvia a ZANON – BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, IV Ed., Bologna, 2014, 57) e, per quanto riguarda gli aspetti formativi dei magistrati, della Scuola Superiore della magistratura (si rinvia alla Relazione del Presidente del Comitato direttivo della Scuola Superiore della Magistratura Gaetano Silvestri in occasione della inaugurazione dell'anno formativo 2016, in <http://www.scuolamagistratura.it/images/2016/Inaugurazione>), dalla specificità del ruolo del Procuratore generale presso la Cassazione innanzi tratteggiata, inclusiva della diretta e piena conoscenza degli aspetti deontologici e disciplinari, nonché di una prospettiva di valutazione d'insieme del funzionamento del

servizio giustizia e della incidenza su di esso dei fattori ambientali ed istituzionali esterni.

L'ampio spettro delle funzioni di competenza del Procuratore generale presso la Cassazione e la natura di istituzione “*ponte*” tra nomofilachia e realtà esterna, presente nel suo DNA, rischiano allora di essere compresse all'interno del solo intervento nel corso della presentazione della relazione annuale del primo Presidente.

La pluralità dei momenti di confronto istituzionale in tema di giustizia cui il Procuratore generale ormai è chiamato a partecipare ed il riconoscimento in tali sedi della specificità del ruolo innanzi descritta rendono invece necessarie forme più ampie di comunicazione istituzionale, inclusive anche:

- della possibilità per il Procuratore generale di segnalare al Parlamento difficoltà interpretative ed operative dipendenti dal tenore del testo di legge o da vuoti normativi, in tal modo supportando l'attività di *drafting* legislativo (in tema si rinvia all'ampia trattazione nel sito <http://www.tecnichenormative.it>);
- dell'inoltro al Ministro della Giustizia da parte del Procuratore generale, di una specifica relazione ricognitiva dello stato della reciproca interlocuzione nei vari settori, delle problematiche emerse e delle possibili soluzioni;
- di una interlocuzione sistematica con il C.S.M. allo scopo di risolvere le problematiche relative alla gestione del settore disciplinare (specie se sia risolta dal Consiglio con normazione secondaria la questione del rapporto con le valutazioni di professionalità) ed evitare sovrapposizioni le attività del Consiglio di ricognizione delle buone prassi organizzative e quelle della Procura generale di attuazione dell'art. 6 del d.lgs. n. 106/2006.

Tale ampliamento, oltre a completare lo spettro delle comunicazioni istituzionali relative al servizio giustizia, incidendo positivamente sul suo livello di “*accountability*”, avrebbe anche l'effetto di migliorare il “*dialogo*” della giurisdizione con la realtà istituzionale esterna [su tale rapporto, *ex plurimis*, cfr., da ultimo, GUARNIERI - INSOLERA – ZILLETTI (a cura di), *Anatomia del potere giudiziario*, Carocci editore, 2016, *passim* e GIUPPONI, *Il conflitto tra giustizia e politica. Verso una “democrazia giudiziaria”?*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 9 maggio 2016].

INTERPRETAZIONE DEL GIUDICE E RESPONSABILITÀ AQUILIANA NEL QUADRO DELL'EVOLUZIONE DELL'ORDINAMENTO

GIANCARLO MONTEDORO*

I Premessa II Ampliamento della responsabilità civile del magistrato e necessità del monitoraggio dei suoi effetti III Origine comunitaria dell'istituto IV I riflessi sulla normativa interna V Prospettive interpretative.

1. Premessa

In un convegno sulla nomofilachia non si può non esaminare il tema della responsabilità del giudice, perché attraverso questo istituto si comprendono i limiti dell'attività interpretativa e perché l'ampliamento dei casi della responsabilità del giudice, recentemente disposto dalla legge n. 18 del 2015, mette in questione alcune delle concezioni più in voga delle teorie post-moderne del diritto legate alla creatività del giudice e del giudiziario in generale.

Nello stesso tempo la disamina delle principali questioni in materia di responsabilità civile svolta con particolare riguardo alla posizione istituzionale del giudice amministrativo, consentirà di accennare brevemente ad alcune caratteristiche dei rapporti fra diritto pubblico e diritto privato evidenziando che l'ordinamento, sulla spinta dei principi dell'ordoliberalismo europeo, tende non solo (e condivisibilmente) a sancire regole sempre più stringenti di accountability di tutti pubblici poteri ma anche a leggere ogni attività pubblica nel paradigma della responsabilità aquiliana con conseguente innesco di alcuni effetti non desiderati quali rischi di svuotamento dell'effettività dei processi di decisione pubblica, rischi di innesco di dinamiche di processo al processo, rischi di indebolimento della nozione cosa giudicata e cambiamenti nella stessa concezione della prevedibilità/calcolabilità del diritto aggravati dalla struttura reticolare del sistema delle fonti e delle corti nell'epoca del costituzionalismo multilivello.

Tutto ciò è chiaramente legato – ma non si ha modo di dimostrarlo analiticamente – all'odierna evoluzione del capitalismo finanziario come forma del capitalismo legata al contratto di scommessa più che alla compravendita ed alla mentalità del continuo “rilancio” a fronte delle perdite e della connessa

* Consigliere di Stato; Consigliere del Presidente della Repubblica “Affari Giuridici e Relazioni Costituzionali”.

gestione/distribuzione del rischio, più che a quella della produzione di beni reali apportatrice di profitti. Il modello bancario c.d. originate to distribute per cui il rischio più si diffonde più si disperde ha prodotto la crisi, ma non è stato abbandonato né sottoposto a severa revisione critica.

Intanto il giurista ha il dovere di ricostruire il sistema percorrendo vie (che ben esistono) capaci di compatibilizzare maggiore accountability del giudice e certezza del diritto.

2. Ampliamento della responsabilità civile del magistrato e necessità del monitoraggio dei suoi effetti

La responsabilità civile del magistrato è quella di cui il medesimo risponde nell'esercizio delle sue funzioni nei confronti di chi abbia subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario.

La responsabilità civile del magistrato, come quella degli altri pubblici dipendenti, trova, come è noto, il suo fondamento costituzionale negli artt. 28 e 97 Cost.

La materia, dopo l'abrogazione della precedente disciplina, aveva trovato la sua regolamentazione nella l. 13 aprile 1988, n. 117, fino all'entrata in vigore della [legge n. 18/2015](#), recante una sostanziale riforma, appunto, alla "*Disciplina della responsabilità civile dei magistrati*".

Tra le innovazioni principali alla precedente disciplina si registrano, in particolare, l'eliminazione del c.d. 'filtro di ammissibilità' (di cui all'art. 5 della L. 117/88, concernente la verifica dei presupposti e la valutazione di non manifesta infondatezza da parte del Tribunale competente), la ripermimetrazione dell'ambito della responsabilità (ad esempio, viene specificato che costituisce '*colpa grave*' la "*violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea, il travisamento del fatto o delle prove*", nonché l'innalzamento della misura della rivalsa che, mentre prima non poteva superare il terzo di una annualità dello stipendio, ora non può superare la metà di una annualità dello stipendio stesso (percepito dal magistrato al tempo in cui l'azione di risarcimento è proposta), e l'eliminazione di qualsivoglia limite nelle ipotesi in cui il fatto sia stato commesso con dolo.

Un'importante questione è l'incidenza della riforma sul libero convincimento del magistrato ed, all'opposto, sul tasso di prevedibilità delle decisioni, considerato come un bene pubblico, legato alla certezza del diritto.

Altra delicata problematica – connessa a quella precedentemente indicata - è quella relativa alla possibile incidenza del processo al processo sulla stabilità delle decisioni pubbliche essendo evidente che la generalizzazione dei meccanismi di controllo basati sulla responsabilità civile ex art. 2043 cod. civ. (alla decisione amministrativa segue la responsabilità della p.a. al processo sulla responsabilità della p.a. segue il processo sulla responsabilità del giudice)

potrebbe determinare un effetto del tipo “circolo ermeneutico infinito” che è l'opposto dell'esigenza di stabilità e prevedibilità delle decisioni (stabilità che pure è fra gli intenti dichiarati dell'istituto della responsabilità civile dei magistrati) con la tendenza a lasciare all'infinito aperte ed indeterminate le questioni sottese alle liti giudiziarie.

Si potrebbe ipotizzare, come si è accennato, che una tale generalizzazione dei meccanismi della responsabilità civile sia conforme all'attuale fase del capitalismo, incentrata sulla finanza e non sulla manifattura, sul contratto di scommessa e non sul contratto di vendita, sulla gestione del rischio e non sul calcolo weberiano classico, dando vita ad una forma giuridica di uno specifico modo di produzione e riproduzione sociale quello della società della finanza e dei beni immateriali, dello spettacolo e dell'informazione, della pubblicità e della industria internazionalizzata (adusa al forum shopping).

Stretto in ogni caso si rivela il nesso fra ordoliberalismo (inteso quale ideologia e scienza fondante il sistema delle regole e delle istituzioni UE), preminenza del mercato e della concorrenza (lucidamente teorizzata in tanti scritti della scuola austriaca alla quale si deve la costruzione dell'economia sociale di mercato) e, conseguentemente, del diritto privato sul diritto pubblico ed instaurarsi dei meccanismi di responsabilità aquiliana a carico della c.d. “sfera pubblica” .

Gli effetti concreti della riforma avendo così tante e delicate implicazioni andranno quindi attentamente monitorati.

Si può ritenere che il monitoraggio sia da effettuarsi a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri (Amministrazione legittimata passiva ai sensi dell'art. 4, comma 1, della L. 117/88, che, anche nel testo ora vigente, prevede che *“L'azione di risarcimento del danno contro lo Stato deve essere esercitata nei confronti del Presidente del Consiglio dei Ministri”*) congiuntamente al Ministero della Giustizia (ciò anche in quanto non è infrequente che venga convenuta in giudizio, per errore, quest'ultima Amministrazione) in possesso dei relativi dati, per verificare l'impatto delle modifiche apportate dalle nuove disposizioni in materia.

Peraltro, per quanto riguarda i casi (art. 13 L. 117/88 e successive modifiche ed integrazioni) in cui il danno sia conseguenza di un fatto costituente reato commesso dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni (ipotesi in cui l'azione civile per il risarcimento del danno ed il suo esercizio anche nei confronti dello Stato come responsabile civile sono regolati dalle norme ordinarie), è previsto che *“entro il 31 gennaio di ogni anno la Corte dei conti acquisisce informazioni dal Presidente del Consiglio dei ministri e dal Ministro della giustizia sulle condanne al risarcimento dei danni per fatti costituenti reato commessi dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni, emesse nel corso dell'anno precedente e sull'esercizio della relativa azione di regresso”*.

3. Origine comunitaria dell'istituto

Alla luce della giurisprudenza sviluppatasi negli ultimi decenni a partire dal noto caso Francovich gli Stati membri dell'UE rispondono a titolo risarcitorio nei confronti dei soggetti privati della violazione del diritto comunitario commessa dai loro organi interni, appartenenti a qualsiasi potere (legislativo esecutivo o giudiziario).

Nel caso del potere giudiziario il risarcimento sorge solo se la violazione viene commessa da un organo giurisdizionale nazionale di ultima istanza.

Con la sentenza Köbler, i giudici del Lussemburgo estendono, infatti, l'istituto sopra enunciato anche all'attività dell'organo giurisdizionale di ultimo grado, così concludendo la ricostruzione della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione (ulteriore pronuncia rilevante è quella intervenuta nel noto caso Traghetti del Mediterraneo).

Afferma, infatti, la Corte di Giustizia che, in considerazione del ruolo essenziale svolto dal potere giudiziario nella tutela dei diritti che ai singoli derivano dalle norme dell'Unione, la piena efficacia di queste ultime verrebbe rimessa in discussione e la tutela dei diritti che esse riconoscono sarebbe affievolita se fosse escluso che i singoli possano, a talune condizioni, ottenere un risarcimento allorché i loro diritti vengono lesi da una violazione del diritto dell'Unione imputabile ad una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado di uno Stato membro.

L'organo giurisdizionale di ultima istanza costituisce, infatti, per definizione, l'ultima possibilità per i singoli di far valere i diritti ad essi riconosciuti dal diritto dell'Unione.

Il riconoscimento del principio della responsabilità dello Stato per la decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado non ha di per sé come conseguenza di rimettere in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata di una tale decisione.

Un procedimento, infatti, inteso a far dichiarare la responsabilità dello Stato non ha lo stesso oggetto e non implica necessariamente le stesse parti del procedimento che ha dato luogo alla decisione che ha acquisito l'autorità della cosa definitivamente giudicata.

Ed ancora, anche sulla scia delle obiezioni formulate da alcuni Stati, la Corte ha dovuto chiarire come l'istituto de quo non si pone in contrasto né con il principio della certezza del diritto, né con quello dell'indipendenza del potere giudiziario e della sua collocazione all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea.

Per quanto riguarda l'indipendenza del giudice, occorre precisare che il principio di responsabilità di cui trattasi riguarda non la responsabilità personale del giudice, ma quella dello Stato.

Così come, per quanto riguarda l'argomento relativo al rischio che l'autorità di un giudice di ultimo grado sia pregiudicata dal fatto che le sue decisioni divenute

definitive possano essere rimesse in discussione implicitamente mediante un procedimento che consente di far dichiarare la responsabilità dello Stato a causa di tali decisioni, occorre constatare che l'esistenza di un rimedio giuridico che consenta, a talune condizioni, la riparazione degli effetti dannosi di una decisione giurisdizionale erronea potrebbe senz'altro essere considerata nel senso che corrobora la qualità di un ordinamento giuridico e quindi in definitiva anche l'autorità del potere giurisdizionale.

La responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione cagionata da un organo giurisdizionale nazionale di ultima istanza può sussistere solo nel caso eccezionale in cui il giudice interno abbia violato in maniera manifesta il diritto vigente ovvero, in ogni caso, allorché la decisione di cui trattasi sia intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte nella materia

Nel caso *Traghetti del Mediterraneo* (riguardante un aiuto di Stato ritenuto lecito dalla Corte di Cassazione), nel giudizio di responsabilità nei confronti dello Stato innescato dalla sentenza interna, l'Avvocatura dello Stato aveva eccepito, a favore dello Stato e contro il ricorrente privato, il limite alla responsabilità dello Stato derivante dalla legge n. 117 /1988 (sulla responsabilità civile dei magistrati), ossia aveva eccepito che lo Stato avrebbe dovuto rispondere solo a seguito della prova del dolo o della colpa grave del magistrato ed aveva eccepito l'infondatezza della domanda per il fatto che la responsabilità dello Stato per fatto di organo giurisdizionale, ai sensi della legge n. 117/1988, è esclusa per la valutazione dei fatti e per l'interpretazione del diritto.

Il giudice comunitario, adito una prima volta per valutare la questione pregiudiziale relativa all'eventuale contrasto della legge n. 117/1988 con il diritto UE sulla responsabilità dello Stato ed una seconda volta per effetto di una procedura d'infrazione promossa dalla Commissione UE, ha ritenuto che la legge n. 117 /1988 sia comunitariamente illegittima ove pone un limite alla responsabilità dello Stato (legato ai criteri soggettivi di imputazione del danno al magistrato persona fisica) anche in presenza di una grave o evidente violazione oggettiva del diritto comunitario : il contrasto più forte fra il diritto dell'UE ed il diritto interno è stato rintracciato nella disposizione di cui all'art. 2 della legge n. 117/1988 nella parte in cui esclude la sindacabilità delle attività interpretative della magistratura .

Tale legge è stata dichiarata incompatibile con il diritto dell'Unione, con due sentenze della Corte di Giustizia, la prima (*Traghetti del Mediterraneo*) avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E. e la seconda avente ad oggetto un ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 258 T.F.U.E.

La legge italiana sulla responsabilità dei magistrati è stata censurata a Lussemburgo con riguardo principalmente al suo art. 2, dal momento che la valutazione dei fatti e delle prove nonché l'interpretazione delle norme di diritto sarebbero inerenti all'attività giurisdizionale e, quindi, l'esclusione, in tali casi,

della responsabilità dello Stato per i danni arrecati ai singoli a seguito dell'esercizio di tale attività equivarrebbe, in pratica, ad esonerare lo Stato da ogni responsabilità per violazioni del diritto dell'Unione imputabili al potere giudiziario.

La responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione è svincolata dal requisito soggettivo della colpa, essendo ancorata a criteri meramente oggettivi.

Pertanto, secondo la Corte, la limitazione di detta responsabilità ai soli casi di dolo e colpa grave del giudice (come stabilito dalla legge italiana n. 117/1988) sarebbe tale da condurre ad un'esenzione di fatto da ogni responsabilità dello Stato, anche atteso che la nozione stessa di "colpa grave" non sarebbe lasciata alla libera valutazione del giudice chiamato a statuire su un'eventuale domanda di risarcimento dei danni causati da una decisione giurisdizionale rigorosamente delimitata dal legislatore nazionale, che enumererebbe preliminarmente – ed in modo tassativo – le ipotesi di colpa grave.

Ferma restando, beninteso, l'esigenza di realizzare un giusto equilibrio tra la necessità di preservare l'indipendenza del potere giudiziario e gli imperativi della certezza del diritto da un lato e l'effettività della tutela dei singoli per violazione del diritto dell'Unione dall'altro, la Corte di Giustizia ha preso atto della restrittiva lettura fornita dalla Suprema Corte di Cassazione circa le nozioni di "colpa grave" e "negligenza inescusabile" contenute nella legge n. 117/1988, che non appaiono essere state interpretate nel senso di identificarle ai casi di una violazione sufficientemente caratterizzata e manifesta del diritto vigente dell'Unione, come richiesto dalle istituzioni europee.

4. I riflessi sulla normativa interna

Ne conseguiva l'obbligo di rivedere la normativa interna ma con esclusivo riferimento alla responsabilità dello Stato. Vi sono plurime possibili soluzioni : la soluzione più facile è differenziare la responsabilità dello Stato e quella del giudice.

Infatti nessun obbligo comunitario vi sarebbe stato di rivedere invece la disciplina della responsabilità del magistrato.

E' noto che nel dibattito politico interno – per ragioni di polemica spesso strumentali – vengono confuse le questioni di adeguamento del diritto interno al diritto comunitario che riguardano solo la responsabilità dello Stato con le questioni relative alle aspirazioni di riforma del regime della responsabilità civile del magistrato che – nell'intento di alcuni riformatori teso a ridimensionare l'indipendenza del giudice - si vorrebbe estendere alla valutazione dei fatti ed all'interpretazione e disancorare dalla colpa grave.

La differenziazione del regime di responsabilità dei magistrati da quella degli altri dipendenti pubblici è costituzionalmente legittima – come più volte ricordato

dalla Corte Costituzionale in occasione di giudizi di controllo della costituzionalità della legge Vassalli (legge n. 117 /1988) – in considerazione della peculiarità della funzione giurisdizionale.

È, invero, evidente che il regime legale delle circostanze in cui un magistrato può essere chiamato a rispondere personalmente, sul piano civile, delle proprie determinazioni funzionali può costituire un forte elemento di condizionamento del merito delle sue scelte che, secondo la Costituzione, devono essere assunte in assoluta indipendenza, soggette esclusivamente alla legge (arg. ex art. 101, comma 2, Cost).

Il Consiglio Superiore della Magistratura ha già fornito una lettura ampia ed argomentata del contesto culturale, istituzionale e giuridico, in cui deve essere collocata la riflessione in ordine alla disciplina della responsabilità civile dei magistrati.

La legge n. 18 del 2015 ha arricchito il catalogo delle ipotesi di responsabilità del magistrato, per adeguarsi al diritto comunitario (non essendovi alcuna necessità di tale revisione la riforma potrebbe maliziosamente essere presentata come un caso di gold plating).

Ciò tuttavia avviene senza vulnerare in modo irreparabile l'indipendenza della magistratura quando le nozioni di colpa grave e negligenza inescusabile vengono specificate in ipotesi tassative previste dalla normativa fra cui si inserisce quella della violazione manifesta e sufficientemente caratterizzata (ad es. dall'ignoranza di orientamenti giurisprudenziali consolidati o dall'aver trascurato un obbligo di rimessione della causa alla Corte di Lussemburgo) del diritto vigente dell'Unione, come richiesto dalle istituzioni europee.

La legge approvata va più in là : introduce fra le ipotesi rilevanti di responsabilità dello Stato “la violazione della legge” interna ed il “travisamento del fatto”.

La scelta di estendere la responsabilità dello Stato per errore del giudice ad ogni ipotesi di violazione di legge è stata giustificata, anche in dottrina, con riferimento al principio di uguaglianza (A. Pace). La tesi di Alessandro Pace imperniata sull'impossibilità di introdurre un'ipotesi di responsabilità per colpa grave per violazione del diritto comunitario senza introdurre anche l'ipotesi di violazione della legge interna è stata con argomenti persuasivi contestata dal Presidente E. Lupo che ha rimarcato l'esistenza di differenze fra soggezione del giudice alla legge comunitaria (importante obbligo di disapplicazione delle norme interne) ed alla legge interna (disapplicabile per contrasto con il diritto comunitario e contestabile con incidente di costituzionalità), la eccessiva latitudine della formula violazione della legge ove riferita anche a tutte le norme dell'ordinamento interno, la specificità dell'obbligo di adeguamento all'ordinamento comunitari derivante dal caso Traghetti del Mediterraneo che ,a rigore, non investe la responsabilità personale del magistrato ma solo quella dello Stato.

In ogni caso la giurisprudenza potrà dirci quale è la cornice legale entro cui deve muoversi il libero convincimento e la funzione interpretativa del giudice “soggetto alla legge” anche nel caso di violazione della sola legge “interna”.

Naturalmente la nuova disposizione potrà innestare contenzioso, specie in considerazione della rimozione del filtro alle liti preesistente, problematico sul piano del buon andamento della pubblica amministrazione e del servizio della giustizia, ma si deve ritenere che la norma non crei problemi eccessivi poiché dopo qualche anno la giurisprudenza potrà circoscriverne il significato e la portata e potrà tentare di saggiamente chiarire quali sono le condotte giudiziarie da ritenersi lesive del principio di legalità e fonte di responsabilità dello Stato e quali siano i presupposti di chiarezza della legge necessari perché vi sia una responsabilità del giudice .

Ciò comporta probabilmente la previa definizione in via generale dei criteri per individuare ipotesi semantiche correttamente ricavabili da una disposizione secondo tutti gli strumenti ermeneutici a disposizione dell'interprete (ed uno studio della graduazione dei medesimi) e comporta un linguaggio legislativo dotato di rilevante capacità denotativa anche se non necessariamente univoco.

Tale responsabilità solidamente giuspositivistica si attaglia poco al diritto giurisprudenziale che si sviluppa per principi (sulla base di norme frammentarie come spesso avviene nelle leggi amministrative) o per clausole legislative generali, al diritto giurisprudenziale basato su convenzioni linguistiche e su tradizioni giuridiche non legalmente fondate (come è per la distinzione fra atti paritetici ed atti autoritativi).

L'ambiente normativo ormai non più spiccatamente giuspositivista (per la presenza di leggi vaghe, di clausole generali, di leggi di principio, di leggi provvedimento, di leggi episodiche , di leggi quadro o cornice) nel quale vive il diritto giurisprudenziale sembra in contraddizione con tale ipotesi di responsabilità per violazione di legge che sembra riflettere una cultura della funzione ermeneutica del potere giudiziario ormai superata (basti pensare agli studi di Tarello e Guastini sull'interpretazione che sono andati ben oltre Betti che già coglieva pienamente l'attività creativa del giurista nell'interpretazione, attività sulla quale si è soffermato Paolo Grossi nel suo aureo libretto “ritorno al diritto”).

5. Prospettive interpretative

Occorrerà ben interpretare la nozione di violazione di legge ai fini della responsabilità civile del magistrato rispetto alla nozione di violazione di legge rilevante ai fini dell'annullamento della sentenza nel giudizio di Cassazione.

La violazione di legge rilevante ai fini dell'annullamento della sentenza è – necessariamente – anche quella dipendente da un'erronea o non condivisibile applicazione di canoni ermeneutici, ma che conduca ad un risultato interpretativo che la Corte della nomofilachia non ritenga possa essere accolto anche se –

astrattamente – annoverabile fra le interpretazioni ammissibili della disposizione normativa.

La violazione di legge “manifesta” rilevante ai fini della responsabilità civile del magistrato, se non si vuole compromettere la libertà interpretativa del giudice, è quella che deriva dalla attribuzione alla disposizione normativa di un significato del tutto incompatibile con essa, alla luce di qualsivoglia criterio ermeneutico ragionevolmente utilizzabile.

Con questo distinguo la violazione di legge “manifesta” non dovrebbe dar luogo a problemi di incidenza sul libero convincimento.

Diversamente opinando, ove si tenda a fare coincidere le due nozioni, diversamente ordinate e create per finalità differenti osservando formalisticamente che la violazione di legge non può che essere concepita unitariamente essendo il suo carattere manifesto solo questione di grado di intensità della medesima fattispecie, il libero convincimento del magistrato potrebbe esserne vulnerato, con conseguente emersione di profili di incostituzionalità della disciplina paradossalmente provocati dal diritto vivente delle Corti e non dal tenore della norma legislativa sulla responsabilità civile.

Diversa la questione relativa al travisamento del fatto.

Qui possiamo ritenere sussistente un difetto tecnico nella formulazione del testo legislativo.

Non del tutto solido appare infatti il fondamento teorico della ipotesi di responsabilità denominata “travisamento del fatto” (nozione impropriamente trasposta dalla teorica dell’eccesso di potere dell’atto amministrativo sul piano della valutazione dell’agere giudiziario che pone problemi tutti diversi, specie nel diritto penale , ove la funzione del giudice, come è noto, si avvicina a quella dello storico che deve ricostruire fatti complessi e controversi).

Tale nozione per la sua vaghezza ed indeterminatezza rischia di risultare invasiva del libero convincimento del magistrato nella ricostruzione storica del fatto, come segnalato anche nel parere reso sull’argomento dal CSM (tanto risulta anche dalle critiche puntuali dell’On. Legnini mosse alla legge in esame, alla vigilia della sua entrata in vigore, in un intervento pubblico in un convegno organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura presso il MISE).

Va subito segnalato che la categoria del “travisamento del fatto e delle prove” sostituisce la previsione di cui alle attuali lett. b) e c) del comma 3 dell’art. 2, che oggi danno rilevanza, se determinato da negligenza inescusabile, all’errore c.d. di tipo revocatorio (ovvero all’errore che ai sensi dell’art. 395, n. 4, c.p.c. consente l’attivazione del mezzo di impugnazione straordinaria della revocazione), nel senso che l’ipotesi di colpa grave in esame oggi si rinviene nel caso dell’affermazione o della negazione di un fatto, la cui esistenza sia stata incontrastabilmente esclusa o – al contrario – risulti incontrastabilmente accertata sulla base degli atti del procedimento (e, dunque, la cui esistenza o inesistenza sia chiaramente posta in luce dalle risultanze degli atti).

E' peraltro evidente che, a seconda della concreta declinazione interpretativa della nuova locuzione, vi sia forte il rischio di una possibilità di indagine surrettizia circa l'interpretazione dei fatti, la violazione o falsa applicazione di norme giuridiche o l'attività valutativa del giudice di situazioni processuali, con un sostanziale sindacato sul merito dell'attività giurisdizionale e con un conseguente vulnus all'indipendenza del magistrato. Rischio attenuato, ma non del tutto escluso, dalla nozione di travisamento dei fatti e delle prove elaborata dalla giurisprudenza disciplinare, proprio perché formata in tutt'altro contesto sistemico e con finalità affatto diverse, rispetto alle quali è estranea l'esigenza riparatoria tipica della responsabilità civile.

Va ricordato che – secondo il CSM – “il travisamento dei fatti che può determinare la responsabilità disciplinare del magistrato non è assimilabile ad un vizio di omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione, quanto piuttosto ad una inconciliabile contraddittorietà, emergente in maniera inequivoca, tra il provvedimento giurisdizionale reso e le risultanze degli atti e le relative prove acquisite. Esso è quindi assimilabile ad un errore di fatto (nella valutazione delle prove) e non ad un errore di diritto che, in sede civile, potrebbe determinare soltanto un vizio impugnabile con revocazione, ai sensi dell'art. 395 n. 4 c.p.c.”.

Il travisamento del fatto rilevante in sede disciplinare si concreta quindi in un errore di fatto risultante dagli atti o documenti del processo o, in senso più lato, del procedimento, ben potendosi rinvenire comportamenti suscettibili di essere sanzionati in sede disciplinare che si concretano in errori di fatto connessi ad attività di volontaria giurisdizione o, comunque, a procedimenti amministrativi che il magistrato svolge nell'esercizio delle funzioni.

L'errore vi è quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita.

Tale errore però può facilmente “costruirsi” e “prospettarsi” da una parte soccombente per attivare la responsabilità dello Stato a causa della genericità della formula legislativa, in ogni caso di processo indiziario o basato su fatti fortemente controversi.

Il vulnus al buon andamento della giustizia a fronte dell'introduzione dell'ipotesi di responsabilità per “travisamento del fatto” potrà essere più difficilmente arginato dall'opera della giurisprudenza e sarà decisivo, forse, il probabile test di costituzionalità della disciplina che c'è da attendersi sul punto.

A differenza di quanto ritenuto dal CSM si deve rilevare che la nozione di travisamento del fatto sul piano disciplinare può soccorrere per definire la fattispecie di responsabilità civile ma si deve ammettere che sarà difficile per la giurisprudenza, in presenza di un dettato legislativo così generico, mettere in chiaro che il travisamento del fatto deve essere qualificato come inescusabile ovvero derivante da un errore palese, evidente o macroscopico e tanto comporterà il rischio di contenziosi rilevanti innescati da poteri privati che usino la

responsabilità dello Stato come una sorta di assicurazione dal rischio di soccombenza.

In assenza di correzioni nell'ambito del diritto vivente la sorte della disposizione potrebbe essere segnata da interventi chiarificatori del giudice delle leggi ma i danni prodottisi medio tempore potrebbero essere di qualche significatività.

Va anche segnalata una conseguenza dell'impianto della normativa sul piano del riparto di giurisdizione e della tenuta della sfera pubblica nei confronti dei poteri privati : la competenza sulle cause risarcitorie (contro lo Stato e contro il giudice amministrativo del Tar o del Consiglio di Stato) è del giudice ordinario, tanto comporta un rischio di violazione della funzione nomofilattica del Consiglio di Stato che si ritiene implicitamente fondata sull'art.111 ult. comma della Costituzione (A. Pajno) che prevedendo il ricorso in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato solo per motivi di giurisdizione lascia a quest'ultimo di definire indirizzi interpretativi uniformi nel campo del diritto amministrativo. Tale funzione rischierebbe di essere compromessa dalla giurisdizione del giudice ordinario, anche di merito, sulla responsabilità dello Stato per violazione di leggi amministrative.

In conclusione occorre, alla maniera di Erasmo, nell'affrontare questi temi, veramente cruciali per il sistema giudiziario, tenere sempre presenti i limiti del sapere umano e la relatività di ogni posizione dottrinale; sapere moderare i toni e non trascendere nelle discussioni con il conseguente uso di argomenti ad effetto e delle parole come pietre; uso foriero di incomprensioni e di inutili contrapposizioni.

Occorre coltivare interpretazioni ragionevoli che evitino effetti indesiderati di mortificazione e ridimensionamento della sfera pubblica nel contempo assicurando la possibilità di ottenere tutela ove l'uso della libertà di convincimento del giudice sia solo lo schermo di un indiscutibile abuso, estraneo alla cornice normativa cui il giudice è "soltanto" soggetto.

A fronte poi di tentativi strumentali di utilizzazione dell'istituto a scopi estranei alle finalità del medesimo, come il tentativo di sottrarsi al processo perseguendo il giudice la giurisprudenza deve reagire nel modo più netto costruendo gli opportuni rimedi all'abuso del processo (severe condanne alle spese; responsabilità per lite temeraria ; responsabilità deontologiche dei legali che si prestino ad esperire azioni evidentemente infondate e così via).

Il tutto sempre mantenendo un nesso fra la soluzione dei casi che si verranno prospettando e la coerenza complessiva del sistema giuridico e dei principi e valori che in esso vivono

ECESSO DI POTERE GIURISDIZIONALE E SINDACATO SUGLI ATTI DEL CSM

FILIPPO PATRONI GRIFFI*

1. Una breve introduzione al tema

La questione del “controllo” sugli atti del CSM non è nuova e senza dubbio riflette il dibattito sulla posizione istituzionale del Consiglio⁵.

Essa si presta come emblematica della difficoltà di delineare, da una parte, il confine tra giurisdizione amministrativa e merito amministrativo, dall'altra, i contorni esatti dell'eccesso di potere giurisdizionale (amministrativo) sindacabile in Cassazione ai sensi dell'articolo 111 della Costituzione.

Oggi – e a partire quanto meno dalla sentenza n. 44 del 1968 della Corte costituzionale⁶ - non si dubita che i provvedimenti che incidono sullo stato dei magistrati siano provvedimenti assoggettati al regime giuridico, anche quanto alla tutela, dei provvedimenti amministrativi⁷; e che quindi sono assoggettati al sindacato del giudice amministrativo, quale giudice naturale ex art. 25 e “ordinario” per la tutela degli interessi legittimi⁸. E il fondamento della tutela è ovviamente rinvenuto nell'articolo 24.

Pertanto i problemi su cui ci soffermeremo sono essenzialmente due: il tipo, o meglio l'estensione del sindacato giurisdizionale; i poteri del giudice in sede di ottemperanza. I due temi saranno visti prima nell'ottica del giudice amministrativo; poi in quella della Cassazione. In entrambi i casi ciò che preme rimarcare, nella presente sede, è l'attinenza alla problematica dell'eccesso di potere giurisdizionale.

* Presidente aggiunto del Consiglio di Stato

⁵ Si trova riassunta in F. Patroni Griffi, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti del Consiglio superiore della Magistratura*, in *Giust.civ.* n.4/2015, di cui il presente scritto costituisce una rielaborazione focalizzata sui temi del *paper* di *italiadeceide*.

⁶ Seguita dalla sentenza n. 189 del 1992 e dall'ordinanza n. 309 del 2001. La sentenza 8 settembre 1995 n. 419, che ribadisce la sindacabilità anche in sede di ottemperanza e ritiene legittima la nomina del commissario, è in *Foro amm.* 1996, 19, con nota di G. Montedoro, *L'indipendenza del giudice fra amministrazione e giurisdizione*.

⁷ “sono soggetti alle impugnazioni previste in via generale per gli atti amministrativi”: così Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino 1982, 93. In tal senso è pacifica anche la giurisprudenza della Cassazione, adita ai sensi dell'articolo 111 Cost..

⁸ Per usare l'espressione contenuta nella nota sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale.

2. Sindacato del giudice e merito amministrativo: giurisdizione di legittimità e giudizio di ottemperanza

In sede di giurisdizione di legittimità, cioè in prima battuta, l'atto del CSM è sindacato alla stregua di un provvedimento amministrativo, quindi per violazione di legge ed eccesso di potere (difficile configurare l'incompetenza).

Violazione di legge ed eccesso di potere sono due fattispecie che, nella giurisprudenza amministrativa, spesso "si tengono": nel senso, che spesso gli indici sintomatici dell'eccesso di potere aiutano a individuare una violazione di legge o, più spesso, una violazione di quel variegato mondo di circolari, criteri, norme interne che, con riferimento specifico al nostro settore, costituiscono il quadro di riferimento cui è parametrato il sindacato di legittimità sull'operato del CSM.

L'eccesso di potere - lo sappiamo - non è una fattispecie determinata; e il sindacato non è condotto sul piano del sillogismo. Il potere è attribuito all'organo dalla norma primaria per un dato fine; lo sviamento in concreto da quel fine è il vizio, e la giurisprudenza ha nel tempo elaborato gli indici rivelatori di quel vizio. E il giudice opera con ampio ricorso a clausole generali: un sindacato tendenzialmente estraneo alla nostra cultura giuridica e giudiziaria in particolare. E ancor più estranea tradizionalmente, ma sempre meno al giorno d'oggi, alla pratica del giudice ordinario.

Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo si modella sulla discrezionalità attribuita all'amministrazione nell'esercizio della funzione di cui si discute. L'ampiezza della discrezionalità rende, per sua natura, meno invasivo il controllo del giudice, il quale potrà spingersi più o meno nel valutare la legittimità dell'atto, con il solo limite di non poter sostituire la propria valutazione con quella demandata all'amministrazione. Questo è il cuore del sindacato di legittimità e il nodo della sua differenza dal sindacato di merito.

Un'applicazione di principio di una siffatta impostazione è quella riferita alla categoria degli atti di alta amministrazione, i quali sono al di qua del confine con gli atti politici e quindi sindacabili, ma il sindacato del giudice può dispiegarsi "solo ove (l'atto) sia affetto *ictu oculi* dal vizio di eccesso di potere nelle particolari figure sintomatiche dell'inadeguatezza del procedimento, illogicità, contraddittorietà, dell'ingiustizia manifesta, dell'arbitrarietà, ovvero dell'irragionevolezza della scelta adottata"⁹.

Il tema si ricollega a quello largamente dibattuto nella dottrina amministrativistica e in giurisprudenza sui rapporti tra discrezionalità (amministrativa e soprattutto tecnica) e merito, altrimenti definito come riserva di amministrazione. E, in relazione al tema, ci si è immersi in disquisizioni su

⁹ VI, 18 gennaio 2006 n. 129 (in materia di delibera del Consiglio dei Ministri e di decreti ministeriali concernenti valutazione di impatto ambientale).

sindacato estrinseco e intrinseco, e, nell'ambito di quello intrinseco, tra sindacato forte e debole. Temo ci siano troppe (non sempre utili) complicazioni. Torniamo allo schematicità delle origini.

L'esercizio del potere discrezionale attiene al merito dell'azione amministrativa ed è insindacabile¹⁰. Qualora, peraltro, il provvedimento dell'amministrazione denoti uno sviamento dalla causa attributiva del potere si ha il vizio di eccesso di potere, desunto da una serie di indici rivelatori elaborati in via giurisprudenziale¹¹. Nei manuali si insegna che l'eccesso di potere è lo strumento giudiziale (oggi lo definiremmo un "rimedio", nel senso anglosassone del termine) in forza del quale il giudice valuta, sul piano della legittimità, la scelta discrezionale della pubblica amministrazione, che, sul piano fisiologico, attiene al merito dell'azione amministrativa. Quindi la scelta discrezionale è insindacabile...ma fino a un certo punto (cioè fino a quando quella scelta non risulti viziata sotto il profilo dell'eccesso di potere, che trasferisce l'esercizio della discrezionalità, e il relativo sindacato, sul piano della legittimità. Ed è sempre stato così.

In estrema sintesi, direi: il sindacato sui provvedimenti amministrativi deve essere "forte, pieno ed effettivo", riguardare la cognizione piena del fatto, e al giudice è attribuito non il compito di esercitare un potere, ma di verificare –senza alcuna limitazione- se il potere attribuito all'Autorità sia stato correttamente esercitato¹²: con il logico corollario che il giudice può giungere a sindacare la congruità e l'attendibilità della scelta amministrativa, mai la sua opportunità e anche solo la sua opinabilità; e mai può sostituire il suo giudizio a quello dell'amministrazione.

Diverso il discorso con riferimento ai poteri del giudice in sede di ottemperanza. Qui ci troviamo nell'esercizio di una giurisdizione di merito, che – secondo quanto comunemente si dice- consente al giudice la valutazione del merito delle scelte e di sostituirsi all'amministrazione sia nella scelta sia nella stessa adozione del provvedimento. Ma la logica dell'ottemperanza è diversa: i poteri del giudice non sono tanto frutto della loro inerenza formale alla

¹⁰ Ricorda infatti A.M.Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1974, 404 s.: "Tanto la discrezionalità amministrativa, quando la cd. discrezionalità tecnica, rimangono (senza peraltro esaurirlo) sul piano del *merito*, e non attengono al profilo della *legittimità* dell'azione amministrativa [Amorth, Ottaviano]. Resta infatti al di fuori di quest'ultima, per rientrare nel primo, ogni aspetto dell'attività amministrativa nel quale sia lasciata all'autorità una possibilità di valutazione...Vi rientra dunque tutto ciò che...attiene alle scelte discrezionali dell'Amministrazione in vista della realizzazione degli interessi affidati alle sue cure". Perciò attiene al *merito* "la valutazione della preparazione dei candidati, che è presupposto per la loro promozione".

¹¹ e di recente (in parte) rielaborati alla luce dei canoni comunitari; questi ultimi costituiscono la *summa* degli strumenti di sindacato giurisdizionale adoperato dai giudici di vari Paesi in una sorta di percorso ascendente verso la formazione della giurisprudenza comunitaria, alla quale poi attingono i giudici dei Paesi membri per integrare i propri modelli di sindacato con i canoni provenienti, attraverso il giudice europeo, dai giudici di altri Paesi membri.

¹² Cons. Stato, VI, 21 marzo 2011, n. 1712. La nota sentenza IV, n. 601 del 1999 ha sancito la *piena* sindacabilità della discrezionalità tecnica, distinguendola dal merito dell'azione amministrativa.

giurisdizione di merito, ma sono, in concreto, la conseguenza dell'inerzia, della violazione o dell'elusione del giudicato da parte dell'amministrazione: è l'amministrazione stessa che, violando sostanzialmente il *dictum* del giudice, cioè la norma posta dal giudice per il caso concreto quale scaturisce dal giudicato, "si consegna" al giudice e rinuncia a esercitare (correttamente) i suoi poteri.

Naturalmente si tratta di poteri del giudice forti e incisivi, che impingono nelle attribuzioni dell'amministrazione: questo richiede, da una parte, *self-restraint* da parte del giudice con riferimento al caso concreto; dall'altra, consapevolezza da parte dell'amministrazione che non solo la violazione, ma anche l'elusione del giudicato, doverosamente sanzionate dal giudice, restringeranno progressivamente l'area di discrezionalità che l'ordinamento assegna.

3. Le delibere del CSM e il sindacato del giudice amministrativo¹³

Se si trasferiscono le considerazioni esposte al tema del sindacato sugli atti del CSM vediamo che, se i principi possono essere chiari, le applicazioni sono più complicate.

Le delibere del CSM, a differenza di una volta, sono per lo più comprensibili nella loro motivazione. Il quadro di riferimento normativo consente al CSM una valutazione significativamente discrezionale. Per la giurisprudenza amministrativa il giudizio è sintetico e unitario (cioè non analiticamente rivolto a giustificare la prevalenza in ogni singolo parametro valutabile); ed è di tipo comparativo. Ciò consente lata discrezionalità. Ma anche sindacabilità. In primo luogo, le ragioni poste a fondamento della delibera devono essere comprensibili, o "percepibili" (per esempio, nel caso in cui il *plenum* si discosti dalla proposta); la motivazione deve fondarsi su elementi di fatto certi e frutto di accurata istruttoria (altrimenti avremo il travisamento dei fatti o il difetto di istruttoria) e deve essere "congrua", cioè deve esserci congruenza tra elementi utilizzati e decisione finale; deve essere "completa", nel senso che l'iter logico deve tener conto di tutti gli elementi valutativi ritenuti dalla stessa disciplina applicabile come significativi (la cui mancata considerazione renderà "incompleto", incongruo e comunque viziato il processo decisionale). Infine, se, come spesso accade, tutti i candidati sono ottimi magistrati, come è probabile che sia, il candidato prescelto non potrà venir fuori come un coniglio dal cappello: se tutti sono bravissimi,

¹³ Un'ampia e ragionata rassegna dottrina e, soprattutto, di casi giudiziari è in A.Danesi, *I limiti del sindacato del giudice amministrativo sugli atti degli organi di garanzia delle magistrature ordinaria e speciali*, in *Gli organi di garanzia delle magistrature*, cit., 117 ss., spec.133 ss., per quanto concerne gli atti di conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi. In dottrina, per profili particolari, cfr. F.G.Scoca, *Atti del CSM e loro sindacato giurisdizionale*, in *Dir.proc.amm.* 1987, 9; F.Sorrentino, *Discrezionalità del Consiglio Superiore e sindacato del giudice amministrativo*, in *L'ordinamento giudiziario a cinque anni dalla riforma* (a cura di Znon, Di Renzo, Villata e Biondi), Milano 2012; V.Poli, *Il conferimento di incarichi direttivi ai magistrati ordinari nella giurisprudenza del C.d.S.*, in *Foro it.* 1998, III, 421 ss..

sussiste un obbligo *rafforzato*, e non attenuato, di motivazione sulla scelta finale¹⁴.

Naturalmente, in sede di giudizio di ottemperanza, accade anche per le delibere del CSM quanto è stato dianzi detto in generale: la discrezionalità, in sede di riesercizio del potere, resta vincolata dalle statuizioni giudiziali; e, inoltre, l'inerzia dell'Amministrazione amplia i poteri di intervento del giudice, che si estendono anche al merito. In realtà, non solo il CSM ma lo stesso giudice amministrativo sono vincolati dalle statuizioni contenute nella sentenza e, più in generale, dall'effetto conformativo del giudicato.

La rilevanza dell'effetto conformativo è centrale nella dinamica del processo amministrativo, mentre tale effetto è estraneo alla sentenza civile: il dato di fondo è che la consistenza del potere discrezionale muta nel giudizio di ottemperanza; non è più la stessa di cui l'amministrazione godeva prima del giudicato di annullamento. Due esempi su tutto (sempre tratti dall'esperienza giurisprudenziale): se un elemento non poteva o, per converso, doveva essere valutato, il CSM non potrà più discutere la statuizione, perché essa, sul punto, è coperta da giudicato. Questo si vuol significare quando si dice che il potere pubblico è conformato, anche progressivamente, dalla sentenza amministrativa. Inoltre, e siamo al secondo principio, non è pensabile che le valutazioni del CSM successive al giudicato prendano in considerazione elementi nuovi che vengono posti a giustificare lo stesso esito valutativo della delibera annullata: l'amministrato e il giudice non possono rincorrere sempre nuove motivazioni poste dall'amministrazione a sostegno dell'atto¹⁵.

4. Limite esterno della giurisdizione ed eccesso di potere giurisdizionale

Come ben sappiamo, il controllo sui limiti esterni della giurisdizione è demandato alla Corte di cassazione, ai sensi dell'articolo 111 della Costituzione.

Non è questa la sede per affrontare in linea generale l'interpretazione che dei "motivi inerenti alla giurisdizione" fornisce, in modo non sempre univoco, la giurisprudenza più recente. In una battuta, potrebbe dirsi che l'eccesso di potere giurisdizionale non dovrebbe mai rinvenirsi tutte le volte che il giudice amministrativo, pur sindacando in maniera piena e approfondita l'operato

¹⁴ Vd. significativamente Cons. Stato, sentenza n. 281 del 2012. Quella sopra riportata nel testo è una esemplificazione tratta dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato. Vd., per riflessioni analitiche e casistica, oltre all'opera già citata di A. Danesi, F. Taormina, *Il conferimento di incarichi direttivi ai Magistrati*, Intervento al Convegno ANM di Palermo del 22 marzo 2013, in www.movimentoperlagiustizia.it

¹⁵ Cfr. Cons. Stato, sent. n. 356 del 2013. La giurisprudenza tende a riconoscere maggiore libertà di ri-valutazione nella prima delibera successiva a quella annullata; nella seconda delibera, però, l'amministrazione dovrà "calare le carte" ed esaminare tutti gli elementi da prendere in considerazione, positiva o negativa.

dell'amministrazione, non sostituisca la propria valutazione a quella dell'amministrazione e non fondi il proprio convincimento su valutazioni di opportunità (salvo quanto si dirà per l'ottemperanza). Per converso, il difetto di potere giurisdizionale, inteso come mancato esercizio della giurisdizione, dovrà essere ravvisato quando il giudice amministrativo neghi in radice o in astratto la tutela (negando l'esistenza di una norma attributiva di una situazione soggettiva), mentre mai dovrebbe riguardare presupposti processuali o condizioni dell'azione, altrimenti risolvendosi il sindacato in un sostanziale giudizio di terzo grado.

In materia di impugnazione degli atti del CSM, la giurisprudenza è significativa¹⁶ di una problematica, peraltro, che in gran parte riguarda il tema più generale dei rapporti tra giurisdizione amministrativa e merito amministrativo.

In linea di principio, la Cassazione, salvo quanto di osserverà sulla sentenza n. 19787 del 2015, ribadisce i limiti esterni della giurisdizione amministrativa di legittimità¹⁷.

I problemi invece si pongono in sede di ottemperanza, in quanto in questa sede si "concretizzano" quei principi¹⁸.

La Cassazione premette che l'eccesso di potere giurisdizionale è configurabile anche nei confronti delle sentenze di ottemperanza. In sede di giurisdizione di merito –precisa la Corte- l'illegittimo sconfinamento nel merito amministrativo non può essere ravvisato nella semplice circostanza che il giudice abbia effettuato quelle valutazioni e adottato quei provvedimenti che l'amministrazione stesso avrebbe dovuto adottare in adempimento del giudicato, perché in ciò è la natura stessa del giudizio di ottemperanza. L'ottemperanza si muove nei limiti interni alla giurisdizione amministrativa di merito se è (invocata e) concessa in considerazione dell'accertamento del contenuto effettivo del giudicato, anche con

¹⁶ Per una rassegna critica sulla giurisprudenza in materia e per ampi richiami di riferimento anche di segno opposto, cfr. R.Villata, *Lunga marcia della Cassazione verso la giurisdizione unica ("dimenticando" l'art.103 della Costituzione)?*, in *Dir.proc.amm.* 2013, 324, ss., ora, con un significativo *addendum*, in R.Villata, *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano 2015, 483 ss.. Cfr. pure G.Verde, *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione*, in *Dir.proc.amm.* 2013, 367 ss.; M.V.Ferroni, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova 2005, spec. 161 ss.. Per la dottrina meno recente, cfr. V.Caianello, *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Foro it.* 1977, IV, 23 ss.; B.Tonoletti, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in *Foro it.* 1998, I, 1568 ss..

¹⁷ Tra le molte, vd. le chiare precisazioni al riguardo di Cass. 8 marzo 2012 n. 3362.

¹⁸ E' presto per valutare l'incidenza in materia della novella legislativa apportata del D.L. n. 90 del 2014, come convertito, ai sensi della quale, in sede di ottemperanza relativa a sentenze che annullino delibere di conferimento di incarichi direttive, "il giudice amministrativo...ordina l'ottemperanza ed assegna al Consiglio superiore un termine per provvedere. Non si applicano le lettere a) e c) dell'articolo 114 c.p.a.". In altre parole, il giudice non può dettare modalità esecutive e non può emettere il provvedimento sostitutivo. La norma è poco chiara nelle sue implicazioni. Il giudice può comunque nominare un commissario *ad acta* (art. 114 lett. d); e anzi può farlo anche nella fase della cognizione (art.34). Ed è noto che il commissario è organo ausiliario del giudice, agisce per lui e anche in sua vece. Che il giudice non possa dettare modalità esecutive non esclude l'effetto conformativo della sentenza e soprattutto non può escludere, per evidenti ragioni di costituzionalità, il sindacato sulle "modalità esecutive" decise dal CSM.

riguardo al suo effetto conformativo, e alla valutazione del comportamento inerte o elusivo dell'amministrazione; attiene ai limiti esterni, invece, la contestazione secondo cui il giudice abbia esercitato i poteri dell'ottemperanza in difetto della possibilità stessa di instaurare un giudizio di ottemperanza ("in difetto della norma attributiva del potere").

Le affermazioni della Corte, se in linea di principio condivisibili, possono rivelarsi assai difficili da applicare come elemento discriminante la giurisdizione.

Qualche passaggio non convince in linea teorica: quando si legge che è decisivo stabilire se si controverta sul modo in cui il potere giurisdizionale sia stato esercitato o sulla spettanza di tale potere, sembra utilizzarsi un criterio – carenza o cattivo uso del potere- che, ancorché lo si voglia continuare a utilizzare per il riparto di giurisdizione, mi sembra problematico da utilizzare rispetto all'attività di un giudice: il cd. eccesso di potere giurisdizionale non ha nulla a che vedere con l'eccesso di potere amministrativo (che riguarda il rapporto tra norma e provvedimento); la possibilità o meno, anche in astratto, che un provvedimento venga valutato in sede di ottemperanza attiene ai presupposti dell'ottemperanza, in mancanza dei quali il ricorso è inammissibile (o erroneamente giudicato ammissibile; con la –sola- conseguenza, in tal caso, che il provvedimento andrà sindacato in sede di giurisdizione generale di legittimità). La valutazione dell'elusività del provvedimento, e conseguentemente la decisione se il provvedimento vada impugnato in via ordinaria o in sede di ottemperanza, è una questione che attiene alla contestazione che al giudice dell'ottemperanza quel particolare potere spetti o meno, ma mi sembra questione tutta interna alla giurisdizione amministrativa¹⁹.

Una diversa prospettiva è quella in cui si pone la Suprema Corte, a fronte di una nota sentenza del Consiglio di Stato²⁰, il quale, a seguito di ripetute delibere annullate e ripetute dal CSM con esito analogo, ha definitivamente, in sede di ottemperanza, ordinato al CSM di provvedere "ora per allora" alla valutazione dei candidati, ancorché gli stessi fossero oramai stati collocati in pensione.

La Cassazione²¹ afferma che vi è eccesso di potere giurisdizionale, per carenza della "esistenza stessa dei presupposti in presenza dei quali sussiste il

¹⁹ Non mi sembra condivisibile, quindi, l'assunto, ricorrente nella giurisprudenza della S.C., secondo cui attiene ai limiti esterni la questione se il Consiglio di Stato abbia "esercitato una giurisdizione di merito in presenza di situazioni che avrebbero potuto dare adito solo alla normale giurisdizione di legittimità, e quindi all'esercizio di poteri cognitivi e non esecutivi" (Cass. 19 gennaio 2012, n. 736). Non convince, naturalmente, se riferito al rapporto tra impugnazione di atto nella sede ordinaria o di ottemperanza. La recente sentenza n. 19787/15 –come si vedrà- sembra aver rimeditato questo orientamento, assumendo che rientra nei limiti interni della giurisdizione la decisione con la quale il Consiglio di Stato stabilisca se una delibera del CSM, adottata a seguito di giudicato di annullamento, vada impugnata in sede di giurisdizione generale di legittimità o in sede di ottemperanza.

²⁰ IV, sent. 27 novembre 2010 n. 8252.

²¹ Cass. 9 novembre 2011, n. 23302. A diversa conclusione perviene in apparenza Cass. 19 gennaio 2012, n. 736; ma a ben guardare tale conclusione è sostenuta da mere ragioni

potere del giudice amministrativo di emettere un provvedimento di ottemperanza” se il ricorrente, e nella specie tutti i candidati, siano stati nel frattempo collocati a riposo.

Questo perché:

- a) il collocamento a riposo è una sopravvenienza che “incide sulla concreta attuabilità del precedente giudicato”;
- b) il collocamento a riposo preclude allo stesso CSM di dar corso a una nuova valutazione comparativa in quanto la causa tipica del provvedimento richiesto è il conferimento dell’incarico direttivo, la cui realizzazione è preclusa dal collocamento a riposo;
- c) l’interesse del ricorrente alla rideterminazione della propria posizione originaria ai fini giuridici (il Consiglio di Stato si riferiva alla posizione previdenziale) non rileva, perché non è questione di interesse ad agire bensì di oggetto e scopo del provvedimento amministrativo e conseguentemente del giudizio di ottemperanza;
- d) “anche e proprio per questa ragione, del resto, il legislatore ha ampliato l’area del possibile risarcimento del danno (che può, all’occorrenza, assumere i connotati del danno da perdita di *chance*)”.

In pochissime parole, il concorso virtuale e la valutazione “ora per allora” sono impediti dalla sopravvenienza, ritenuta decisiva, del collocamento a riposo, che preclude la “causa tipica” dell’atto, cioè il conferimento dell’incarico.

Conclusioni e motivazioni inducono alle seguenti riflessioni di natura problematica:

- a) il tema delle sopravvenienze in sede di ottemperanza al giudicato è largamente dibattuto da sempre nella dottrina e nella giurisprudenza amministrativa; ma mai è stata negata la possibilità di un provvedimento “ora per allora” idoneo a soddisfare l’interesse, talvolta anche morale, più spesso con riflessi economici del ricorrente: l’ora per allora, anche sotto il profilo dell’interesse, rimedia a una impossibilità sopravvenuta parziale;
- b) se il collocamento a riposo in corso di giudizio viene ritenuto idoneo a determinare il venir meno dei presupposti dell’ottemperanza, unico effetto certo (e non auspicabile) è l’ampliamento della giurisdizione cautelare (oggi pressoché inutilizzata nei confronti del CSM, e ragionevolmente): perché l’unica cosa che non si può accettare è che i tempi del giudizio o dei giudizi o addirittura i comportamenti elusivi o inerti dell’amministrazione possano ripercuotersi a danno del ricorrente vittorioso più di quanto già non si riflettano oggettivamente;
- c) ma sono le conseguenze pratiche che lasciano maggiormente perplessi: a seguire il ragionamento, il ricorrente potrà ottenere nelle sedi

processuali (giudicato sul punto di giurisdizione attinente ai limiti del potere giurisdizionale di ottemperanza), mentre il principio viene ribadito.

appropriate rideterminazione a fini previdenziali (probabilmente dalla Corte dei conti) e, soprattutto, danno per perdita di *chance* (probabilmente dal giudice amministrativo; magari, se vi è domanda, dinanzi allo stesso giudice dell'ottemperanza in conseguenza della ritenuta impossibilità di esecuzione: art. 112, co.3, c.p.a.). Ma allora occorre chiedersi: il giudizio prognostico sulla fondatezza della domanda, cioè la valutazione comparativa in ordine al conferimento dell'incarico (sia pure ai fini previdenziali o risarcitori) lo farà il giudice adito al posto del CSM?²².

5. La sentenza 5 ottobre 2015 n. 19787

La Corte è intervenuta nuovamente sulla questione in sede di impugnazione di una sentenza resa in sede di giurisdizione generale di legittimità. Ciò conferisce particolare rilevanza alla decisione.

Tre le questioni decise, trasfuse nell'enunciazione dei principi di diritto:

- a) Attiene ai limiti interni della giurisdizione amministrativa stabilire se una delibera vada impugnata in sede di ottemperanza o di giurisdizione generale;
- b) Il principio, oramai consolidato, secondo cui vi è eccesso di potere giurisdizionale se il giudice dell'ottemperanza ordina al CSM di riformulare "ora per allora" il giudizio sul conferimento dell'incarico, non è riferibile alla giurisdizione generale di legittimità *"ancorché tale ultima circostanza [id est, il collocamento a riposo] non consenta successivamente, senza che risultino superati i limiti esterni della giurisdizione, al giudice amministrativo, adito in sede di ottemperanza, di ordinare al CSM di assegnare il posto ora per allora al magistrato vittorioso nel giudizio amministrativo"*; (corsivo dell'A.)
- c) Travalica i limiti esterni il giudice amministrativo che, nella sede ordinaria di legittimità, "operi direttamente una valutazione di merito del contenuto della delibera e ne apprezzi la ragionevolezza, così sovrapponendosi all'esercizio della discrezionalità del CSM, invece di svolgere un sindacato di legittimità di secondo grado, anche a mezzo del canone parametrico dell'eccesso di potere quale possibile vizio della delibera stessa" (corsivo dell'A.).

Senz'altro condivisibile il primo principio.

Condivido anche il secondo principio, nel senso che l'ordine al CSM di riformulare il giudizio sui candidati non è impedito dal collocamento a riposo del ricorrente, ma francamente non è dato comprendere perché la situazione sia diversa in sede di ottemperanza.

²² Nella sentenza n. 23 del 2013, infatti, il Consiglio di Stato, pur rigettando nel merito la domanda, ha ritenuto di avere (e correttamente) giurisdizione sulla perdita di *chance*.

Si può condividere anche il terzo principio, ma solo attraverso una lettura della motivazione “correttiva” del tenore letterale del principio di diritto.

Partiamo da sub b).

Qui la Cassazione difende il precedente orientamento sulla impossibilità di procedere alla nomina ora per allora, in caso di sopravvenuto collocamento a riposo in sede di ottemperanza, per negarne la riferibilità all'ordinaria giurisdizione di legittimità; nel senso che la rivalutazione ora per allora può essere disposta in sede di giudizio (ex artt. 24 Cost.), ma non anche portato a esecuzione. Ora, è evidente che il magistrato collocato a riposo non possa ricevere l'incarico. Ma la pronuncia ora per allora – come si è detto - ha tutt'altro senso nel diritto e nel processo amministrativo: riguarda la rivalutazione di una situazione – la cui prima definizione ad opera dell'amministrazione è stata giudicata illegittima - in modo che possano prodursi gli effetti conseguenti, ovviamente possibili. L'impossibilità attiene a uno dei possibili effetti del provvedimento, sia pure il principale, non alla riedizione del potere di valutazione.

Passiamo alla “massima” sub c). Qui il principio di diritto, per come enunciato, lascia perplessi. Dire che travalica i limiti esterni il giudice che operi un giudizio sulla ragionevolezza della scelta anzi che svolgere un sindacato di legittimità sull'eccesso di potere è dire che la ragionevolezza non è un “canone parametrico” dell'eccesso di potere. Il che metterebbe in crisi un sistema; non solo italiano, ma anche europeo, e anche dei Paesi di *Common Law* in sede di *Judicial Review*²³.

Diciamo che il principio affermato è quello (consolidato) secondo cui il giudice non può sindacare una scelta opinabile né sostituire una propria valutazione a quella dell'amministrazione.

Ma la sentenza n.19787 lascia aperta, in prospettiva, una questione decisamente delicata.

E' largamente condivisa nella dottrina amministrativistica la considerazione che il c.p.a. abbia ampliato la sfera di cognizione della giurisdizione di legittimità, definito meglio il contenuto della sentenza al di là del mero annullamento, e soprattutto, in certa misura, anticipato –come è parso di poter dire²⁴- l'effetto conformativo, o parte di esso, alla fase della cognizione contestualmente accentuando il carattere meramente esecutivo del giudizio di ottemperanza: in altri termini, i confini tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito *sub*

²³ E' noto che il sindacato sulla ragionevolezza, insieme con quello sulla proporzionalità e sulla correttezza dell'azione amministrativa, costituisce la moderna declinazione delle fattispecie sintomatiche dell'eccesso di potere (cfr. per tutti P.M.Vipiana, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova 1993) e costituisce canone largamente condivisa nella giurisprudenza europea e in quella degli Stati membri, anche, e soprattutto, dei Paesi di common law.

²⁴ F.Patroni Griffi, *Pubblici poteri e tutele nel codice del processo amministrativo*, in *Scritti in onore di G.Palma*, Torino 2012, III, 2131 ss., spec. 2141 s.. (rielaborazione dello scritto *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, in www.giustizia-amministrativa.it).

specie di giudizio di ottemperanza vanno sfumando²⁵. Ciò rende la sentenza amministrativa sempre più sentenza. Ed è una circostanza valutata positivamente in termini di effettività e tempestività della tutela. Diventa allora problematico – in linea con la giurisprudenza tradizionale della Corte di cassazione - marcare oggi un solco profondo tra cognizione e ottemperanza, che temo non sia più nei tempi, nella pratica giurisprudenziale e nella elaborazione dottrina, e, soprattutto, nel codice.

Forse dobbiamo riflettere se la giurisdizione di ottemperanza –qualificata in origine come giurisdizione di merito per consentire al giudice di azionare poteri in teoria preclusi dal principio di separazione dei poteri- sia una giurisdizione di merito in senso stretto²⁶. O più semplicemente una giurisdizione in cui il giudice utilizza tutti i poteri volti ad assicurare l'attuazione di un giudicato, nella quale quindi la tradizionale contrapposizione tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito sembrerebbe mal posta. Il tutto con la consapevolezza che la sentenza amministrativa, in quanto resa contro pubblici poteri, non può perdere l'effetto conformativo, meglio ancora se anticipato alla fase di cognizione del rapporto, a pena di rendere non effettiva la tutela.

6. Conclusioni

Il tema del sindacato ex articolo 111 della Costituzione è parso paradigmatico di un tema, in continua evoluzione, del rapporto tra giurisdizioni: esso può riguardare, infatti, il rapporto tra giudice amministrativo e merito riservato all'amministrazione. Ma si riflette, e in maniera significativa, sullo stesso rapporto tra giurisdizioni, attraverso il sindacato sul limite esterno del potere giurisdizionale.

Nel nostro sistema, come nella maggior parte dei Paesi europei, esiste un sistema duale di giurisdizione. E' stato appurato che si tratta di due giurisdizioni "ordinarie" che si integrano nel fornire la tutela assicurata dall'articolo 24 Costituzione, come recita la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale.

Persistono aree intermedie di confine, che determinano conflitti di giurisdizione, e che richiedono una conoscenza approfondita delle singole giurisdizioni ma anche un confronto tra giudici che quotidianamente si misurano su problematiche di tutela diverse. Esistono poi questioni delicate nel tema più

²⁵ L'articolo 34, co.1, lett. e), infatti, consente al giudice di anticipare alla fase della cognizione quanto tradizionalmente avveniva nella fase dell'ottemperanza, creando così una saldatura tra le due fasi: in tal senso anche R. Di Pace, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, in *"Libro dell'anno del Diritto 2013"*, Treccani.

²⁶ F.G.Scoca, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir.proc.amm.* 2015, 847 ss., spec. 869 s., si interroga acutamente, di recente, su giurisdizione di merito e giudizio di ottemperanza, rilevando le differenze tra le due ipotesi e giungendo a negare la "utilità" della giurisdizione di merito (non del giudizio di ottemperanza).

generale, tra cui va annoverata la tematica del giudizio relativo ad atti degli organi di autogoverno: se per il giudice amministrativo è delicato sindacare gli atti del CSM e di altri organi di autogoverno, lo è del pari, e forse di più, sindacare gli atti dell'organo di autogoverno della giustizia amministrativa.

Forse – ma non so quanto il percorso sia praticabile - per le questioni di giurisdizione e per l'impugnazione degli atti degli organi di autogoverno, è giunto il momento di pensare a quel Tribunale supremo dei conflitti o come altro lo si voglia chiamare, che esiste in altri Paesi e di cui parlava Mortara sul *Monitore dei tribunali* nel 1899: un luogo che, con il confronto, potrà incrementare quello scambio di esperienze, di formazione, di culture giudiziarie che costituiscono, come tutte le diversità, un elemento di ricchezza.

Un “Tribunale supremo dei conflitti”, con attribuzioni estese a quelle sopra indicate, richiederebbe con ogni probabilità un intervento del legislatore costituzionale. Un sano pragmatismo induce a chiedersi se un evoluto dialogo tra Giudici supremi e una cultura della giurisdizione unitaria non consentano di percorrere, in via legislativa ordinaria, una integrazione delle Sezioni unite della Corte di cassazione nell'ambito delle attribuzioni a essa spettanti, cioè per “i motivi inerenti alla giurisdizione”. Una tale soluzione consentirebbe di rafforzare il sindacato, necessariamente accentrato in capo alla Cassazione, in tema di giurisdizione, in qualche modo “istituzionalizzando” il confronto tra giudici e quindi il raffronto del sindacato sulla giurisdizione con le specificità inevitabilmente persistenti dei pur concorrenti sistemi di tutela²⁷.

Naturalmente una siffatta soluzione – integrazione delle Sezioni unite della Cassazione - non consentirebbe di affidare allo stesso organo il sindacato sugli atti degli organi di autogoverno di tutte le magistrature. Derogando infatti tale attribuzione agli ordinari criteri di riparto delineati in Costituzione, l'istituzione di un “Tribunale” con siffatte attribuzioni, che per giunta si configurerebbe come giudice speciale, richiederebbe un intervento di natura costituzionale.

Analogo intervento del legislatore costituzionale richiederebbe un intervento – come pur ipotizzato da certa dottrina nell'ottica, sostanziale o anche formale, di una giurisdizione unica- volto a individuare nella Cassazione il giudice unico della nomofilachia in tema di diritti. Tale posizione sembra rapportare, sul piano teorico, la nomofilachia non all'organo di vertice del plesso giurisdizionale bensì alla Corte di cassazione in quanto tale; posizione che, come si diceva, richiederebbe un intervento del legislatore costituzionale in quanto il vigente articolo 111 delinea, già sul piano letterale che l'esegeta mai dovrebbe obliterare, un ruolo diverso della Cassazione. Ma è evidente che, *de constitutione condenda*, un siffatto intervento altererebbe significativamente l'assetto attuale (il

²⁷ Inevitabilmente persistenti per la ragione che –come ammoniva Mario Nigro- la tutela, per essere effettiva, deve conformarsi sulle situazioni soggettive coinvolte nel processo. E la tutela avverso gli atti del potere pubblico abbisogna di un sindacato capace di penetrare, pur nel rispetto del merito amministrativo, le vicende dinamiche dell'esercizio di quel potere.

che appare lecito), ma difficilmente sarebbe compatibile col mantenimento di un sistema duale di giurisdizione. L'attribuzione alla Corte di cassazione di una funzione nomofilattica indipendentemente dalla sfera (propria) di giurisdizione, sia essa svolta dalle Sezioni unite attuali o da Sezioni unite modificate nella composizione, individuerrebbe ineludibilmente nella Corte il giudice di ultima istanza di un sistema che non potrebbe essere che unico e introdurrebbe una terza istanza – sia pure per limitate materie - anche nel processo amministrativo; istanza rispetto alla quale il processo amministrativo dinanzi al Consiglio di Stato sarebbe intrinsecamente di mero secondo grado, nell'ambito del quale non sarebbe coerente mantenere al Consiglio di Stato (e alla Corte dei conti) il carattere di “giurisdizione superiore”.

In altri e conclusivi termini, ogni scelta, specie del legislatore costituzionale, è legittima. E non è possibile certo in questa sede riprendere i termini della scelta tra sistema duale o monista di giurisdizione²⁸. Ciò che non è consigliabile, sul piano dell'assetto delle tutele, è optare per scelte di sistema non intrinsecamente coerenti: tra queste l'introduzione di una progressiva unità della giurisdizione in un assetto che si mantenga formalmente duale.

²⁸ Si consenta il rinvio, per le ampie citazioni, a F. Patroni Griffi, *Giurisdizioni e sistema delle tutele*, in *Riv.giur.Mezz.*, n. 2/2016, 483 ss.; *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.* 2016, 115 ss..

LA NOMOFILACHIA IN SEDE DI CONTROLLO

CRISTIAN PETTINARI[∞], SIMONETTA ROSA*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La nomofilachia nell'attività di controllo della Corte dei conti – 3. Il Presidente della Corte dei conti quale garante dell'uniforme interpretazione della legge in materia di coordinamento della finanza pubblica – 4. Le diverse sedi del controllo della Corte dei conti e i riflessi sull'articolazione degli organi "normofilattici" – 5. La funzione consultiva della Corte dei conti - 6 Conclusioni.

1. Premessa

Nell'attività della Corte dei conti il tema della certezza del diritto, quale principio ispiratore dell'attività interpretativa della giurisprudenza, rileva, oltre che nello svolgimento delle funzioni giurisdizionali, anche nell'esercizio delle funzioni di controllo.

Infatti la nomofilachia – intesa, in una prospettiva sostanziale, quale attività strumentale dell'“interesse generale all'osservanza della legge come norma astratta”, valutata nella specifica prospettiva del caso concreto *sub iudice* (Chiovenda, *Principii*, 397; Mandrioli, *Diritto processuale civile*, II, 483) – rileva di per sé, come esigenza sostanziale, con riferimento a qualsivoglia forma di applicazione obiettiva della legge, a opera di soggetti *super partes*, giuridicamente produttiva d'effetti nell'ordinamento (cfr. su tale nozione, in chiave d'accesso al giudizio di costituzionalità in via incidentale, Corte cost., sentenze nn. 376 del 2001, 387 del 1996, 226 del 1976 e 83 del 1966), e, in quanto tale, rileva anche con riferimento all'attività di controllo, ove questa porti ad una pronuncia, in forma contenziosa, sulla legittimità e sulla legalità finanziaria di un atto dell'Amministrazione. Ed invero anche nel più ampio settore del controllo svolto dalla Corte dei conti vi sono “aree” in cui l'attività rimessa al collegio del controllo s'avvicina all'“applicazione obiettiva della legge” nel perseguimento d'interessi *super partes* e, così facendo, s'ammanta dei caratteri sostanziali propri della giurisdizione, tanto che, in tali sedi, la Sezione del controllo della

[∞] Consigliere della Corte dei conti

* Presidente della Sezione Regionale di Controllo Lombardia

Corte dei conti può sollevare questione di costituzionalità in via incidentale come qualunque altro giudice; ciò avviene con evidenza per il controllo preventivo di legittimità (giusta anche la previsione di cui all'art. 27, comma 1, della legge n. 340 del 2000) e per la parifica del bilancio dello Stato e delle Regioni, peraltro espressamente svolta, per previsione di legge, "con le formalità della (...) giurisdizione contenziosa", come previsto prima dall'art. 32 della legge n. 800 del 1862 e, poi, dall'art. 40 del R.D. n. 1214 del 1934 e dall'art. 1, comma 5, del d.l. n. 174 del 2012 (*ex multis*, v. da ultimo la sentenza della Corte costituzionale n. 181 del 2015).

2. La nomofilachia nell'attività di controllo della Corte dei conti

Ciò posto, si pone, con evidenza, un problema della "nomofilachia" nel controllo, ovvero dell'individuazione di un meccanismo atto a garantire, anche in tali attività, quell'interesse generale all'uniforme osservanza della legge come norma astratta di cui s'è detto; problema considerato espressamente dal legislatore e dalla Corte stessa (nell'esercizio della propria potestà organizzativa ex art. 4, comma 1, della legge n. 20 del 1994), che sono intervenuti in materia con specifiche previsioni, volte ad individuare la sede idonea a garantire l'uniforme applicazione della norma di legge: a) quanto al preventivo di legittimità, l'art. 3, comma 3, della Deliberazione n. 14/DEL/2000, adottata in sede di autoorganizzazione, stabilisce che "(o)ve si renda necessaria la risoluzione di questioni di massima di particolare importanza con riguardo ad atti appartenenti ad una delle tipologie indicate dall'art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, o dall'art. 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, la pronuncia sul visto è deferita dal Presidente della Corte, su conforme richiesta del consigliere delegato competente per l'atto, all'adunanza generale della sezione centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle amministrazioni dello Stato, integrata da tutti i consiglieri delegati delle sezioni regionali di controllo"; b) quanto ai giudizi di parifica in sede locale, una pronuncia di secondo grado su di essi ad opera delle Sezioni riunite in speciale composizione – con valenza anche nomofilattica, attesa la natura dell'organo – è prevista in forza del combinato disposto prima degli artt. 1, comma 5, e 3, comma 1, lett. r, del d.l. n. 174 del 2012, convertito con modificazioni dalla legge n. 213 del 2012, ed ora l'art. 11, comma 6, lett. e, del d.lgs. n. 174 del 2016 (Corte dei conti, sez. riunite in speciale composizione, nn. 2 del 2013 e 27/2014/EL). In particolare, quanto alle delibere relative alla parifica, la possibilità d'impugnazione delle stesse innanzi alle Sezioni riunite in speciale composizione – cioè innanzi ad un organo che strutturalmente svolge funzioni di tipo nomofilattico, pur se in speciale composizione (v. ora gli artt. 42, comma 2, della legge n. 69/2009 e 17, comma 31, del d.l. n. 78/2009, convertito con modificazioni dalla legge n. 102/2009, nonché ora l'art. 11, comma 1, del d.lgs. n. 174 del 2016) – si fonda sul

riconoscimento dell'“esistenza di una giurisdizione piena ed esclusiva” della Corte “ancorata alle materie di contabilità pubblica di cui all'art. 103, comma 2, della Costituzione”, “giurisdizione” al cui interno inevitabilmente si vengono a collocare anche i rimedi avverso quelle delibere di controllo strutturalmente incisive di posizioni soggettive, giuridicamente rilevanti, degli enti collocati, di modo che, per tali forme di controllo, inevitabilmente si viene a porre anche un'analoga esigenza di nomofilachia. Talché potrebbe finanche desumersi che quell'esigenza, in realtà, si ponga ogniqualvolta il controllo abbia efficacia tale da incidere, con effetto giuridicamente rilevante, su atti o posizioni dei soggetti controllati; ed invero l'art. 11, comma 6, lett. e, del d.lgs. n. 174 del 2016 genericamente prevede ora che le Sezioni riunite in speciale composizione, nell'esercizio della propria giurisdizione esclusiva in tema di contabilità pubblica, decidano in unico grado sui giudizi nelle materie di contabilità pubblica, nel caso di impugnazioni conseguenti alle deliberazioni delle sezioni regionali di controllo, senza alcuna limitazione ulteriore.

3. Il Presidente della Corte dei conti quale garante dell'uniforme interpretazione della legge in materia di coordinamento della finanza pubblica

Anzi, si deve rilevare che ci si è preliminarmente soffermati, più sopra, su quelle specifiche deliberazioni di controllo proprio perché per esse può assumersi come dato ormai acquisito del sistema – alla luce del quadro normativo e della giurisprudenza, anche costituzionale, prima richiamati – l'intrinseca prossimità delle forme stesse di controllo all'esercizio della giurisdizione, di cui sostanzialmente mutuano le forme; tuttavia argomenti analoghi valgono – anche se non ancora in concreto sperimentati al fine, ad esempio, della promozione di una questione di legittimità costituzionale, atto che, ove scrutinato nel merito, produrrebbe implicazione d'ordine sistemico al fine della qualificazione della sede stessa della rimessione – per altre forme di controllo, che quelle caratteristiche sostanziali, prima delineate, riprendono: basti pensare ai piani di riequilibrio (per i quali vale l'art. 3, comma 1, lett. r, del d.l. n. 174 del 2012, convertito con modificazioni dalla legge n. 213 del 2012, che ha introdotto nel T.U.E.L. l'art. 243-*quater*, ed ora l'art. 11, comma 6, lett. e, del d.lgs. n. 174 del 2016) e il controllo sui rendiconti dei gruppi consiliari (su cui v. l'art. 33, comma 2, lettera a, n. 3, del d.l. n. 91 del 2014 – il quale ha introdotto un secondo periodo all'art. 1, comma 12, del d.l. n. 174 del 2012, in forza di cui «(a)vvverso le delibere della Sezione regionale di controllo della Corte dei conti, di cui al presente comma, è ammessa l'impugnazione alle Sezioni riunite della Corte dei conti in speciale composizione, con le forme e i termini di cui all'art. 243-*quater*, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267» – ed ora l'art. 11, comma 6, lett. e, del d.lgs. n. 174 del 2016).

In tutti questi casi si verte difatti, in definitiva, in ipotesi di controllo – ancorato “alle materie di contabilità pubblica di cui all’art. 103, comma 2, della Costituzione” – “finalizzato ad assicurare, in vista della tutela dell’unità economica della Repubblica e del coordinamento della finanza pubblica, la sana gestione finanziaria del complesso degli enti territoriali, nonché il rispetto del patto di stabilità interno e degli obiettivi di governo e dei conti pubblici concordati in sede europea”; obiettivi al cui raggiungimento è chiamato il complesso delle pubbliche amministrazioni, in coerenza con l’assetto europeo, al fine di assicurare l’equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico (principi ormai costituzionalizzati, art. 97, comma 1, Cost., introdotto dalla legge cost. n. 1/2012) (Corte Costituzionale, sentt. nn. 60/2013, 39 e 46/2014); si eccede dunque, in definitiva, la tradizionale nozione di controllo sulla gestione, volto a stimolare processi di autocorrezione dell’amministrazione controllata, per approdare, in linea con la recente evoluzione normativa in materia, alla prefigurazione di un controllo generale di legalità finanziaria su determinati atti adottati all’interno del sistema delle autonomie, controllo dunque, come tale, potenzialmente incisivo delle posizioni giuridiche degli stessi enti controllati. E con evidenza, se si pone mente all’esigenza che soggiace alla funzione nomofilattica in un ordinamento, in tutti questi casi quella stessa esigenza sussiste, con simili connotati.

4. Le diverse sedi del controllo della Corte dei conti e i riflessi sull’articolazione degli organi “normofilattici”

Il quadro normativo di riferimento vigente in materia è stato peraltro completato con l’approvazione dell’art. 17, comma 31, del d.l. n. 78/2009, convertito con modificazioni dalla legge n. 102/2009, secondo il quale “(a) fine di garantire la coerenza nell’unitaria attività svolta dalla Corte dei conti per le funzioni che ad essa spettano in materia di coordinamento della finanza pubblica, anche in relazione al federalismo fiscale, il Presidente della Corte medesima può disporre che le sezioni riunite adottino pronunce di orientamento generale sulle questioni risolte in maniera difforme dalle sezioni regionali di controllo nonché sui casi che presentano una questione di massima di particolare rilevanza. Tutte le sezioni regionali di controllo si conformano alle pronunce di orientamento generale adottate dalle sezioni riunite”.

Tale disposizione, con previsione di portata generale, sancisce a livello legislativo il riscontro dell’obiettivo sussistenza di un’esigenza generale di nomofilachia, nell’ambito dell’attività del controllo, per tutte le funzioni attinenti alla materia del coordinamento della finanza pubblica, quindi indipendentemente dall’incisività concreta della specifica forma di controllo su posizioni giuridiche di soggetti terzi. Peraltro, la stessa previsione dà risposta – ed anche in ciò dimostra la propria indole generale – alla domanda d’applicazione univoca del

dato normativo potenzialmente generata dalla ripartizione delle funzioni di controllo anche su base territoriale, con la previsione delle sezioni regionali di controllo: ciò può infatti determinare, da parte dei diversi collegi chiamati a pronunciarsi, interpretazioni divergenti delle medesime disposizioni, in tal modo rivitalizzando l'esigenza di uniformità della giurisprudenza pure in tale campo, anche a garanzia del principio di uguaglianza dei soggetti giuridici davanti alla legge (principio che verrebbe inevitabilmente leso ove sulla medesima norma le interpretazioni rese dalle sezioni territoriali divergessero tra di loro).

Da qui, in definitiva, la necessità che sia garantita l'uniforme applicazione della legge nel campo del controllo, almeno ogniquale volta esso si riduca ad "applicazione obiettiva della legge" nel perseguimento d'interessi *super partes*.

5. La funzione consultiva della Corte dei conti

Con riguardo al settore del controllo, da quanto s'è detto emerge anzi un problema – ignoto alle altre magistrature – di complessiva unitarietà dell'azione "nomofilattica", come prima intesa, in considerazione dell'esistenza, innanzi delineata, di "diverse sedi" della nomofilachia.

Ciò si deve, in particolare: *i)* alla natura dell'attività svolta nei diversi controlli, che sostanziano, con peculiarità proprie, forme di applicazione obiettiva della norma astratta, applicazione che comunque pone un'esigenza di nomofilachia del tutto analoga a quella sussistente per la giurisdizione; *ii)* alla differenziazione dei procedimenti, nell'ambito del controllo, non sulla base della materia trattata, ma del *tipo* di controllo (cosicché alla funzione nomofilattica concorrono, a seconda dei casi, le Sezioni riunite in sede di controllo, le Sezioni riunite in speciale composizione, l'Adunanza generale della Sezione centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle amministrazioni dello Stato, la Sezione delle Autonomie, a cui l'art. 1, comma 1, lettera *b*, della deliberazione delle Sezioni riunite n. 2/2003, adottata in forza dell'art. 4, comma 1, della legge n. 20 del 1994, attribuisce peraltro "l'esame a fini di coordinamento di ogni tema e questione che rivesta interesse generale o che riguardi le indagini comparative su aspetti gestionali comuni a più sezioni", cfr. la deliberazione della Sezione delle autonomie n. 3/INPR/2011); *iii)* alla sussistenza di una pluralità di collegi caratterizzati da competenza territoriale e funzionale diversa.

Peraltro, quella stessa esigenza viene altresì avvertita, in una prospettiva più generale, a seguito dell'assegnazione alla Corte anche di una funzione consultiva, nelle materie della contabilità pubblica, nei confronti degli enti territoriale (art. 7, comma 8, della legge n. 131 del 2003). Tale asserzione richiede una chiarificazione ulteriore, che si rinvia al paragrafo successivo.

Ciò posto, se si considera che l'azione di coordinamento della finanza pubblica spesso viene svolta con riferimento al complesso delle amministrazioni pubbliche, diviene evidente come ben sia possibile che una singola sezione, a

seconda del *tipo* di controllo in concreto esercitato, debba attenersi ad un diverso organo preposto alla nomofilachia, con l'eventualità finanche di possibili contrasti "di secondo livello" (v. ad es., al fine di intendere l'intreccio delle diverse funzioni del controllo, il parere n. 181 del 2015 della Sezione per la Regione Marche e la deliberazione n. SCCLEG/6/2015/PREV della Sezione centrale di controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle amministrazioni dello Stato, entrambe relative, pur nell'ambito di tipi di controllo diversi, al conferimento di incarichi a soggetti in quiescenza). Emerge chiaramente in materia la funzione del Presidente della Corte, chiamato a "governare", in maniera del tutto peculiare, la complessiva "azione nomofilattica" dei diversi collegi centrali, nell'esercizio di una potestà sostanzialmente autoorganizzativa dell'Istituto. Si tornerà sul punto in prosieguo.

6. Conclusioni

Quanto alla funzione consultiva delle sezioni del controllo, in linea generale, potrebbe ritenersi che, di per sé, essa, datane la natura, si differenzi radicalmente dalla giurisdizione e, come tale, non ponga analoghe esigenze di tipo nomofilattico. Tuttavia, al fine di una compiuta comprensione del problema, si deve al riguardo tener conto della previsione, contenuta nel c.d. "codice di giustizia contabile", d'un effetto giuridico ulteriore del parere così reso: l'art. 69, comma 2, del d.lgs. n. 174 del 2016 stabilisce infatti che il pubblico ministero contabile debba disporre – in tal senso pare dover esser letto il "*dispone*" contenuto nell'enunciato normativo – "l'archiviazione per assenza di colpa grave quando l'azione amministrativa si è conformata al parere reso dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi". Diviene dunque evidente come l'esistenza di un contrasto in sede consultiva possa determinare quell'incertezza circa la legittimità d'una condotta che si traduce, inevitabilmente, nell'impossibilità d'individuare una colpa grave nel contegno del soggetto che s'uniformi ad uno degli orientamenti espressi dal giudice contabile; con la conseguenza di dover individuare, anche con riferimento a tale funzione, una qualche forma sostanziale di "nomofilachia", per evitare che la permanenza di contrasti non riassorbiti venga ad estendere esponenzialmente l'area delle archiviazioni dell'Ufficio della procura.

Al riguardo, in realtà, lo stesso legislatore si è già fatto carico del problema, risolvendolo: il d.l. n. 174/2012, all'art. 6, comma 4 – senza peraltro emendare, almeno formalmente, l'art. 17, comma 31, del citato d.l. n. 78/2009 o far alcun riferimento ad altre funzioni latamente "nomofilattiche" in seno al controllo – ha infatti previsto che, "(a)l fine di prevenire o risolvere contrasti interpretativi rilevanti per l'attività di controllo o consultiva o per la risoluzione di questioni di massima di particolare rilevanza, la Sezione delle autonomie emana delibera di

orientamento alla quale le Sezioni regionali di controllo si conformano” e che comunque “(r)esta salva l'applicazione dell'articolo 17, comma 31, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, nei casi riconosciuti dal Presidente della Corte dei conti di eccezionale rilevanza ai fini del coordinamento della finanza pubblica ovvero qualora si tratti di applicazione di norme che coinvolgono l'attività delle Sezioni centrali di controllo”.

Pertanto, si noti che ora il novellato art. 7, comma 8, della legge n. 131 del 2003, come modificato dal decreto legge n. 113 del 2016, convertito con modificazioni dalla legge n. 160 del 2016, stabilisce che le richieste di parere in materia di contabilità pubblica possono essere rivolte direttamente alla Sezione delle autonomie della Corte dei conti, per le Regioni, dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e dalla Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome; per i Comuni, le Province e le Città metropolitane, dalle rispettive componenti rappresentative nell'ambito della Conferenza unificata; quindi, in materia consultiva, si dà agli enti anche un accesso diretto all'organo che, laddove sia investito di un contrasto o di una questione di massima ad opera delle Sezioni regionali, è chiamato a svolgere in materia funzione nomofilattica.

7. In definitiva, dalla ricostruzione prima operata emergono tre elementi di rilievo ai fini del presente incontro di studio.

In primo luogo, l'esigenza della nomofilachia – ovvero dell'uniforme interpretazione e della corretta applicazione delle norme di contabilità pubblica e nelle altre materie sottoposte alla giurisdizione contabile – connota ormai anche rilevanti funzioni del controllo, che sempre più s'intersecano, mutuano le forme e costituiscono presupposto dell'esercizio della giurisdizione in materia di contabilità pubblica.

In secondo luogo, attesa la strutturazione delle funzioni di controllo *per tipo*, la stessa funzione nomofilattica ne risente, in particolare nella mutazione d'una pluralità di organi investiti di tale funzione: a seconda dei casi, della funzione nomofilattica sono infatti investite le Sezioni riunite in sede di controllo (chiamate ora ad adottare pronunce di orientamento generale sulle questioni di *eccezionale rilevanza* ai fini del coordinamento della finanza pubblica ovvero di *rilievo* per l'attività delle Sezioni centrali di controllo, ex art. 17, comma 31, del d.l. n. 78/2009, convertito con modificazioni dalla legge n. 102/2009), l'Adunanza generale della Sezione centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle amministrazioni dello Stato (competente ove si renda necessaria la risoluzione di *questioni di massima di particolare importanza* relative al controllo preventivo di legittimità) e la Sezione delle Autonomie, la cui azione si esplica “(a)l fine di *prevenire o risolvere contrasti interpretativi rilevanti per l'attività di controllo o consultiva* o per la *risoluzione di questioni di massima di particolare rilevanza*” (v. l'art. 6, comma 4, del d.l. n. 174/2012). È rimessa al Presidente, in

tale contesto, la valutazione del plesso del controllo effettivamente interessato dall'azione nomofilattica, nell'esercizio delle complessive funzioni di governo dell'Istituto: in particolare, un criterio guida tendenziale, direttamente derivante dall'assetto del quadro normativo vigente, può esser ravvisato proprio nell'effetto esplicato dalla norma da interpretare sulle diverse tipologie di controllo, di modo che, laddove l'applicazione della norma rilevi nel solo controllo preventivo di legittimità, la corretta interpretazione della stessa venga ad essere assicurata dall'Adunanza generale della Sezione centrale del controllo di legittimità; laddove i) essa riguardi sostanzialmente il solo settore delle autonomie, oppure ii) sorgano contrasti interpretativi fra le sezioni regionali, ovvero ancora iii) debbano essere risolte questioni di massima di particolare rilevanza, la disposizione venga ad essere interpretata dalla Sezione delle autonomie ed infine, laddove invece essa intersechi più tipi di controllo, ovvero, eccedendo la particolare rilevanza, venga ad attenersi a questioni di eccezionale rilevanza ai fini del coordinamento della finanza pubblica, ricada nell'ermeneusi delle Sezioni riunite in sede di controllo (si pensi alla recente decisione n. 12/SSRRCO/QMIG/16 delle Sezioni riunite in sede di controllo, le quali – nel rilevare che la disposizione di cui al comma 510 dell'art. 1 della legge n. 208/2015, riguardante la trasmissione alla Corte dei conti delle autorizzazioni rilasciate dagli organi di vertice amministrativo di deroga all'obbligo di ricorrere alle convenzioni, di cui all'art. 26 della legge n. 488/1999, stipulate da Consip S.p.A ovvero dalle centrali di committenza regionali, configura una ipotesi di controllo sulla gestione e/o di regolarità finanziario-contabile – hanno chiarito che “gli atti di autorizzazione devono essere inviati alle Sezioni regionali di controllo, laddove trattasi di amministrazioni periferiche dello Stato e enti aventi sede nelle regioni, alla Sezione centrale di controllo sulla gestione per quanto riguarda le amministrazioni centrali dello Stato e alla Sezione di controllo sugli enti con riferimento agli enti sottoposti al controllo della Corte dei conti ai sensi della legge 21 marzo 1958 n. 259”). Non sfugga che, a fianco del criterio, più suscettibile d'obiettivizzazione, relativo alla *tipologia* del controllo interessato, emerge un criterio discrezionale d'indole apparentemente quantitativa, e come tale latamente discrezionale, connesso, nella materia del coordinamento della finanza pubblica, alla *particolare* ovvero *eccezionale* rilevanza della questione; criterio questo che sottende, da parte del Presidente, una prudente valutazione attinente al complessivo autogoverno del complesso dei controlli intestati alla Corte dei conti nelle “materie di contabilità pubblica di cui all'art. 103, comma 2, della Costituzione”, in chiave di anche di vera e propria *autoorganizzazione* dell'istituto.

In terzo luogo, emerge al riguardo, nel complesso, un duplice peculiare meccanismo d'accesso alla nomofilachia nell'ambito del controllo: tramite *decisione presidenziale*, secondo l'*id quod plerumque accidit* anche presso altre giurisdizioni (cfr. ad es. gli artt. 360 e 374 c.p.c.), come sopra visto, e – in tal senso con una specificità ulteriore – tramite *ricorso diretto della parte*, dal

momento che l'accesso alle Sezioni riunite in speciale composizione mutua, come s'è detto, le forme dei giudizi ad istanza di parte. In tal caso la prerogativa presidenziale viene infatti ad essere direttamente conformata – e su ciò sarebbe opportuno meditare – dal tenore testuale della disposizione, che individua *omisso medio* il giudice competente a pronunciarsi sul ricorso ad istanza di parte nelle Sezioni riunite in speciale composizione, ovvero in un organo che, quale articolazione interna della medesima Corte in sede d'appello, è istituzionalmente chiamato ad assicurare l'uniforme interpretazione e la corretta applicazione delle norme di contabilità pubblica e nelle altre materie sottoposte alla giurisdizione contabile.

Infatti, mentre nel caso di contrasto o di questione di massima la questione è deferita al Presidente, che può esplicitare al riguardo la Sua prudente valutazione nell'individuazione dell'effettiva “sede” della nomofilachia, un analogo potere parrebbe non poter essere esercitato laddove una parte acceda direttamente ad un giudizio ad istanza di parte in materia di finanza pubblica innanzi a quell'organo, con un problema di complessivo di governo dell'istituto – apparentemente non risolvibile dall'organo presidenziale – laddove lo specifico giudizio intersechi prerogative di diverse tipologie di controllo. Su tali aspetti, nell'attesa che la prassi offra spunti ricostruttivi, è ad oggi necessaria una riflessione.

PLURALITÀ DELLE GIURISDIZIONI ED UNITARIETÀ DEL DIRITTO VIVENTE: UNA PROPOSTA

*RENATO RORDORF**

1. Due punti fermi: a) l'ampliamento accresciuto del ruolo della giurisdizione; b) il rapporto tra il giudice e la legge

Le brevi considerazioni che mi accingo a svolgere muovono da due punti fermi, che mi pare possano dirsi ormai già acquisiti al dibattito.

Il primo di essi è la crescente centralità del ruolo della giurisdizione nella società italiana (ma anche in molte altre società occidentali). Vi concorre indubbiamente il notevole aumento della domanda di giustizia, che è espressione al tempo stesso di un'accresciuta microconflittualità individuale e collettiva e di una più diffusa consapevolezza dei propri diritti, onde non è forse esagerato parlare oggi di un bisogno di "giustizia di massa" come si usa parlare di "istruzione di massa", di "trasporti di massa", "sanità di massa" e così via. Ma non si tratta solo un fenomeno quantitativo. Anche sotto l'aspetto qualitativo la domanda di giustizia è mutata nel tempo investendo aspetti di grande rilevanza etica, sociale ed economica che raramente in passato venivano sottoposti al vaglio del giudice. Gli esempi abbondano ed è persino superfluo farli.

Se ciò ha comportato – peraltro non soltanto in Italia – un ampliamento del ruolo della giurisdizione, ne è inevitabilmente derivato anche un corrispondente incremento della responsabilità sociale che grava su chi la giurisdizione deve esercitare e non può sottrarsi al compito di dare risposta alla domanda di giustizia fattasi più ampia e più complessa. Ma occorre che la risposta sia adeguata: non solo in termini di tempestività (qui non è il caso di affrontare il delicato tema dei tempi della giustizia, che richiederebbe un discorso a sé) ma pure in termini di effettiva corrispondenza ai bisogni sociali che la domanda esprime. E sono bisogni che, proprio in quanto generati da una realtà politico-sociale in sempre più rapido cambiamento e perciò estremamente mobile, quale è quella contemporanea, si caratterizzano anch'essi per un forte grado di mobilità.

* Presidente aggiunto della Corte Suprema di cassazione

Il secondo punto fermo cui prima alludevo investe il rapporto tra il legislatore (primario o secondario, nazionale o sovranazionale), il quale pone la norma giuridica in forza di una legittimazione che glie lo consente, ed il giudice, che quella norma è chiamato ad interpretare e che deve applicarla per dare risposta alle domande di giustizia a lui rivolte.

Nell'epoca in cui viviamo sono rimasti davvero in pochi a credere che il rapporto tra il giudice e la legge possa declinarsi in termini di applicazione meccanica, secondo il noto paradigma sillogistico che imporrebbe semplicemente di verificare di volta in volta la corrispondenza tra la fattispecie concreta sottoposta al vaglio del giudice e la fattispecie astratta prefigurata dalla norma dettata dal legislatore. E' assai dubbio che quel paradigma abbia mai davvero colto la realtà dell'atto giurisdizionale, ma è certo che oggi esso appare del tutto superato: non foss'altro che per l'enorme proliferazione delle norme, provenienti da fonti diverse e non sempre tra loro ben coordinate, con la conseguente drammatica perdita di coerenza sistematica dell'ordinamento nel suo complesso. Le ambiguità e le lacune del quadro normativo inducono sempre più spesso l'interprete a ricercare la soluzione del caso facendo diretta applicazione di principi generali di rango costituzionale (superfluo sottolineare il crescente numero di interpretazioni che si definiscono "costituzionalmente orientate"), ed il complesso rapporto tra normativa nazionale e sovranazionale gli impone assai spesso di modificare la più immediata lettura di alcune norme interne per renderla compatibile con quelle di fonte europea (l'interpretazione "comunitariamente" orientata). D'altronde, anche la già richiamata velocità dei mutamenti sociali, che assai sovente pone il giudice di fronte a problemi nuovi ben prima che il legislatore abbia potuto o voluto intervenire per darvi soluzione, accentua inevitabilmente una certa qual valenza creativa della giurisprudenza: quanto meno nel senso di far discendere la risposta di giustizia nel caso concreto non dall'applicazione di una norma ben individuata, che il giudice debba interpretare, bensì dall'utilizzo di criteri (che solo con grande sforzo sono talora ricondotti alla nozione di interpretazione estensiva o di applicazione analogica) ricavabili da principi (o ancor più genericamente da valori) ritenuti immanenti nel sistema giuridico.

2. Il diritto vivente e la nomofilachia

E' evidente che tutto ciò rende sempre maggiore lo spazio che si apre dinanzi all'interprete e spiega la conseguente sempre maggiore rilevanza che, da alcuni decenni a questa parte, è andato assumendo il cosiddetto diritto vivente: che non è diritto prodotto dal giudice *ex nihilo*, né mero esercizio libero di equità, bensì progressiva costruzione di possibili e plausibili linee interpretative all'interno di un quadro di diritto positivo, che però – come già sottolineato – offre spazio a molteplici opzioni interpretative. Spazio tanto più ampio – basti pensare alle

clausole generali ed alle cosiddette norme elastiche – quanto maggiore è il ricorso operato dal medesimo legislatore a concetti il cui concreto significato dipende, di volta in volta, da valutazioni extragiuridiche; e tanto più variamente modulabile quanto meno la normativa si traduce in una precettistica ben definita per affidarsi invece all'enunciazione di valori che spetta poi al giudice tradurre in concreta regola dell'agire.

Naturalmente su questa tendenza dell'ordinamento si possono esprimere valutazioni assai diverse. C'è chi l'apprezza, riconoscendovi una caratteristica del diritto "pos-moderno" (Paolo Grossi), che segnerebbe il superamento del mito di un legislatore onnipotente, capace di stabilire dall'alto le regole dell'agire sociale, in favore di una concezione dell'ordinamento giuridico fondata sui valori sociali che il giudice deve saper cogliere. Si scorge in questa tendenza una salutare spinta alla decostruzione di categorie giuridiche considerate ormai alla stregua di gabbie concettuali, in cui la realtà stenterebbe a trovar posto, in luogo delle quali dovrebbero potersi fare strada categorie nuove, rinvenute dal basso per opera della comunità interpretante (Nicolò Lipari). Ma c'è anche chi, viceversa, paventa il rischio di uno scivolamento verso gli approdi malsicuri di un diritto giurisprudenziale ancorato a presupposti valoriali soggettivi, e perciò "incalcolabile" (Natalino Irti), col rischio di compromettere il fondamentale valore dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge (Luigi Ferrajoli). E taluno si è spinto sino a parlare di una vera e propria "eclissi del diritto" (Carlo Castronovo).

Non è il caso di prendere qui posizione su questa disputa, che coinvolge anche profili filosofici e di teoria generale del diritto. Quel che importa mettere in risalto è che ci muoviamo oggi in uno scenario nel quale lo spazio interpretativo si è fortemente ampliato e che ciò inevitabilmente determina quell'accresciuto ruolo del giudice di cui già prima facevo cenno. Ma soprattutto importa sottolineare come, in questo quadro, anche la nomofilachia sia destinata ad assumere una curvatura particolare e forse almeno in parte diversa dal passato.

Si è soliti, per definire la nomofilachia, prendere a riferimento le attribuzioni che l'art. 65 dell'ordinamento giudiziario affida alla Corte di cassazione: il compito di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge al fine di assicurare l'unità del diritto oggettivo nazionale. E' però occorre chiedersi come una siffatta definizione si coniughi con il già rilevato ampliamento dei confini entro cui oggi si sviluppa l'interpretazione giuridica, giacché è innegabile che un tale ampliamento rende assai più problematica la garanzia di uniformità e soprattutto di esattezza del risultato interpretativo cui la nomofilachia, nella surriferita accezione, sembrerebbe alludere. Il richiamo all'esattezza dell'interpretazione evoca alla mente il risultato di un'operazione aritmetica, della quale appunto si possa predicare l'esattezza o l'inesattezza. Ma, nel quadro normativo che si è appena descritto, una siffatta alternativa appare impropria. Non tanto di esattezza sembra si possa parlare, almeno nella più parte dei casi, quanto semmai di plausibilità di una data interpretazione: ossia del suo essere

ricompresa nell'ambito di quelle possibilità di lettura che il testo della disposizione interpretata non rende sicuramente impraticabili. Che poi l'interpretazione giuridica possa essere "*uniforme*", ed esserlo al punto da "*assicurare l'unità del diritto oggettivo nazionale*", può concepirsi solo come un obiettivo tendenziale, specie in un ordinamento come il nostro che, almeno in via di massima, tuttora non riconosce al precedente un valore formalmente vincolante.

Convien dunque senz'altro abbandonare un'idea di nomofilachia statica, essenzialmente conservativa di un assetto giurisprudenziale acquisito e non modificabile fin quando non intervengano interventi riformatori di fonte legislativa, per sperimentare piuttosto una forma di nomofilachia che già in molte altre occasioni mi è capitato di definire dinamica. Il che, lungi dall'implicare un tramonto della funzione nomofilattica, credo ne comporti una valorizzazione.

La ragione è presto detta. L'ampliamento della sfera d'intervento della giurisdizione e la maggiore mobilità che la caratterizza rischiano infatti di introdurre nell'ordinamento giuridico un tasso di disordine assolutamente insostenibile se non ci si sforza d'individuare, col maggior grado possibile di coerenza sistematica, orientamenti giurisprudenziali ben definiti: destinati certo a mutare con il variare del quadro sociale, economico e giuridico in cui si calano, ma pur sempre secondo criteri di logicità e ragionevolezza. La certezza del diritto e la conseguente (pur sempre relativa) prevedibilità delle decisioni giudiziarie restano un valore imprescindibile da perseguire. Verrebbe altrimenti messo seriamente in pericolo il fondamentale principio di uguaglianza di fronte alla legge di tutti coloro che della medesima legge sono destinatari. Ma l'esigenza che in quei valori di certezza e prevedibilità si esprime, non potendo più essere soddisfatta col mero richiamo alla fedeltà ad un dato normativo statico e ben chiarito una volta per tutte, si manifesta principalmente nella capacità d'individuare le linee di sviluppo di un diritto vivente che sia dotato di una sua intrinseca plausibilità e di criteri ispiratori ai quali è ragionevole attendersi che il giudice si atterrà nella sua decisione, guardandosi il più possibile dal cadere in deleterie forme di soggettivismo interpretativo.

In breve: una nomofilachia capace di individuare linee di sviluppo, principi e criteri direttivi dell'*ars interpretandi*, prima ancora che di esercitarsi nell'esegesi minuta di testi legislativi sempre più fragili e mal coordinati. Ma, perciò stesso, una nomofilachia più complessa, che richiede un più alto grado di consapevolezza del proprio compito ed una maggiore capacità di confrontarsi anche con saperi complementari alla scienza giuridica, e di esprimere una forza di persuasione fondata sull'autorevolezza e non sull'autorità.

3. Nomofilachia e pluralità delle giurisdizioni

Non è affatto sicuro che l'attuale assetto della giurisdizione sia idoneo a realizzare un così ambizioso (eppur indispensabile) obiettivo.

Le difficoltà nelle quali si dibatte la giustizia italiana, beninteso, hanno cause molteplici e verosimilmente solo affrontandole in modo complessivo e sistematico si può davvero sperare di ottenere in tempi ragionevoli dei risultati significativi. Ma qui vorrei soffermarmi su un tema specifico: quello del rapporto tra le diverse giurisdizioni, ed ad esso soltanto conviene quindi attenersi.

Se la nomofilachia deve saper svolgere una funzione coerenziatrice, idonea ad individuare orientamenti chiari e persuasivi (ancorché dinamici) della giurisprudenza, appare evidente che, per un verso, al suo formarsi deve concorrere un adeguato dibattito sviluppatosi nella giurisprudenza di merito, che per prima affronta determinati problemi, e possibilmente nell'intera comunità dei giuristi. Ma è altrettanto evidente che, per altro verso, essa deve riuscire a ricondurre gli esiti di quel dibattito ad una sintesi unitaria e ben percepibile. E' naturale allora chiedersi se sia compatibile con questa esigenza un assetto ordinamentale come l'attuale, nel quale convivono plessi giurisdizionali distinti. Plessi che operano in ambiti teoricamente diversi ma con ampi margini di sovrapposizione, non sempre agevolmente distinguibili l'uno dall'altro, con il solo coordinamento affidato alle Sezioni unite della Corte di cassazione alle quali ci si può rivolgere per disciplinare di volta in volta il riparto di giurisdizione. Autorevoli voci di dottrina (penso, tra gli altri, a Bile ed a Proto Pisani) hanno da tempo sollevato dubbi sulla razionalità del perdurare di un simile sistema ed hanno senz'altro argomentato in favore del ritorno all'unità della giurisdizione, pur con l'ovvio temperamento di un'adeguata specializzazione interna al corpo giudiziario nel suo complesso. Una simile soluzione presenterebbe indubbi vantaggi di razionalizzazione e semplificazione del sistema giuridico. Non ci può però nascondere che essa si presenta oggi davvero assai poco praticabile, non foss'altro che per la fortissima opposizione che incontrerebbe nella magistratura amministrativa ed in larghi settori dell'avvocatura, oltre che per le obiettive difficoltà di realizzare un così radicale cambiamento in un contesto che già vede la magistratura ordinaria operare in conduzioni di forte affanno. Ragioni di ordine storico e di realismo politico sconsigliano perciò di prospettare una modifica costituzionale che puramente e semplicemente elimini le giurisdizioni speciali tuttora ammesse dalla nostra Carta.

Per rispondere al bisogno di maggiore coerenza giurisprudenziale di cui prima si diceva occorre allora muoversi in una prospettiva che, pur nell'attuale diversità dei plessi giurisdizionali previsti dalla Costituzione, eviti (o almeno limiti) il rischio che tale diversità si traduca in una frammentazione della funzione nomofilattica, incompatibile con l'essenza stessa di tale funzione.

Oggi di nomofilachia si può parlare – ed infatti sempre più sovente si parla – non solo avendo riguardo alla tradizionale posizione che l'ordinamento in proposito attribuisce alla Corte di cassazione ma anche riferendosi agli organi di vertice delle giurisdizioni speciali. Basterà al riguardo menzionare il dettato dell'art. 99 del codice del processo amministrativo che, nell'indicare i casi in cui i

ricorsi proposti al Consiglio di Stato debbono essere rimessi all'adunanza plenaria, palesemente implica la speciale valenza nomofilattica delle decisioni di questo più autorevole collegio giudicante. Ma una ripartizione della funzione nomofilattica è logicamente accettabile solo in quanto sia possibile distinguere con chiarezza e precisione i differenti ambiti nei quali il suo esercizio è destinato separatamente a svilupparsi. Si può accettare l'idea che l'estrema complessità delle moderne organizzazioni sociali comporti anche un grado di assai maggiore complessità dell'ordinamento giuridico. Di conseguenza, almeno entro certi limiti, è ammissibile che l'unitarietà del medesimo ordinamento si coniughi con una varietà settoriale e, quindi, anche con l'elaborazione di principi giuridici differenti in relazione ai differenti settori in cui essi operano. Ma vi sono pur sempre principi comuni in ordine ai quali una diversità di interpretazione e l'instaurarsi di prassi applicative discordi in ciascun settore dell'ordinamento non paiono davvero accettabili. Tanto meno una tale diversità è accettabile, poi, quando giudici appartenenti ai differenti plessi giurisdizionali si pronunciano su questioni ricadenti nella medesima area tematica. Il che oggi rischia di accadere assai sovente, perché s'è già notato come non soltanto le diverse aree di competenza giurisdizionale risultino spesso mal distinguibili l'una dall'altra ma anche come vi siano ampie zone di sovrapposizione, di molto accresciute per effetto della tendenza del legislatore ad estendere smisuratamente l'elenco delle questioni riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Proprio su quest'ultimo rilievo mi pare meriti maggiormente soffermarsi. Se è vero, infatti, che il riparto della giurisdizione è divenuto da ultimo assai più problematico che in passato, si tratta comunque di un compito che, in quanto affidato in via esclusiva alle sezioni unite della Corte di cassazione, trova comunque nell'attività di questo organo un suo momento di coerente ed unitaria esplicazione. E' assolutamente opportuno che le sezioni unite della Suprema corte esercitino il riparto di giurisdizione avendo ben presenti le specifiche caratteristiche delle giurisdizioni speciali e che, essendo queste evidentemente meno familiari a giudici formati professionalmente nell'esercizio della sola giurisdizione ordinaria, lo facciano favorendo ogni forma possibile di dialogo con i magistrati operanti nelle giurisdizioni speciali. Ma dal punto di vista sistematico non è qui che si annida il rischio di compromettere la funzione nomofilattica, appunto perché in tema di riparto di giurisdizione l'ultima parola resta comunque affidata ad un solo giudice.

Altrimenti stanno le cose quando dal riparto di giurisdizione si passa a considerare l'esigenza di nomofilachia con riguardo all'esercizio della giurisdizione che si esplica in ambiti diversi ma su questioni o principi giuridici identici o analoghi. S'è già accennato all'abnorme ampliamento dei confini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, il quale in molti settori dell'ordinamento può ben dirsi ormai un giudice dei diritti al pari del giudice ordinario (ma la osservazione potrebbe farsi anche per la Corte dei conti, quanto

meno nel settore delle azioni di responsabilità esercitate dalle procure contabili). Gli esempi potrebbero essere tantissimi: basti pensare all'estesa tematica del risarcimento del danno da illecito civile, sulla quale oggi è frequentissimo che anche il giudice amministrativo debba esercitarsi, oppure al settore del diritto dell'economia, nel quale i temi della responsabilità degli organi sociali s'intrecciano non di rado indissolubilmente con profili attinenti all'attività di autorità amministrative indipendenti o di altre autorità pubbliche di vigilanza che chiamano in causa la competenza del giudice amministrativo, al pari di quel che accade nel settore del diritto della concorrenza; e lo stesso è a dirsi, quanto alla competenza giurisdizionale del giudice contabile, a proposito della responsabilità degli amministratori e degli organi di vigilanza delle c.d. società pubbliche (ed in particolare delle società "*in house*") che coinvolge anche tematiche tipiche del diritto societario comune.

La presenza, in questi ambiti, di sistemi giurisdizionali distinti e paralleli, destinati a non incontrarsi neppure in un unico organo di vertice deputato alla funzione nomofilattica, crea evidentemente il rischio di una pluralità di diritti viventi non coordinati o addirittura non compatibili l'uno con l'altro. Ciò nega la funzione stessa della nomofilachia: se le si vuole affidare il compito di ordinato e coerente sviluppo dinamico delle linee evolutive dell'interpretazione giuridica, nei termini che ho prima ricordato, è indispensabile che essa si formi attraverso il dialogo di molte voci ma che queste possano poi trovare un adeguato momento di sintesi.

4. Alla ricerca di un unico diritto vivente

Quale rimedio, allora?

Mi pare si possano dare due risposte: l'una minimale e di più agevole attuazione, l'altra più ambiziosa ma certo anche più difficile da realizzare.

La prima consiste nell'apertura di canali di dialogo il più possibile frequenti tra le diverse giurisdizioni – a livello dei rispettivi organi di vertice ma anche nell'operare dei rispettivi organismi di studio – per tentare di realizzare di volta in volta, per così dire sul campo, quel coordinamento giurisprudenziale che l'attuale assetto normativo non riesce di per sé a garantire. In questo senso già molto si è fatto ed ancor più si sta facendo, sia attraverso incontri informali sia, in particolare, attraverso richieste di collaborazione tra l'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione e l'Ufficio studi del Consiglio di Stato in occasione della decisione su questioni di maggior rilievo nomofilattico, al fine di pervenire se possibile a soluzioni uniformi.

La seconda risposta implica invece un intervento normativo che consenta di unificare in capo alla medesima Corte di cassazione a sezioni unite – nella sua veste istituzionale di organo di vertice della giurisdizione ordinaria, ma in una composizione appositamente integrata da alcuni componenti di provenienza dalle

giurisdizioni speciali – la funzione nomofilattica ultima: almeno sulle questioni di maggiore rilievo sistematico e di principio, quando entri in gioco la tutela dei diritti soggettivi e quando si configuri in proposito la necessità di un coordinamento con l'esercizio della giurisdizione esclusiva ad opera del giudice amministrativo o comunque con l'esercizio di attività giurisdizionali rimesse ad un giudice speciale. L'attribuzione di un tal compito nomofilattico in materia di diritti alle sezioni unite della Corte di cassazione, anche quando sui diritti sia stato chiamato a pronunciarsi un giudice speciale, servirebbe a ripristinare, in via di principio, lo spirito cui si era ispirato il costituente nell'attribuire a detta corte i compiti di vertice di una giurisdizione ordinaria concepita, appunto, come la regola per la tutela dei diritti, rispetto alla quale le figure di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo avrebbero dovuto avere, al contrario di ciò che da ultimo accade, un carattere assolutamente eccezionale e limitato. Per altro verso questa soluzione varrebbe, mediante l'inserimento nel collegio giudicante di magistrati provenienti da altre giurisdizioni e perciò dotati dell'esperienza e competenza ivi maturata, a meglio assicurare la corrispondenza dei principi affermati dalla Suprema corte alle esigenze ed alle caratteristiche specifiche anche di quelle diverse giurisdizioni.

Se un simile risultato sia conseguibile mediante interventi normativi ordinari, o se viceversa occorra ipotizzare un ritocco costituzionale, è cosa che meriterebbe una riflessione maggiormente approfondita. Ma credo varrebbe la pena di provare a farla. Di certo occorre anche uno sforzo di persuasione per superare steccati e diffidenze reciproche che – inutile negarlo – hanno reso talvolta in passato alquanto problematico il dialogo tra magistrati appartenenti a plessi giurisdizionali diversi, gelosi delle rispettive competenze e prerogative. Bisogna fare il possibile, in un'ottica che sappia soprattutto valorizzare l'essenziale funzione di servizio che la giurisdizione tutta deve saper rendere alla comunità, per eliminare ogni motivo di reciproca diffidenza. Ed a tale scopo credo che la partecipazione comune ad una funzione giurisdizionale nomofilattica di vertice possa molto giovare, con la consapevolezza che una siffatta partecipazione sarebbe tanto più agevole ed auspicabile se riguardasse sempre e solo magistrati che già tutti provengono da un ceppo di comune cultura professionale, formatasi nell'esercizio della giurisdizione, prevenendo le obiezioni che altrimenti si porrebbero ove nelle Sezioni unite della Suprema corte fossero inseriti anche componenti di nomina governativa.

I PROCESSI DI ADEGUAMENTO GIURISPRUDENZIALE ALLA COMPLESSITÀ ASSUNTA DAL SISTEMA DELLE FONTI; LA FUNZIONE NOMOFILATTICA DELLA GIURISDIZIONE COME MOMENTO DI SINTESI ORDINATRICE

LUIGI ROVELLI*

1. Il dialogo tra le corti

A) La nomofilachia costituisce uno strumento importante per perseguire quel “bene” che va sotto il nome di “certezza del diritto”. In verità questa è più effetto del modo di essere di un ordinamento che della qualità dei suoi interpreti. Ma la crescente “complessità” degli ordinamenti facenti capo ad uno Stato-nazione moderno, comporta inevitabilmente un certo grado di trasferimento sui soggetti cui è attribuito il compito di risolvere conflitti, di un ruolo molto rilevante nel passare dai testi normativi, all’individuazione della “regula iuris” destinata ad applicarsi in ciascun caso concreto. Come affermava Giovanni Tarello, “che da enunciati linguistici che costituiscono l’apparato normativo siano derivabili comandi univoci, può essere vero per comunità molto piccole, come quella del Monte Athos o una tribù del Matogrosso”, non certo per un moderno Stato.

Tanto più rileva, pertanto, il ruolo di quegli organi dello Stato cui è principalmente affidato il compito di costituire un momento “monistico”, di sintesi, rispetto al pluralismo di indirizzi interpretativi che, rispetto ai testi legislativi, si è formato sia presso la comunità degli studiosi, che nelle prassi amministrative o giudiziarie.

La Weberiana “calcolabilità” del diritto – a fronte di incertezze (ad esempio sull’andamento futuro della domanda o dei costi dei fattori di produzione) che connotano “naturalisticamente” il rischio d’impresa – è un fattore costitutivo per il funzionamento dell’impresa capitalistica.

E dunque gli investimenti tendono a dirigersi – *ceteris paribus* – piuttosto là dove è percepita una maggiore prevedibilità dei modi con cui saranno regolati i rapporti dell’imprenditore con altri soggetti (eventuali soci, prestatori di lavoro, Istituti di Credito, fornitori, acquirenti, apparato burocratico dello Stato e così via). Un recente Studio della Banca d’Italia non manca di rilevare come la maggiore

* Presidente aggiunto della Corte Suprema di cassazione

criticità del sistema giudiziario italiano, quello della eccessiva durata dei procedimenti dipenda, pressoché esclusivamente, dalla maggiore “domanda” rispetto a quella degli altri Paesi europei. E ivi si aggiunge che il principale fattore di più elevata “domanda” è costituito “dalla qualità della legislazione sostanziale e processuale” e dalla (minore) “uniformità degli orientamenti giurisprudenziali”, e che “le informazioni disponibili segnalano per l'Italia problemi legati ad una produzione eccessiva di leggi, a mutamenti troppo frequenti delle regole e alla disorganicità e disomogeneità degli interventi”; per concludere che “una eccessiva quantità e/o cattiva qualità della leggi *prodotte* e una troppo elevata variabilità nella interpretazione delle stesse leggi, in quanto fattori che generano incertezze, accrescono la probabilità dei ricorsi” e , correlativamente riducono la capacità delle parti di risolvere amichevolmente i conflitti.

Ma, se possibile, ancora più rilevante è la tendenziale ricerca di “certezza”, in quanto dato indispensabile per inverare il principio fondamentale della Costituzione, costituito dalla eguaglianza di tutti di fronte alla legge.

Ed è la certezza del diritto, criterio regolatore, *ex-ante*, della condotta degli uomini, come emerge, con la dovuta carica di eticità, dalle parole del noto saggio (ormai divenuto un classico) di Flavio Lopez De Onate, per cui “obbedire alla legge .., vuol dire obbedire alla ragione profonda che ciascuno porta in sé, come legge della sua vita e del suo interno essere”.

Non vi è dubbio pertanto che, come è stato ben rilevato (Paino) “la questione della nomofilachia è strutturalmente legata a quella delle “fonti”, ed al moltiplicarsi e complicarsi di esse. Per un verso, ai mutamenti che riguardano il sistema delle fonti, si accompagna un cambiamento del lavoro di chi esercita funzioni di nomofilachia; per l'altro, quanto più si assiste al moltiplicarsi delle fonti, tanto più la funzione di nomofilachia, in quanto volta all'unificazione della giurisprudenza ed all'indicazione dell'esatta interpretazione delle norme di diritto, acquista una rilevanza sempre più decisiva”.

B) Pur privata sia dell'illusione illuministica di una legge che, se non volontariamente elusa, tende ad “autoapplicarsi” – bene espressa dalla effimera collocazione presso lo stesso titolare del potere legislativo dell'originario organo (il *Tribunal de Cassation*) cui affidare il compito di nomofilachia sia dell'espressione della cultura giuridica di più lunga tenuta storica – la teoria formalistica dell'interpretazione -la nomofilachia appare ancora oggi un valore vitale per la giurisdizione, e, prima ancora la migliore garanzia *esistente* di ricomposizione razionale possibile dell'ordinamento stesso.

La giurisdizione non può, pena negare se stessa, non tendere ad una interna decifrabilità che la faccia essere, in qualche modo, “sistema”.

Se il compito di “assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione” dell'ordinamento appariva attribuito, in via esclusiva, alla Corte di Cassazione dall'art. 65 dell'Ordinamento giudiziario ancora vigente (e, anche oggi, tale compito appartiene, nella maggiore estensione, alla Corte regolatrice) non v'è

dubbio che, in concreto, tale compito risulta attribuito a Consiglio di Stato e Corte dei Conti, nel rispettivo ordine di competenze: in quanto giudici di ultima istanza nelle materie loro riservate, per non essere consentito il ricorso in Cassazione per violazione di legge; Cassazione la quale, rispetto ai vertici funzionali dei plessi giurisdizionali amministrativi, resta giudice solo limitatamente al rispetto dei "limiti esterni" (ex art.111 ultimo comma della Costituzione).

Per la Corte di Cassazione, cui è certamente riservato lo spazio più ampio per il giudizio di legittimità, le maggiori difficoltà di carattere pratico per il più fruttuoso svolgimento del ruolo nomofilattico sono derivate dall'abnorme quantità di "casi" che essa è chiamata a risolvere; quantità del tutto incompatibile con quella che è propria di una Corte Suprema (e, in effetti, incomparabile con quella delle altre Corti dell'Europa continentale, per riferirsi ai sistemi più simili ai nostri). Anche per questo, molti discorsi che pure venivano fatti sull'importanza della funzione di nomofilachia, ma del tutto indifferenti a tale dato empirico, sono apparsi somiglianti a *liebenschmerzen und Klagen*: dolori e lamenti in cui non si capisce se ci si duole del progressivo deteriorarsi del principio, ovvero ci si lamenti del suo non sufficiente scadimento, onde bandirlo definitivamente dal quadro istituzionale.

Crediamo invece che, oggi più che mai, c'è bisogno che la funzione di una Corte Suprema sia pienamente e correttamente svolta. La nomofilachia non solo risponde a quell'esigenza che si riassume nella formula della "certezza del diritto", della sua prevedibilità, andando alla ricerca delle "coerenze normative"; ma anche a quella di produrre le innovazioni mature e dare loro solido fondamento e stabilità. La nomofilachia soltanto arricchisce il significato dei cambiamenti dando ad essi un valore di svolta e quindi una portata culturale che finirebbe per disperdersi se essi si producessero in una situazione di disordinata armonia.

Ma da almeno un decennio il legislatore ha dato vita a riforme centrate sulla valorizzazione del "precedente". Non è arbitrario rilevare che alcune di esse disegnano, sul piano normativo, il passaggio da "precedente" (soltanto) "persuasivo" (nel senso che la sua capacità precedenziale è esclusivamente legata alla intrinseca forza persuasiva delle argomentazioni che la sorreggono) alla regola del "precedente vincolante" (o più esattamente "relativamente vincolante" nel senso che si andrà precisando).

Ci si riferisce alla innovazione che ha portato, con la modifica all'art. 374 c.p.c., al potenziamento del ruolo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (seguita poi da analoga disposizione normativa riguardante il ruolo della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e quello delle Sezioni riunite della Corte dei Conti) con vincolo della Sezione semplice ad adeguarsi al principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite o, in caso di dissenso, di rimettere a quest'ultima, con ordinanza motivata, la nuova cognizione della questione.

A tale stregua, il principio di diritto affermato dalla Suprema Corte non vincola, se non per la propria intrinseca persuasività, il giudice di merito; ma inibisce una pronunzia dissenziente alle Sezioni semplici della Corte, alla quale, in caso di non condivisione, non resta che astenersi dal deliberare e rimettere la questione alle Sezioni Unite, manifestando le ragioni del dissenso. È soltanto apparente il “paradosso” per cui il precedente costituisce vincolo solo per il giudice “superiore”, mentre non è tale per il ‘giudice di merito: questi ben potrà dissentire (in pieno ossequio all’art. 101 della Costituzione) e costituire laboratorio per decisioni alternative, potenzialmente capaci di produrre “revirement” presso le S.U.

Ma proprio l’unicità del vertice funzionale della giurisdizione (la Corte di Cassazione per il giudice ordinario) conterrebbe in *re ipsa*, la negazione della funzione nomofilattica se altra articolazione dello stesso organismo contraddicesse il *dictum* delle S.U. Ma la soluzione non deroga all’ art.101 Cost.; non taglia affatto fuori dall’evoluzione giurisprudenziale la stessa sezione semplice che esprimerà tutto il suo dissenso attraverso la re-investitura delle stesse S.U.

Parteciperà in tal modo alla pronunzia del massimo consenso, pronunzia che diviene così a formazione progressiva, segnata da una sosta di *dissenting opinion* preventiva. Certo permane una anomalia, ma soltanto apparente; quella per la quale si dà vita ad una funzione di giustizia esplicabile dalla Sezione semplice, ma solo in quanto aderisca all’indirizzo delle S.U.; e ad una prevalente funzione di nomofilachia che è e resta riservata al maggiore consenso. Separazione che, del resto, diviene massima ed astraie del tutto dalla funzione di giustizia, nella previsione che abilita la Suprema Corte a pronunciare “nell’interesse della legge” e senza alcun effetto sul provvedimento oggetto del ricorso per cassazione, il principio di diritto “anche quando il ricorso delle parti è dichiarato inammissibile”, ove ritenga la questione “di particolare importanza”. Qui si astraie totalmente dalla logica del processo di parti e manca la funzione di giustizia, mentre residua (e, da sola, giustifica la decisione della S.C.) la funzione di nomofilachia.

Davvero, in tal caso, il ricorso è mera “astuzia della ragione” che vale a consegnare la Corte di Cassazione alla funzione disegnata da Calamandrei per cui: “la Corte deve curarsi più che di risolvere secondo giustizia il caso concreto, di suggerire per il futuro <l’interpretazione teorica> corrispondente, in astratto alla volontà del legislatore”. La esclusività della funzione di <interpretazione teorica> (non dissimile – secondo Calamandrei – da quella della dottrina, anche se costruita sopra un caso concreto) è tanto più estesa in quanto la norma abilita alla pronunzia del principio di diritto anche verso provvedimenti e materie sottratti alla cognizione del giudice di legittimità. Il risultato di assicurare, “nell’interesse della legge”, all’ordinamento il principio di diritto, con valenza generale, in una materia ritenuta dalla Cassazione “di particolare importanza”, pur in assenza di

ogni rilevanza sul processo (in cui era intervenuta una soluzione negoziata fra le parti, determinando la cessazione della materia del contendere) è stato ritenuto dalla Corte Costituzionale (cui, in quel contesto, era stata rimessa una questione di legittimità costituzionale di una norma legislativa) idoneo a soddisfare il requisito di rilevanza necessario per investire della questione il Giudice delle leggi.

Questo ha un significato istituzionale di enorme importanza perché significa che l'incidentalità di una questione di legittimità costituzionale sollevata dalla S. C. nel quadro della previsione di cui all'art.363, c.p.c., va parametrato, in questo caso, ad un "bene della vita", che non è quello conteso fra le parti nella vicenda processuale da cui la questione origina; ma ad un "bene della vita" di utilità generale, costituito dal principio di diritto da affermarsi, con rilevanza nomofilattica, dalla S.C.

C) Come si è detto esiste una relazione strettissima tra grado di certezza del diritto e grado di complessità di un ordinamento; spettando alla *Jurisprudence* – qui intesa come sintesi del lavoro comune del ceto dei giuristi, nella loro molteplice veste, di studiosi e di "pratici"- contribuire a rendere conoscibile una "macchina" così complessa (ricercando in ogni sua articolazione le coerenze di sistema) quale è oggi l'ordinamento giuridico.

Nella visione "classica", in cui siamo cresciuti, fondata sul dogma della statualità del diritto, al vertice del sistema delle fonti sta "la legge". Questa cerca di dare ordine alla pur ricca e varia dialettica di interessi che si sviluppano nel corpo sociale, dettando regole che sottendono una gerarchia fra gli interessi in conflitto e i modi della loro regolazione attraverso la tecnica della "fattispecie", ossia della "species facti" cui si ricollega il precetto. In tal modo la "legge" rende le decisioni oggetto di un calcolo anticipatorio e quindi calcolabile entro la circolarità logica fra giudicare e applicare la norma, attraverso la "sussunzione", nello schema sillogistico, della fattispecie concreta in quella astratta (restando così irrilevanti giuridicamente tutte quelle circostanze del fatto che non rientrano nella fattispecie astratta). [È quanto, in larga misura, avviene entro il sistema penale, in cui la vigenza del principio "*nullum crimen, nulla poena sine lege*" rimuove nel metagiuridico e dunque nel giuridicamente irrilevante, ogni determinazione del fatto, pur, in ipotesi, socialmente deprecabile, che non sia "sussumibile" nella fattispecie astratta descritta nella norma incriminatrice]. È addirittura Hegel a dare la precisa definizione del meccanismo di applicazione del diritto alle concrete vicende della vita. Là dove si dice: "il caso deve essere preparato per la possibilità della sussunzione: cioè innalzato, traendolo fuori dalle sue apparenti caratteristiche empiriche, a fatto riconosciuto e a qualificazione universale". Sarebbe inesatto dire che tale modello è entrato in generale crisi: la legislazione per fattispecie astratte, per il principio di stretta legalità rimane saldissimo per le norme incriminatrici; ma copre ancora vaste aree della vita

sociale; tutte quelle in cui la concreta vicenda, da cui pure origina una *res litigiosa*, è perfettamente sussumibile nella descrizione normativa.

Non è questa la sede per dare spiegazioni ai mutamenti in corso che vadano oltre la loro ricognizione (o enumerazione).

In primo luogo, il corposo fenomeno che Sabino Cassese denomina come la “pluralità dei legislatori” [(in luogo della statualità del diritto)].

Accanto a questa, come vero fenomeno che Teubner denomina di “*autopoiesis of law*”, si è formata una *lex mercatoria* che ha costruito modelli contrattuali sfornati dalle varie *law firms* anglosassoni; strumenti che, non previsti (o tardivamente recepiti dagli ordinamenti positivi, con qualche approssimazione) regolano in modo uniforme i mercati internazionali e, in larga misura, anche i mercati interni. Alcuni di questi modelli (pensiamo al Franchising o alla sub-fornitura) hanno l'effetto di trasformare in apparenti rapporti di mercato ,fra imprenditori, quelli che, nella sostanza restano rapporti fra capitale e lavoro e su questa base, aprono potenziali fonti di conflitti. Su un piano più generale, quale effetto della globalizzazione, è venuta meno quella che Natalino Irti ha chiamato la “coestensione fra politica, diritto ed economia ” (essendo il diritto nient'altro che il precipitato di lungo o lunghissimo periodo della politica). Quella “coestensione” per cui la territorialità della regola corrisponde alla spazialità del “regolato”; ciò che consentiva al diritto statuale di essere il regolatore dei rapporti economici facenti capo alle Imprese. Una forma di coestensione appare oggi possibile solo sul piano sovranazionale; e in questa direzione si inizia a sviluppare in modo ancora embrionale (ma che ha interferenze sui rapporti giuridici interni e sulla loro regolazione) un percorso che mira a ricondurre sotto condivise regole giuridiche gli attori dei mercati, specie di quelli finanziari.

Sul piano del diritto interno si aggiungono fenomeni, più o meno recenti, quali l'estensione delle “clausole generali”, in luogo della tecnica di descrizione della fattispecie e l'irruzione al vertice della gerarchia delle fonti dei “principi ” (pure essenze assiologiche) sia costituzionali sia di origine sovranazionale. Il tutto in un quadro di indubbio decadimento, almeno in alcuni settori, del linguaggio legislativo (fenomeno forse troppo severamente valutato da ambienti accademici che parlano – Ferraioli – di “vistoso dissesto” del linguaggio normativo o – Paolo Grossi – di “espressione desolante della *nomopoiesis* del legislatore italiano”).

La “complessità” (e la conseguente difficoltà di ricondurre a sistema) raggiunta dall'ordinamento giuridico è bene espressa da chi (Ferraraese) lo paragona ad un caleidoscopio continuamente rinnovantesi per la dinamica interattiva delle sue tessere. Di fronte a clausole generali (o concetti indeterminati) e ai principi, fatto e valore, sciogliendosi da sequenze sillogistiche, tendono a porsi l'uno di fronte all'altro nella propria interezza.

Come è stato rilevato (Irti) quel “fatto” che, nella logica tradizionale appariva scarnificato, impoverito della sua singolarità per rendersi confrontabile con la premessa maggiore del sillogismo giudiziale riprende per intero la sua densità di

linee e la sua rilevanza. Questo è un carattere assunto dall'ordinamento che contribuisce a caricare anche il giudizio di legittimità di questioni che non coinvolgono l'interprete nella sussunzione del caso nella fattispecie generale ed astratta (secondo lo schema kantiano del giudizio analitico, in cui il predicato è contenuto nel soggetto); ma richiedono al giudice la concretizzazione del concetto indeterminato con riferimento al caso esaminato, valutato nella sua interezza; e dunque la determinazione della "regola" per quel caso. Come ho rilevato in passato, il giudizio, in questo caso, non può presentarsi come giudizio "analitico" (nel senso sopra precisato), ma esprime comunque una regola, un "a priori"; né è un giudizio interamente dedotto dall'esperienza, da cui pure deriva; ed è dunque definibile come "giudizio sintetico a priori." Tale perché chi esprime il giudizio tiene conto sia dei dati della realtà sia del programma normativo; ed esprime in tal modo una "regola", che è legittimato ad esprimere dal sistema normativo, ma che non è derivabile interamente da esso.

Con riferimento alla esperienza della Corte di Cassazione, in quest'ambito (che è numericamente molto ampio perché consente ai ricorrenti di valorizzare i profili relativi al "fatto") essa non viene impegnata ad esprimere i *grands arrêts*; ma ad enunciare una specifica "regula iuris" riferita alla concreta fattispecie, come enucleata dal giudice di merito. Assistiamo così, in modo evidente, al passaggio dalla "interpretazione teorica" (che Calamandrei assegnava come il compito della Cassazione) ad un'ampia nozione di nomofilachia, che chiamerei "nomofilachia liquida", che rappresenta un contributo importante per la riduzione giurisprudenziale della complessità del sistema normativo. In quest'ambito si realizza, nei fatti, un avvicinamento ai sistemi di common law, dove vige lo "stare decisis"; ma il "decisum" non si esprime tanto nella concettualizzazione del principio (equivalente alle nostre "massime giurisprudenziali"), bensì nella descrizione della fattispecie concreta ed apre la via alla tecnica del "distinguishing".

Anche per questo si può convenire con l'affermazione (Lipari) che oggi "il diritto vive costitutivamente nelle sue applicazioni". La "Grossiana" fattualità del diritto sembra confermare, in una qualche misura, l'ipotesi di Hans Georg Gadamer, che vede il significato esemplare dell'ermeneutica giuridica nella tensione che esiste fra testo e contesto: "tra l'identità dell'oggetto [– appunto il testo normativo –] e la mutevolezza delle situazioni in cui esso è compreso".

Per cui avviene che il significato di un testo dipende (o può dipendere) dalla domanda cui quel testo è chiamato a rispondere; domanda (leggi: accadimento della vita) che ha in sé il ritrovamento della risposta, come risposta significativa. Così si spiega, ad esempio, come uno dei capitoli più importanti dell'intera esperienza giuridica, quello della "responsabilità civile", in tutte le sue forme sia oggi governato da un diritto che viene denominato "diritto giurisprudenziale". Formula che non è certo in antitesi a diritto di formazione dottrinale (essendo in effetti un diritto scaturito dal dialogo e costante confronto tra dottrina e

giurisprudenza) ma sta a significare che in quest'ambito si è dato vita ad un "diritto vivente" (come ormai si usa dire), che è complesso, che copre una sterminata varietà di fattispecie, che costituisce un articolato "sistema" di concetti, che è in continua evoluzione e che oggi è completamente diverso da quello che si studiava trenta o quaranta anni fa; e tutto questo è avvenuto senza che sia intervenuta mutazione negli enunciati normativi. Cioè, è rimasta immutata la "legge" e tuttavia è completamente cambiato il "diritto".

È stata un'evoluzione graduale, costruita attraverso la messa a punto di rivedute "categorie" concettuali, e, pur essendo così profonda, non ha dato vita, di volta in volta, ad un diritto "incalcolabile".

Ciò che Irti paventa debba inevitabilmente accadere quando viene meno la circolarità logica fra decidere, giudicare e "applicare" la legge, attraverso la riconduzione della fattispecie concreta in quella "astratta" (che sia stata previamente descritta dal legislatore). Ma tutto ciò non è avvenuto perché esista, da noi, una scuola di pensiero (a livello dottrinale o giurisprudenziale) che vuole abbandonare il "sobrio" pensare per fattispecie. Settori rilevanti dell'esperienza giuridica prevedono l'applicazione di "norme senza fattispecie" (ad esempio, il "danno ingiusto" nella materia della responsabilità civile) o vedono i concreti casi della vita non contenuti, né contenibili nella "species facti" legislativamente descritta; e tuttavia questi esigono che venga individuata ed espressa la *regula iuris* che ne determina la disciplina. In ogni caso rileva il costante confronto di ogni frammento dell'ordinamento (e degli effetti della sua applicazione) con i principi e i valori contenuti in testi sovraordinati (Costituzione, Trattati), di volta in volta privilegiando, tra gli esiti ermeneutici possibili, quelli "costituzionalmente", "comunitariamente", "internazionalmente" orientati.

E dunque uno stile ancora e interamente "cognitivo" – e cioè di ricognizione, sullo stimolo del caso concreto, delle "coerenze di sistema"- continua ad essere quello che deve orientare il giudice della nomofilachia (e che ha orientato le S.U. civili della Cassazione nel triennio in cui ha avuto l'onore di presiederle) nella decisione sui contrasti interpretativi; così come a tale criterio risultano impostati i più fruttuosi studi accademici.

Ciò significa, a scanso di equivoci, che la "fedeltà alla legge" rimane la stella polare dell'interpretazione e di essa si nutre il "diritto giurisprudenziale". Quella soggezione alla legge "rimane il tramite che riconduce l'attività giurisdizionale tutta alla sovranità popolare e la cui "esclusività" (nella formula dell'art. 101 della Costituzione) costituisce il fondamento e la giustificazione del suo statuto di indipendenza.

Sembrano perciò calzanti le parole di autorevole dottrina (N. Lipari) secondo cui, quando l'art. 101 della Costituzione enuncia detto fondamentale principio "non suppone affatto la possibilità di individuare un contenuto previo dell'enunciato legislativo che il giudice sarebbe semplicemente chiamato a tirar fuori, come farebbe un farmacista prendendo dallo scaffale una medicina che

corrisponde alla prescrizione della ricetta; ma intende soltanto dire (oltre a ribadire l'indipendenza dell'Ordine giudiziario da ogni altro potere) che nessun procedimento attuativo del diritto può compiersi senza utilizzare un necessario referente normativo... con conseguente obbligo per il giudice di giustificare la decisione in funzione di tale presupposto legale...".

E in effetti la "certezza del diritto" possibile, quella che potrà ricavarsi, materia per materia dai giudicati delle giurisdizioni superiori, è quella che è recuperabile solo nella complessiva totalità e coerenza dei referenti di segno normativo.

Il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale e, successivamente, l'integrazione entro l'Unione Europea ha posto inediti problemi di gerarchia delle fonti.

E tutto ciò contribuisce a fare della giurisdizione un fattore di conoscenza di un ordinamento sempre più complesso attraverso l'estrazione da esso delle regole concretamente applicate ai rapporti interindividuali per dirimere i conflitti che si agitano entro la società.

RESPONSABILITÀ COLLEGIALE, DEI PRESIDENTI E DEI SINGOLI GIUDICI IN TEMA DI NOMOFILACHIA

GIUSEPPE SEVERINI*

Nel mondo della giustizia italiano si assiste, non solo in termini mediatici, a una discontinua ma crescente anomalia nell'*imputazione effettiva della giurisdizione*, o meglio di provvedimenti giudiziari, specie se di particolare rilievo esterno.

L'atto giudiziario, giuridicamente riferito impersonalmente all'ufficio, nei fatti viene spesso a profilarsi come espressione di un rapporto immediato tra la persona del singolo magistrato e la realtà su cui va a incidere. Dove l'applicazione in concreto della legge va a essere percepita più come lo strumento di questo rapporto che come la sua finalità: e dove l'effetto di trasformazione finisce per essere ascritto più alla volontà innovativa della persona che all'ordinaria, generale, discendente applicazione dell'astratta legge.

Il fenomeno, non sempre manifestamente patologico, registra ormai nei fatti frequenze, intensità e eco tali da richiedere una considerazione della sua dimensione effettiva: valutarne i limiti di accettabilità per un ordinamento improntato allo Stato di diritto e fondato su primato della legge e principio di eguaglianza; e immaginare misure, correttive e compensative, per assicurare il l'equilibrio complessivo dei poteri pubblici, esterni e interni alla giurisdizione, e la non dispersione dell'immanente principio di responsabilità istituzionale nell'esercizio della funzione giudiziaria.

L'origine è mediatica, ma il radicamento ha assunto profili di un certo, seppur discontinuo, rilievo nell'effettività della giurisdizione e – ad opera dell'autogoverno - della sua organizzazione. È conseguenza di una tendenza generale che concede ampi spazi a questa *personalizzazione*: indotta dalla facilità, e dalla libertà, del rapporto tra le persone dei magistrati e i media e dai conseguenti effetti deformanti della comunicazione, orientata a privilegiare la rappresentazione dei protagonisti (il che è facilitato dalla mancanza di appositi uffici di pubblica comunicazione presso gli uffici giudiziari).

* Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

Su una *forma mentis* così progressivamente avvalorata, il fenomeno è passato a confortare l'assunto, essenzialmente politico, che l'organizzazione piramidale dell'amministrazione della giurisdizione, come la verticalità del percorso processuale, come la collegialità effettiva delle decisioni possano essere di condizionamento, anche improprio, alla realizzazione effettiva della "legalità".

Per conseguenza, facendo perno su una particolare lettura del principio costituzionale per cui i magistrati si distinguono solo "per funzioni" o di quello di precostituzione del giudice, si è assistito nel tempo, specialmente nella giurisdizione ordinaria, a una progressiva svalutazione di quegli elementi strutturali e connotativi. Questa svalutazione è stata a sua volta oggettivamente supportata dall'inaccettabilità sociale di processi dal tempo sovente superiore a quello di ragionevole durata e dall'insofferenza sociale per applicazioni formalistiche delle regole processuali del giudizio: elementi che, nel penale, hanno accentuato lo spostamento dell'attenzione e dell'incisività sociale alla fase delle indagini, in contraddizione con i principi del processo accusatorio.

In questa tendenza, la svalutazione del ruolo e dell'effettività di quelle caratterizzazioni è passata per l'accentuazione della monocraticità di significativi procedimenti e per l'attenuazione del ruolo dei dirigenti degli uffici giudiziari o dei preposti a funzioni collegiali. Ad esempio, numerose misure, anche di autogoverno, sono state orientate a contenere o ad eliminare le capacità di scelte discrezionali nelle assegnazioni ai vari compiti interni agli uffici o nella gestione e trattazione dei singoli processi: dalla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti, alla regolamentazione della mobilità interna dei magistrati, all'interferenza della collegialità amministrativa (tanto questa in ascesa quanto in dequotazione la collegialità giudiziaria), alla costruzione analitica di automatismi nell'assegnazione dei processi al relatore, non si contano le misure che – talvolta in tensione rispetto alle regole processuali - hanno avvicinato il ruolo del dirigente dell'ufficio a quello di un semplice, e ormai temporaneo (con la regola dei "quattro anni più quattro"), coordinatore. Ne è derivata, in ultimo, una nuova e diversa mentalità, dove per definizione è affievolita ogni forma od espressione di verticalità: da quella dell'organizzazione giudiziaria a quella del percorso processuale, da quella della valutazione del merito professionale a quella delle forme e dello stile degli atti e dei comportamenti, fino a quella della meritevolezza della trasmissione di sapere ed esperienza ai colleghi ancora inesperti.

In termini pratici anche se non formali, ne è risultato un assetto materiale complessivo dell'organizzazione della giurisdizione improntato alla regola effettiva secondo cui, salva opposta dimostrazione, è la mera destinazione a un ufficio a costituire in capo alla persona del magistrato la legittimazione a svolgere quasi autonomamente qualsivoglia funzione di quello stesso ufficio: nei suoi confronti la posizione del dirigente, o del proposto alla sezione, è essenzialmente di vigilanza formale, piuttosto che di controllo nel merito.

Diverse spie linguistiche danno testimonianza di questo assetto reale. Non si tratta qui di evocare il linguaggio o lo stile dei *media*, estranei alla presente riflessione. Si tratta piuttosto di soffermare l'attenzione al linguaggio dei tecnici, in particolare di qualche dottrina 'organica' che a quel registro usa rifarsi e di talune sentenze, che ormai contengono significative acquisizioni in questo senso.

È nota la plurisecolare attenzione degli studiosi tedeschi, da F.C. von Savigny e J. Grimm, sull'interazione tra linguaggio e diritto, quanto l'uno rifletta e conformi l'altro come espressione e come processo costitutivo della *forma mentis* collettiva.

Nel linguaggio delle sentenze italiane, ad esempio, si registra un crescente riferimento al soggetto da cui promana una statuizione giuridica piuttosto che alla statuizione medesima nella sua oggettività (ad es., si legge ormai spesso "il legislatore" in luogo de "la legge"; "il tribunale" che ha precedentemente deciso in luogo de "la sentenza" di quel tal tribunale e così via).

Ancor più manifesta è ora la confusione dei registri linguistici, in adattamento a una tendenza, semplicistica e assai poco di garanzia, all'abbassamento e alla sovrapposizione con il parlare e il sentire comune. La manifestano l'insorgere di un nuovo stile redazionale dei provvedimenti giudiziari che fa uso di modi espositivi di accezione giornalistica, recante attribuzioni e giudizi soggettivi, opinabili e ultronei; il ricorso a termini descrittivi e valutativi dal significato malcerto e impreciso e così via. Insomma, sopravviene spesso un registro linguistico ormai discosto dall'apprezzato canone tradizionale di 'chiarezza e precisione' che si riteneva coesistente alla garanzia di sicurezza giuridica.

Indice rivelatore è poi il leggere che la tal sentenza è stata emessa 'dai giudici' di un certo organo collegiale, anziché dal 'giudice' collegiale. Vi presiede la concezione che lentamente sta acquisendo spazio tra gli addetti ai lavori e che va ad affiancare quella, da lungo entrata nel costume e nell'accezione diffusa, della personalizzazione dell'attività giudiziaria.

In realtà, le norme procedurali assicurano la permanenza della collegialità durante e dopo la decisione, mediante la figura del presidente dell'ufficio o del collegio, dalle responsabilità essenziali per l'imparzialità e la precisione del giudizio: con la distinzione tra la redazione della minuta della motivazione e la formazione definitiva della sentenza. Dove la prima è solo un atto preparatorio interno, senza effetto costitutivo, modificabile e rettificabile, manifestazione di un *munus*, non di delegazione personale. Né di una riserva analoga alla tutela del diritto d'autore.

Sovente invece si pretende impropriamente in capo al presidente del collegio un semplice potere di controfirma, quasi ad attestazione di paternità dell'estensore; come se la minuta realizzi un testo intangibile: ma di cui il resto del collegio va a sostenere la pari responsabilità, anche civile (la gran parte dei casi di tipizzata colpa grave per responsabilità civile del magistrato fa riferimento alla motivazione).

Insomma, vi è la tendenza a interrompere, nella compilazione ultima della decisione, la garanzia della collegialità e ridurre il ruolo del presidente a quello notarile o di testimone privilegiato. Una monocratizzazione surrettizia e dall'effetto ulteriore di porre la base di una responsabilità civile per atto altrui, in negazione del garantistico *principio di collegialità*.

È bene, a questo punto, fare una disamina di questo segno linguistico comparando il modo di espressione del *common law*.

Nei sistemi continentali il giudice, il titolare dell'ufficio di giudice, è un collegio di magistrati-funzionari, dove non è dato distinguere le valutazioni dei singoli nella decisione. Non è un gruppo di individui che siedono insieme per giudicare, ma una stretta unità di magistrati, unanime verso l'esterno. Nel *common law*, invece, non c'è un collegio unitario ma un *judicial panel*, dove *ognuno è un giudice*. Il *panel* è un insieme discreto cui manca il nostro concetto di collegialità come unità collettiva (*collegiality* lì è *colleganza*). Quelli sono 'i giudici' e che la decisione sia a maggioranza non resta fatto interno e segreto. Il *panel* non si identifica con la maggioranza, come vuole il 'metodo collegiale' per il 'collegio'. Maggioranza, minoranza e posizioni intermedie traspaiono all'esterno. Così non c'è una motivazione: ma la *personalizzazione* dell'*opinion* di maggioranza da parte del *writer*, che è riferita non indistintamente a tutti i giudici, nemmeno a tutti i giudici di maggioranza, ma solo a quel giudice che, incaricato dal presidente, la scrive e a chi altro dichiaratamente con lui concorda. Questa *majority opinion* può essere affiancata dalla *dissenting opinion* del giudice discorde e – elemento disvelatore - dalla *concurring opinion* se un giudice concorda sulla decisione ma non sulla motivazione. Solo se tutti sono concordano su tutto la sentenza è *per curiam*, cioè di tutti i *judges*. Altrimenti l'*opinion* è del singolo *writing judge* (che usa espressioni soggettive: "*in my view*", "*as I see it*", "*I shall consider*", "*in my judgment*", ...) e di chi altro individuo-giudice la condivide: e nelle raccolte le sentenze figurano come del *Justice X* o del *Justice Y* e i precedenti sono citati col nome del *writer*. Nel *judgment* sono indicati i nomi degli altri giudici che o *agree*, cioè *join*, ovvero che dissentono o che concorrono, ed espone le loro separate *opinions*.

Rispetto al *civil law*, con un giudice collegiale, un collegio che è il giudice, tutto al riguardo è diverso per concetto, selezione, struttura e ruolo del giudice. Perché è *toto coelo* diverso, alla base, il carattere della statualità, della giustizia e delle fonti del diritto: la *ratio iuris*.

La variazione linguistica corrisponde a un diverso significato istituzionale, in linea con l'*opinion* come atto personale di quel *judge* e degli altri del *panel* che vi aderiscono: tutti *judges*, non un solo *judge* collettivo. All'opposto che in un'unità collettiva, il *giudice collegiale*, coeso dalla presunzione di unanimità e dal segreto della decisione, cui corrisponde una motivazione sola.

In un ordinamento della giurisdizione che resta invece modellato secondo la matrice europea continentale, con il primato della legge sulla giurisprudenza, da

circa due secoli fondato sul giudice-organo statuale e poi su una magistratura professionale reclutata per concorso, la personalizzazione dell'intervento o della risposta giudiziaria resta priva della legittimazione dell'individuo quasi esterno alla statualità che è propria degli ordinamenti di *common law*: dove la selezione, l'investitura e la responsabilità sociale del giudice sono di voluti opposta configurazione e peso.

Difetta perciò, in questa tendenza pur imperfetta alla personalizzazione della funzione, il bilanciamento formale con una *responsabilità* 'sociale' dell'individuo che ne è investito.

L'esempio e la comparazione, con il riverbero sulla percezione della realtà dell'ordinamento, sono utili a portare in evidenza il tema che interessa: il tema della selezione, della preposizione e della responsabilità istituzionale e 'sociale' del magistrato. A quella formula del *common law*, con la personalizzazione della funzione che esprime, corrisponde una figura di giudice-individuo fortemente connotata. Minore coesione che però risponde a un'esigenza di più ampia coerenza. In quei sistemi non sarebbe concepibile una persona con tanta caratterizzazione nel momento di esercizio della funzione, ma priva di altrettanta caratterizzazione nel momento di preposizione e rispondenza diffusa del proprio operato: selezionato e avanzante, come invece è nel *civil law*, per caratterizzazione funzionale, con annessi per età di reclutamento e di preposizione, pregresso apprezzamento professionale, senza previo vaglio di credito sociale, di identificazione e accettazione generale delle decisioni.

La tendenza di cui qui si dice vede dunque la sovrapposizione di modalità della personalizzazione propria del *common law*, con un assetto organizzativo e professionale 'anonimo' e depersonalizzato – in quanto ancorato alla personalità giuridica dello Stato - proprio degli ordinamenti di tipo continentale. Difetta perciò, in questa personalizzazione surrettizia della funzione, il bilanciamento formale con una *responsabilità* 'sociale' dell'individuo che ne è investito.

Si sono però nei fatti realizzati, nel vissuto della giurisdizione italiana, elementi di una qualche irrisolta coesistenza di due opposti modelli di giudice: dove quello formale e coerente all'ordinamento, persistente nelle parvenze strutturali, viene a coesistere con alcuni tratti tollerati di quell'altro sistema. Inutile qui analizzare i fattori assunti come 'giustificanti' la coesistenza e i limiti la capacità di tenuta, rileva piuttosto registrarne la presenza.

Soprattutto, è da considerare che per converso il tratto che finisce per essere mancante, in questa anomala coesistenza, è quello della responsabilità 'sociale' della persona fisica del giudice. È affievolita – salvi casi-limite - la realtà di quello essenzialmente disciplinare o di incompatibilità (ambientale o funzionale che sia) tipico dell'ordinamento giudiziario di *civil law*, ma non c'è al suo luogo quello – selettivo soprattutto nel reclutamento – proprio del *common law*.

È allora giocoforza che quest'incoerenza produca situazioni-limite che finiscono per creare discordanze e generare dubbi sull'accettabilità di un tale

assetto materiale: che vede le decisioni spinte oltre il livello dell'effettiva responsabilità, contravvenendo l'equazione essenziale delle organizzazioni giuridiche, quella tra potere decisionale e responsabilità. E dove, a guardare alle fonti sostanziali del diritto, non si assiste in realtà a una riedizione della giurisprudenza come fonte di diritto: ma, in suo luogo, all'emergere incostante di un *'decisionismo' giudiziario* del caso concreto, frammentario e imprevedibile. E, com'è usuale del decisionismo giuridico, in rotta con il principio della sicurezza giuridica e i suoi postulati normativi.

Vanno dunque considerati gli effetti di sistema, al fine di orientare verso un bilanciamento della naturale trasformazione delle istituzioni con la riaffermazione, nei tratti indeclinabili, delle esigenze di garanzia generale. Sicché pare venuto il tempo di tematizzare come e quanto questa tendenza, benché episodica, alla personalizzazione dell'esercizio della funzione giudiziaria possa rimanere compatibile con le garanzie di eguaglianza e di certezza indeclinabili dello Stato di diritto. Frequenti episodi di speciale rilievo e notorietà portano in luce lacune reali e incoerenze nel circuito della responsabilità istituzionale, malgrado i canoni di coerenza delle forme della democrazia esigano il collegamento della responsabilità all'esercizio di funzioni pubbliche. Quasi che la preposizione in questa funzione pubblica possa degradare a mero presupposto per un esercizio disgiunto dalla sua ragione pubblica e fiduciarmente affidato *pro rato* alla persona del magistrato in ragione della sua condizione, salvi i rimedi processuali (con i loro tempi e costi).

Si tratta di spazi che un approccio che è stato a lungo egemone, incentrato sulla cultura dei *'diritti del magistrato'* più che sulle esigenze generali e funzionali del servizio giustizia, ha finito per lasciare in secondo ordine. In questo contesto, la funzione del dirigente dell'ufficio giudiziario è stata spesso degradata a funzione debole, di coordinamento tra i magistrati dell'ufficio e tra questo e l'autogoverno, ristretta nei poteri di effettiva incidenza e di governo concreto della funzione. Insomma, un approccio decisionista e individuale si è sovrapposto al sistema delle regole e delle formule impersonali: ma senza comportare la corrispondente responsabilità nel decidere e, coerentemente, nell'investitura. L'effetto di sistema è quello di un'investitura casuale e dal potenziale espressivo autoreferenziale. Il che, come è proprio della scelta a sorte, mette talvolta alla prova la coerenza complessiva dell'ordinamento.

Occorre dunque cambiare prospettiva e – a rimanere nell'approccio soggettivo - passare dai ***“diritti del giudice”*** al ***“diritto al giudice”***, che la giurisprudenza CEDU sull'art. 6 della Convenzione e quella costituzionale (es. Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238) ha affermato *“principio supremo dell'ordinamento costituzionale italiano in connessione con il rilievo della dignità della persona”*. Dal punto di vista del *diritto al giudice* dei destinatari della funzione, è allora giocoforza, piuttosto che percorrere l'istintiva via *'privatizzante'* della monetizzazione mediante il rafforzamento della responsabilità civile (che,

paradossalmente, in qualche modo dà per scontata la possibile dissociazione tra ufficio e persona e che comunque riduce i rapporti sociali alla mera dimensione economica), agire sul nucleo della dissociazione e tentare vie organizzative per ricomporre il nesso di responsabilità istituzionale (e sociale): la scissione infatti, facendo soccombere il lato 'officioso', colpisce anzitutto l'interesse generale alla *buona giustizia* e solo secondariamente l'interesse individuale al *provvedimento giusto*. Perciò è preferibile muovere da questo aspetto e rilevare che il fenomeno, quando si verifica, conduce a interrogativi e comunque a interruzioni di sicurezza giuridica, vale a dire di un interesse generale: in particolare circa il dato di base dell'effettività del diritto al giudice imparziale. Diritto, questo, che è principio essenziale della giurisdizione vuoi alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, vuoi alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea, vuoi comunque alla luce della civiltà giuridica.

In questi percorsi, a recuperare i valori di stabilità e coerenza della risposta giudiziaria e anche sotto questo importante riflesso riconoscere nella *sicurezza giuridica* un principio fondamentale, utile riferimento può essere quello al concetto recentemente rivalutato dalla 'dottrina organica' anche del *Conseil d'Etat*, di *ufficio del giudice*. Espressione che non denota la semplice unità organizzativa di amministrazione della giurisdizione, né il divisato supporto organizzativo al singolo magistrato, ma l'insieme di questa unità e del *munus* funzionale per cui essa è prevista e sussiste: per modo che l'organo, la procedura e la posizione di indipendenza del giudice siano costantemente considerati nella loro interconnessione.

Nella situazione italiana, una tale visione dell'ufficio del giudice comporta la reintegrazione e l'evidenziazione dei numerosi spazi organizzativi, vuoi di amministrazione della giurisdizione, vuoi di gestione del processo e di formazione dei giudici, che competono alla dirigenza giudiziaria.

Occorre pertanto, a contrastare la personalizzazione che si è detta e a riequilibrare il sistema, aprire una riflessione profonda sul ruolo positivo e sull'incidenza della responsabilità del dirigente dell'ufficio e del presidente del collegio.

IL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE NELLA REGOLAZIONE DEI RAPPORTI TRA GIURISDIZIONI NAZIONALI E GIURISDIZIONI EUROPEE - LO SVOLGIMENTO DELLA FUNZIONE NOMOFILATTICA CON RIFERIMENTO AL SINDACATO SULLA DISCREZIONALITÀ E AL RISARCIMENTO DEL DANNO

HADRIAN SIMONETTI*

1. Diritto giurisprudenziale e nomofilachia

In origine disegnano due percorsi differenti: da un lato il diritto *vivente*, dall'altro il diritto *vigente*.

Il primo evoca immediatamente l'immagine di un interprete investito (o auto-investitosi) del compito di ricavare dal sistema una regola di diritto aderente alle dinamiche evolutive della realtà sociale, coerente con la sostanza dei problemi.

Il secondo rimanda ad una concezione più formale e positivistica del diritto, dove la funzione del giudice è rigorosamente di natura dichiarativa, di un precetto trovato e non creato.

Il punto di congiunzione, tra due mondi all'apparenza così distanti, si ha laddove il diritto vigente è costruito su clausole generali, o su concetti indeterminati o comunque elastici, che spetta all'interprete riempire di contenuti.

Si possono fare alcuni esempi quali, tra gli altri:

il giudizio sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere nella tradizione "pretoria" del giudice amministrativo, dove la distanza tra sindacato di legittimità e di merito, tra legalità e opportunità, o convenienza, è destinata a ridursi, talvolta a diventare quasi evanescente agli occhi del comune cittadino;

il giudizio sulla responsabilità civile nell'esperienza maturata dal giudice ordinario nel corso degli ultimi quaranta anni, dove ad un parametro normativo rimasto formalmente immutato (gli articoli del codice civile dal 2043 al 2059) è corrisposta una straordinaria attività interpretativa della giurisprudenza, sollecitata e incoraggiata, specie nella prima fase, da un'intensa e coraggiosa elaborazione dottrinale condotta sulla scorta del dettato costituzionale.

Sono probabilmente i due casi più paradigmatici.

Ma anche dove il diritto vigente è più puntuale e apparentemente definito, l'ipertrofia normativa e l'incessante "fare e disfare" del legislatore - in breve quella che comunemente e stancamente definiamo da tempo come la crisi della legge -

* Consigliere di Stato

rendono questo diritto incerto e mutevole, tanto da spingere l'interprete a cercare rifugio, ancora una volta, nella ridotta delle clausole generali.

Due settori, nel campo del diritto amministrativo: i contratti pubblici e la disciplina generale sul procedimento. Dove il succedersi, talvolta episodico e contingente, degli interventi legislativi ha finito per complicare il quadro regolatorio e alimentare un sentimento diffuso di incertezza – *tra* gli operatori e *nelle* stesse pubbliche amministrazioni - che si riflette sul contenzioso giurisdizionale.

E' ancora presto per stabilire se il nuovo codice dei contratti di cui al d.lgs. 50/2016, da una parte, e l'attuazione della cd. Riforma Madia di cui alla l. 124/2015, attraverso i vari decreti delegati approvati o in corso di approvazione, dall'altra – alla cui stesura, nell'uno come nell'altro ambito, il Consiglio di Stato ha fornito il suo rinnovato apporto collaborativo, in sede consultiva - sapranno restituire agli operatori e ai cittadini un quadro più stabile.

Nella moltitudine di opinioni, si vorrebbe che la nomofilachia delle Corti superiori, esercitata per clausole e principi generali, svolgesse una funzione di ordine e di riordino del sistema, offrendo una guida sapiente agli operatori.

Solo che questa nomofilachia deve fare i conti con la scarsità delle sue risorse, con le regole ancora non del tutto definite che ne accompagnano il funzionamento, con l'influenza crescente delle giurisdizioni sovranazionali, in primo luogo della Corte di giustizia UE e della Corte EDU.

La scarsità delle risorse, di uomini e di mezzi, è puntualmente ricordata in occasione delle diverse inaugurazioni dell'anno giudiziario e si lega al problema annoso dell'arretrato da smaltire, un problema che ha origini e cause diverse e che richiederebbe soluzioni altrettanto composite e diversificate, laddove invece i tentativi del legislatore di porvi rimedio battono quasi sempre sull'unico tasto – a costo zero, anche in termini di consenso elettorale - della riforma delle procedure, trascurando gli aspetti organizzativi del problema.

Le norme che, per rafforzare la funzione nomofilattica, hanno imposto il vincolo del precedente, prima per la Cassazione e poi per la Corte dei conti e il Consiglio di Stato, non ne hanno chiarito la natura, né hanno previsto le conseguenze della sua eventuale inosservanza, né hanno considerato i limiti che tale vincolo può incontrare al cospetto di decisioni difformi, in particolare, della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia dell'U.E.

Si può ricordare, con riferimento all'Adunanza Plenaria, come talune delle sue pronunce in materia di contratti pubblici siano state rimesse in discussione per effetto di ordinanze di remissione dei Tar alla Corte U.E. (sul rapporto tra ricorso incidentale e ricorso incidentale reciprocamente escludenti; sulla necessità di indicare nell'offerta gli oneri per la sicurezza, a pena di esclusione; sulle modalità di accertamento della regolarità contributiva).

La questione dei rapporti tra le Corti nazionali e quelle europee è stata sollevata, in termini più generali e di sistema, dal Consiglio di giustizia

amministrativa per la Regione Sicilia con l'ordinanza 1 ottobre 2013, n. 848, in un caso di ricorsi escludenti incrociati tra le due sole imprese partecipanti in gara, nel quale la sezione staccata del Consiglio di Stato si trovava stretta tra il vincolo del principio di diritto affermato dall'Adunanza plenaria (con la sentenza 4 del 2011) e l'indirizzo, di segno diverso, espresso dalla Corte di Giustizia (con la sentenza 4 luglio 2013, in causa C-100/12).

La risposta della Corte di Giustizia con la sentenza 5 aprile 2016 (in Causa C-689/2013), come era prevedibile, è stata nel senso di riaffermare la centralità (e la primazia) del proprio ruolo, riconoscendo al giudice nazionale di ultima istanza il potere-dovere di anteporre il diritto UE al vincolo del precedente interno. Il che significa, in concreto, che le sezioni semplici del Consiglio di Stato – ma il principio è estensibile anche alla Corte di Cassazione e al giudice contabile – potranno sempre, ove in disaccordo con l'Adunanza plenaria (o con le Sezioni Unite) e a condizione che la questione in esame interferisca con il diritto UE, adire la Corte di Giustizia, alla ricerca di una sorta di nomofilachia delle nomofilachie, senza che sia necessario rimettere previamente la questione all'Adunanza plenaria affinché questa riveda il proprio orientamento (v. da ultimo, adesivamente, anche Cons. St., Ad. Plen. 27 luglio 2016, n. 19).

Costituisce peraltro *ius receptum* che l'obbligo del giudice del rinvio di uniformarsi alla *regula iuris* enunciata dalla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 384 c.p.c. viene meno quando la norma da applicare in aderenza a tale principio sia stata abrogata, dichiarata incostituzionale, modificata o sostituita per effetto di *ius superveniens*, nell'ambito del quale rientrano i mutamenti normativi prodotti dalle sentenze della Corte di giustizia UE, che hanno efficacia immediata nell'ordinamento nazionale (cfr. da ultimo Cass., sez. lav., 12 settembre 2014, n. 19301; Corte cost. 28 giugno 2006, n. 252).

2. Tra giurisdizioni nazionali e giurisdizioni europee

Si osserva da più parti che proprio la Corte di Giustizia dell'U.E. con la sua giurisprudenza ispirata al principio dell'effettività mette a dura prova le categorie tradizionali del diritto (v., soprattutto, Castronovo e Lipari). Ne è un esempio paradigmatico la materia della responsabilità civile, che è da sempre luogo elettivo di un diritto di matrice giurisprudenziale, anche negli ordinamenti di *civil law*.

Questa giurisprudenza mostra di muoversi con grande libertà in uno spazio lasciato (in buona parte) libero dalla legislazione e dalla dottrina.

Quanto alla prima mancano ancora un codice civile europeo ed una legge europea sul procedimento amministrativo.

Il processo di armonizzazione, nelle singole materie, è affidato per lo più a direttive costruite per principi e definizioni generali, precedute da un numero crescente di considerando che non di rado tradiscono lo sforzo di mediazione tra

posizioni ed esperienze diverse, lasciando alle normative nazionali, non necessariamente di grado primario, il compito di sciogliere i nodi più puntuali.

L'interpretazione dottrina, che tradizionalmente ha costituito lo *humus* culturale per la formazione del giurista, quando non è ripiegata su se stessa in maniera autoreferenziale, si mostra deferente nei confronti dell'interpretazione giurisprudenziale, che accompagna con commenti per lo più casistici, attraverso scritti che, si è osservato icasticamente (Gazzoni), "informano ma non formano" i loro lettori.

I giudici, non solo quelli dell'Unione, corrono quindi il rischio dell'isolamento o, peggio ancora, dell'esaltazione.

Il ruolo delle Corti superiori è intaccato anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla cedevolezza del giudicato, ove sia ritenuto in contrasto con il diritto UE. In una recente controversia in materia di contratti pubblici, il Tar per la Lombardia, la cui sentenza favorevole al ricorrente era stata riformata in appello dal Consiglio di Stato, adito in sede di ottemperanza ha ritenuto comunque di potere rivolgersi alla Corte di Giustizia ponendole una questione interpretativa che, se accolta, avrebbe comportato la disapplicazione del giudicato. In tale circostanza la Corte di Giustizia non ha condiviso l'interpretazione del Tar in merito alla questione sostanziale, ma preliminarmente ha osservato come il giudicato, già formatosi in quella causa, non fosse di ostacolo alla proponibilità della questione (cfr. sent. 6 novembre 2014, in causa C-42/13).

Il tema della forza declinante del giudicato trova posto anche nella giurisprudenza della Corte EDU, che riscrive i confini tra il diritto penale e il diritto amministrativo, in materia di sanzioni, e che soprattutto attraverso gli artt. 6 e 46 della Cedu pone un'ipoteca sulla tenuta delle decisioni delle Corti superiori dei singoli stati.

Ancora in un precedente di non molti anni addietro, il Consiglio di Stato aveva ritenuto che il principio dell'irretrattabilità del giudicato, la cui copertura costituzionale era stata individuata nell'art. 111 della nostra Carta, non potesse ritenersi travolto dalle norme della Convenzione, derivandone altrimenti un inammissibile contrasto con la Costituzione stessa (v. IV, n. 303/2008).

A distanza di pochi anni, con l'ordinanza n. 2/2015 l'Adunanza plenaria, sollevando questione di legittimità costituzionale degli artt. 106 c.p.a. e 395 c.p.c. laddove non prevedono l'impugnazione delle sentenze del giudice amministrativo in contrasto con il giudicato EDU, sembra invece superare questa posizione, ammettendo la possibilità che, attraverso una nuova ipotesi di revocazione straordinaria, il giudicato sia sacrificato, laddove – vi si legge – "la rimozione del giudicato si appalesi quale unico mezzo utile per rimuovere le perduranti violazioni di diritti fondamentali, analogamente a quanto si è riconosciuto in ambito penale".

3. Le Corti superiori nazionali al crocevia della tutela giurisdizionale. La nuova disciplina della responsabilità civile dei magistrati

Cessioni di sovranità da parte delle corti superiori, quale conseguenza di una limitazione di sovranità che ha interessato da tempo, in primo luogo, gli stati nazionali.

E tuttavia le Corti superiori, al pari degli stati su un piano diverso e ancora più generale, restano pur sempre al centro della scena e al crocevia della tutela giurisdizionale.

Le Corti supreme sono come gli Stati nazionali nel pensiero di M.S. Giannini. La loro sovranità è intaccata ma conservano pur sempre, anzi semmai accrescono, la loro centralità: ponendosi al crocevia tra i giudici di merito o comunque di primo grado a livello nazionale, la Corte costituzionale, le giurisdizioni sovranazionali.

Il dialogo tra le Corti, in questa prospettiva, è reso possibile dallo straordinario successo della c.d. pregiudiziale comunitaria e dalla novità che potrà rappresentare la ratifica del 16° protocollo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che disegna per le giurisdizioni superiori nazionali una sorta di pregiudiziale interpretativa CEDU attraverso la richiesta di un parere consultivo, per quanto non vincolante, che potrebbe offrire nuove chiavi di lettura e più efficaci strumenti di raccordo.

La nomofilachia deve fare sempre i conti anche con il legislatore, interno ed europeo.

I casi dell'anatocismo bancario, per le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, e della segnalazione certificata di inizio attività, per l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, sono probabilmente i più noti e discussi. Ma ce ne sono anche altri, come la questione del riparto di competenze tra AGCM e AGCOM in materia di pratiche commerciali scorrette, dove l'orientamento della Plenaria manifestato nel corso del 2012 è stato all'origine prima di una lettera di messa in mora della Commissione e poi di una norma di interpretazione autentica del legislatore nazionale.

La nomofilachia potrebbe essere indebolita, inoltre, dalla recente riforma della legge sulla responsabilità civile del magistrato (la n. 18 del 2015 che ha modificato la storica Legge Vassalli n. 117 del 1988) i cui effetti – in breve, oltre all'eliminazione del filtro di ammissibilità per l'azione risarcitoria, l'ampliamento delle ipotesi di responsabilità ai casi di travisamento del fatto o delle prove - sono destinati a ripercuotersi soprattutto sui giudici di ultima istanza e sulle loro decisioni non più impugnabili, innestandosi al termine dei relativi giudizi un'appendice risarcitoria che rischia di tradursi in un "processo al processo".

Ribadito nei vari commenti come dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, strumentalmente invocata a giustificazione delle modifiche, non derivasse l'obbligo per il legislatore italiano di incidere sui profili della responsabilità civile

del magistrato (ma, semmai, dello Stato-giudice), è forte il timore che la riforma possa segnare il ritorno ad una concezione antiquata del rendere giustizia e possa favorire interpretazioni “conservatrici” o peggio conformistiche.

Una involuzione culturale, sebbene propagandata come una conquista per i cittadini, che si teme possa avere un effetto dissuasivo nei confronti del magistrato, inducendolo a seguire, tra le diverse soluzioni possibili, quella ritenuta meno rischiosa o semplicemente quella propugnata dalla parte più forte o più agguerrita (e quindi potenzialmente incline, se soccombente, a giocare la carta del risarcimento) che, nel giudizio amministrativo e nelle controversie di maggiore impatto economico, si identifica più spesso con la parte privata che con quella pubblica.

4. La nomofilachia oltre il riparto di giurisdizione. Alcune proposte

La nomofilachia, quando declinata con riferimento al riparto di giurisdizione, rimanda al ruolo della Corte di Cassazione quale giudice per antonomasia della giurisdizione.

L'esperienza dei primi anni 2000, all'indomani delle trasformazioni di fine secolo della pubblica amministrazione e del ripensamento dei mezzi di tutela in giudizio riconosciuti al cittadino nei suoi confronti, ha registrato un serrato confronto nell'individuazione della giurisdizione per talune materie quali, in particolare, i servizi pubblici, l'espropriazione, i contratti pubblici. Sul terreno della responsabilità civile della pubblica amministrazione, quindi con riferimento ad un rimedio di ordine generale e non di una materia particolare, il confronto è sembrato accendersi in uno scontro tra la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato, legato al nodo della pregiudizialità e al rapporto tra la tutela risarcitoria e quella impugnatoria; ossia tra un rimedio per equivalente, che finisce per tradurre in moneta l'errore dell'amministrazione, e uno volto invece, attraverso il connaturato effetto retroattivo dell'annullamento (dell'atto), a ripristinare la situazione preesistente.

Il Codice del processo amministrativo ha segnato un punto di compromesso e da quel momento il problema parrebbe aver perso molta della sua importanza, peraltro anche prima di allora più teorica che pratica.

Ma la nomofilachia va ben al di là del riparto di giurisdizione.

Si discute ormai da tempo circa l'opportunità, e forse anche la legittimità, di differenti nomofilachie (nazionali) a fronte di medesime questioni di diritto sostanziale.

I casi, già richiamati, della discrezionalità e della responsabilità civile sono i più importanti, potendo essere assoggettati a regole di giudizio differenti, a seconda che il relativo giudizio sia rimesso alla Corte di Cassazione o al Consiglio di Stato.

Con riferimento alla discrezionalità amministrativa e al sindacato giurisdizionale cui debba essere soggetta, la giurisprudenza della Cassazione, in particolare con la sentenza delle sezioni unite 17.2.2012, n. 2312, è sembrata indicare un modello ancorato a schemi tradizionali, di un potere amministrativo vecchio stampo.

Di contro, stenta ad affermarsi nel giudizio amministrativo un modello chiaro definito di responsabilità civile, che sia retto da tecniche risarcitorie finalmente rigorose. Più in generale, il giudizio risarcitorio fa fatica ad affrancarsi dal paradigma di quello impugnatorio, di cui per molti versi finisce per rappresentare poco più che un'appendice, una variabile, se non una complicazione cui si guarda con fastidio.

Tutto o quasi tutto del giudizio risarcitorio, nel processo amministrativo, è ancora da definire; a cominciare dalla scelta tra autonomia e complementarietà rispetto al giudizio di annullamento e all'alternativa in ordine alla natura dell'azione risarcitoria proposta nei confronti della pubblica amministrazione, sospesa per così dire tra l'applicazione del diritto comune offerto dal codice civile e la ricerca di un modello speciale, più o meno autarchico.

Chi guarda con sfavore all'emergere di nomofilachie difformi, in relazione ai medesimi istituti del diritto, si interroga su quali strade siano ad percorrere per porvi rimedio o comunque un limite.

A tal fine, è stata proposta *de iure condendo* – ma talvolta persino *de iure condito* - un'applicazione estensiva della ricorribilità per cassazione delle sentenze dei giudici speciali, che l'art. 111, u.c., Cost. nell'attuale formulazione limita ai soli motivi inerenti alla giurisdizione; così da consentire nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva il ricorso per cassazione anche per violazione di legge.

Si può obiettare come lo stesso obiettivo unificante potrebbe essere raggiunto, conservando l'attuale assetto plurale delle giurisdizioni, attraverso la condivisione dei medesimi principi da parte delle corti superiori.

In questa seconda prospettiva va segnalata l'importanza dell'Ufficio del Massimario e dell'Ufficio Studi della Giustizia Amministrativa, quali luoghi elettivi di un confronto e di una collaborazione che possono sicuramente arrecare reciproci benefici.

Va inoltre approfondita la possibilità, a Costituzione invariata, di una composizione allargata delle Sezioni Unite, aperta alla partecipazione di magistrati del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, e persino di un'applicazione temporanea di magistrati di una giurisdizione all'interno dell'altra, nella convinzione che la circolazione dei giudici possa agevolare la circolazione dei modelli e delle esperienze, rafforzando quel disegno di unità funzionale delle giurisdizioni che ha trovato riconoscimento nella giurisprudenza costituzionale dell'ultimo decennio del secolo scorso (v. Corte cost. 77/2007).

5. La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria 2011-2015. Quale diritto amministrativo?

Uno sguardo, infine, alla giurisprudenza dell'Adunanza plenaria nel quinquennio 2011-2015 e all'impegno profuso dai suoi componenti per rafforzarne la funzione nomofilattica.

Molte sono state le questioni di diritto processuale, che occupano più della metà delle pronunce, come era prevedibile al cospetto della novità storica rappresentata da un codice del processo amministrativo entrato in vigore nel 2010. Le spiegazioni di questa prevalenza possono essere anche di altro tipo: ora frutto di una tendenza più generale del sistema, che da tempo privilegia il processo sul diritto sostanziale, come è accaduto in maniera parossistica in ambito penale; ora conseguenza, anche, della più recente riforma della disciplina della responsabilità civile del magistrato, che può indurre le corti, specie quelle superiori, a rimettere le questioni più spinose ad un livello di decisione sempre più alto.

Venendo alle questioni di diritto sostanziale esaminate nell'ultimo quinquennio dalla Plenaria, nell'ordine di circa 60 pronunce, la parte del leone è riservata ai contratti pubblici e alle modalità di svolgimento delle procedure di gara.

In un quadro giurisprudenziale spesso contrassegnato dal particolarismo di questioni contingenti e specifiche, e dove la funzione nomofilattica è indebolita dalla difficoltà di separare il *fatto* dal *diritto*, è possibile isolare e sottolineare alcune tematiche ricorrenti, legate alle seguenti alternative o contrapposizioni:

- Forma e sostanza, ossia *par condicio* e massima partecipazione alla procedura di gara.
- Automatismo e margine di apprezzamento delle stazioni appaltanti.
- Procedimento e contratto.
- Legge generale e legge speciale, con particolare riferimento ai limiti di individuazione di nuove cause escludenti dalla gara.

Nell'insieme la giurisprudenza della Plenaria in materia di contratti pubblici è sembrata, in una prima fase, incentivare soluzioni di natura formale al contenzioso, sul presupposto che quanto più il lavoro delle stazioni appaltanti sia retto da meccanismi rigidi ed automatici tanto più sarebbe assicurata allora la *par condicio* tra i concorrenti. Per poi mostrare, nell'ultimo biennio, un qualche ripensamento, recuperando un po' di spazio al margine di apprezzamento delle stazioni appaltanti, attraverso il soccorso istruttorio per ovviare ad irregolarità comunque sanabili in cui fossero incorsi i concorrenti.

Sul presupposto che la procedura ad evidenza pubblica non debba essere il luogo dove inscenare una sorta di caccia all'errore bensì la sede ove accertare e premiare l'offerta migliore.

Questa seconda prospettiva, a parere di chi scrive, è da ritenersi più conforme alla linea di tendenza delle nuove direttive UE in materia, che assegnano alle stazioni appaltanti un ruolo crescente, come dimostra l'importanza sempre

maggiore riposta nelle procedure di negoziazione e, più in generale, in tutte le modalità di contrattazione in grado di colmare la distanza tra le stazioni appaltanti e gli operatori economici, di vincere l'asimmetria informativa che quasi sempre finisce per penalizzare le prime.

E' forse sorprendente osservare come, al di fuori della materia dei contratti pubblici e del procedimento ad evidenza pubblica, lo spazio che residua per il diritto amministrativo sostanziale sia piuttosto circoscritto.

Quanto alla responsabilità civile, ad esempio, nell'arco di cinque anni si registrano appena quattro interventi della Plenaria, quasi tutti peraltro calibrati sul rapporto con la tutela impugnatoria (sono le sentenze nn. 3/2011, 4/2015, 6/2015), mentre la sola davvero sostanziale è la n. 7/2013 sul danno da mancata fruizione del riposo settimanale del pubblico impiegato.

Può sembrare paradossale ma non si registra neanche una pronuncia sul procedimento amministrativo in chiave generale, ed una sola pronuncia a testa in materia di edilizia (la n. 15/2011) e di espropriazione (la n. 2/2016).

Si potrebbe ritenere che se ne ricavi l'immagine di un'amministrazione più paritaria, coerente con quel diritto amministrativo di garanzia che la migliore dottrina da decenni indica quale punto di arrivo di un cammino di libertà; se non fosse insinuante il dubbio di avere a che fare, piuttosto, con un'amministrazione più disarmata, quasi fosse, come nella nota immagine manzoniana, un vaso di terracotta tra i vasi ferro di poteri molto più forti di lei.

Un'amministrazione che per lo più contratta, eroga contributi, insegna, indice concorsi. Insomma che rende e chiede prestazioni. Che adotta meno provvedimenti amministrativi +espresi e che, quando lo fa, si orienta (o deve orientarsi) in favore di soluzioni il più possibile vincolate. Come se fuggisse dalla discrezionalità per paura della responsabilità civile (e di quella contabile). Consapevole che, dopo la riscrittura dell'art. 21 nonies della l. 241/1990 sull'autotutela, il rimedio agli errori commessi, per quanto gravi e vistosi possano essere, incontra un limite pressoché invalicabile nel rispetto del termine massimo dei diciotto mesi.