

## **I CONTRASTI DI GIURISPRUDENZA E LA NOMOFILACHIA**

**IX CONGRESSO PER L'AGGIORNAMENTO PROFESSIONALE  
ROMA, 20 MARZO 2014**

Guido Alpa

### **SALUTI E INTRODUZIONE**

È un vero onore per me aprire il IX Congresso di aggiornamento forense; il *trailer* che avete seguito rappresenta adeguatamente l'orgoglio del Consiglio Nazionale, e quindi di tutta l'Avvocatura, per la rappresentazione nel momento più colto, approfondito, serio della discussione di esibire la nobiltà, la disponibilità ed anche l'apporto solidale della categoria forense.

Quello che stiamo attraversando è un momento difficile, la crisi non è ancora terminata, l'Avvocatura ha dato la sua disponibilità al Ministro, il quale per la prima volta nella sequenza delle Sessioni congressuali di questo tipo sarà presente.

Questa è una edizione *extra ordinem*, innanzitutto perché abbiamo chiamato a dare non solo il loro saluto, ma anche il loro contributo, gli esponenti delle Corti Superiori, i vertici delle Corti Superiori, i quali con grande disponibilità hanno accolto il nostro invito. Porto i saluti del Presidente Giovannini che questa mattina ha avuto un contrattempo e non ha potuto essere presente, ma è presente il Vice Presidente del Consiglio di Stato, il Presidente Alessandro Pajno, che farà la Sua relazione.

Il Presidente della Repubblica ci ha fatto pervenire questo telegramma, scritto dal Segretario Generale: «Illustre Presidente, a nome del Capo dello Stato, mi è gradito formulare a Lei, agli insigni relatori ed a tutti i partecipanti al IX Congresso per l'Aggiornamento Professionale il più sentito augurio di buon lavoro.

Il Presidente Napolitano esprime vivo apprezzamento per l'attività svolta dal Consiglio Nazionale Forense per assicurare il continuo e costante aggiornamento delle competenze professionali e degli esercenti alla professione di Avvocato, oggi legislativamente previsto dal nuovo Ordinamento, al fine di assicurare la qualità delle prestazioni e di contribuire al migliore esercizio della professione.

Al riguardo particolare importanza riveste la scelta di dedicare la Sessione inaugurale del tradizionale appuntamento formativo al tema dei contrasti di giurisprudenza e alla Nomofilachia.

La funzione nomofilattica della Corte di cassazione, conforme alla tradizione dell'Istituto, è infatti tanto più necessaria in un periodo storico, quale è l'attuale, in cui per una molteplicità di fattori è cresciuta l'incertezza del diritto con conseguenze negative anche sulla competitività del sistema economico nazionale.

Ai cordiali saluti del Presidente della Repubblica unisco volentieri i miei personali. Il Segretario Generale, Donato Barra».

Si tratta - come dicevo - di una edizione extra ordinem perché quest'anno, oltre ai 2000 iscritti, oltre a più di 160 relatori ed oltre ai 6 canali con i quali è stata allestita ed organizzata questa nostra Sessione, è presente - innanzitutto - il nuovo Presidente delle CCBE; il nostro rappresentante italiano è stato eletto alla Presidenza della rappresentanza europea presso l'Unione Europea e la Commissione, Aldo Bulgarelli, che era già stato Consigliere del Consiglio Nazionale Forense; vi sarà - come dicevo - il Ministro e vi saranno delle iniziative anche culturali straordinarie.

Alla fine di questa mattinata abbiamo nell'altra sala la rappresentazione di un processo storico che è stata realizzata a Milano da Avvocati e Magistrati e riguarda uno dei più grandi musicisti, creatori di musica italiani, Gesualdo, che ebbe - appunto - una vicenda passionale straordinaria che aveva dato luogo ad acute questioni di carattere giuridico.

Abbiamo anche la nostra mostra; una mostra fatta in casa, fatta in famiglia, l'esposizione delle monografie, dei Trattati ed alcune preziose edizioni del '500 e del '600 che sono nella Biblioteca del Consiglio Nazionale Forense, libri scritti dagli Avvocati per gli Avvocati, il lavoro che stiamo facendo in questi giorni, cioè Avvocati che

hanno studiato, hanno proposto questioni che hanno - magari - anche suggerito modelli giurisprudenziali, quindi modelli di sentenza, che discutono con altri Avvocati il modo nel quale difendere i diritti, utilizzare i rimedi, quindi assolvere quella funzione che non è soltanto una funzione individuale, ma anche una funzione sociale.

Gli eventi culturali non sono conclusi qui, e lo si vedrà nel corso di tutta questa nostra edizione, ma mi fa piacere segnalare che nello stand del Consiglio Nazionale Forense è in distribuzione questo libro; è un prezioso reperto, dovrebbe risalire - perché è senza data - al 1945 o 1946 e sono le lezioni che Filippo Vassalli, già membro del Consiglio Nazionale Forense negli anni Trenta, allora si chiamava Commissione reale per l'Avvocatura, detto nell'Università de "La Sapienza" sulla tutela dei diritti, uno dei libri del Codice a cui Vassalli aveva posto mano, essendo coordinatore della Commissione per la riforma del Codice Civile.

Questo libro ha una storia perché era scomparso, non era più conservato neppure nelle biblioteche, ed uno studente del mio corso, Matteo Di Cicco, lo ha trovato in un catalogo, lo ha donato alla Biblioteca del Senato, ed il Senato ci ha consentito di riprodurlo, sicché, come vedete sfogliando il libro, abbiamo anche il simbolo del Senato che ci ha dato il suo benessere e la possibilità di riprodurlo in una edizione limitata.

Il leitmotiv di questo Congresso è molto interessante e affascinante da un certo punto di vista perché si parlerà in tutte le sessioni dei contrasti di giurisprudenza e della nomofilachia.

Questo è un tema a cui gli Avvocati sono particolarmente sensibili, perché non è collegato soltanto con l'evoluzione del diritto, con l'interpretazione adeguatrice del diritto, con l'interpretazione orientata alle conseguenze, non è soltanto collegata alla molteplicità delle fonti, il problema è ben più profondo ed anche molto più rilevante dal punto di vista pratico, professionale.

In altri termini quale è la situazione attuale nella interpretazione della legge, in particolare dei Codici?, quali sono le tecniche con cui i giudici introducono nuove visioni del diritto, nuove tecniche di adeguamento del diritto?, quali sono le conseguenze delle diverse visioni e quindi dei diversi indirizzi interpretativi?

Una di queste è certamente la difficoltà di pervenire alla certezza del diritto, ma - come si sa - la certezza del diritto è un mito, è uno dei possibili fari ai quali l'interprete si deve indirizzare ed orientare, ma certamente la certezza del diritto non è praticabile in tutte le sue modalità, in tutte le sue forme.

Si può prevedere, come ci indicano gli studiosi di *common law*, una possibile soluzione del caso, si può immaginare che il caso possa essere risolto nello stesso senso in cui è stato risolto precedentemente, ora con la nuova formulazione della disciplina dei ricorsi per Cassazione diventa più difficile modificare l'orientamento della giurisprudenza perché bisogna avere degli argomenti particolarmente persuasivi e fondati, perché la Corte possa accogliere il ricorso se la sentenza appellata si era uniformata all'orientamento della Corte Suprema, ma un conto è la "prevedibilità", un conto la "certezza", altro conto è il "diritto vivente", il diritto che deve non soltanto essere applicato in modo meccanico, il diritto che non può fossilizzarsi con il trascorrere del tempo, con l'emergere di nuove esigenze, di nuove necessità e soprattutto nuovi valori.

Basta fare una semplice rassegna di quelli che potremmo chiamare "i nostri precedenti" per verificare che, magari anche richiedendo un tempo abbastanza lungo, la Corte di cassazione ha mutato orientamento, ha mutato un indirizzo che era consolidato, si pensi in materia di responsabilità civile al danno biologico.

Ricordo che nel 1974, quando comparve la prima sentenza al Tribunale di Genova che introduceva questa nuova categoria, una nuova voce di danno, un nuovo valore collegato con la salute e quindi con l'art. 32 Cost.; la sentenza scardinava le tecniche di valutazione del danno alla persona che fino a quell'epoca si erano consolidate.

Ci sono voluti più di 10 anni perché la Corte di cassazione mutasse orientamento e nel lungo percorso che ha segnato questa giurisprudenza innovativa anche la Corte costituzionale ebbe l'occasione di intervenire: è stata una costruzione molto elaborata, molto difficile e molto contrastata.

Lo stesso per quanto riguarda la lesione del credito; dal caso *Superga* del 1953 al caso *Meroni* del 1971 sono trascorsi quasi 20 anni.

Quello che, invece, oggi si discute - al di là ovviamente della opportunità di proseguire e rafforzare la nomofilachia, al di là della scoperta delle sue radici storiche con l'ausilio delle pagine di Mortara e di Calamandrei dell'inizio del '900, al di là dell'art. 65 ord. giud., al di là dell'attuale disciplina dei ricorsi - e in che forme ed in che modi la nomofilachia debba essere praticata, non imposta, ma praticata e nello stesso tempo se sia possibile coordinare l'orientamento delle diverse sezioni in modo che, non nello stesso giorno, ma in epoche o momenti ravvicinati nel tempo, non emergano orientamenti tra loro contrastanti.

L'ultima occasione molto interessante - segnalo a tutti voi la sentenza - è una sorta di trattatello in materia di responsabilità civile, sul danno alla persona, la sentenza 23 gennaio 2014, n. 1361.

Sono 110 pagine, due pagine intere di dispositivo che riguardano il danno esistenziale, il danno c.d. tanatologico, il diritto dei superstiti di ottenere il risarcimento del danno per la morte del congiunto, non *iure proprio*, ma *iure successionis* anche quando il decesso sia stato immediato.

Come tutti i colleghi Avvocati che trattano questo settore sanno, i temi sono molto controversi, sono stati discussi per anni, c'è una letteratura fiorente molto diffusa, molto vasta, io ho sempre sottolineato l'opportunità di non moltiplicare le voci di danno e di assorbire tutte le voci di danno che via via l'interpretazione creativa del giudice aveva introdotto, il danno alla serenità della vita familiare, il danno alla vita sociale, il danno estetico, etc. etc., in un'unica voce, al di là del danno patrimoniale, del danno relativo alla capacità specifica di lavoro nel danno biologico.

Questo era l'indirizzo che la Corte di cassazione a Sezioni Unite aveva seguito nel 2009 e pensavamo che la questione fosse ormai risolta; invece si è riaperta e si è riaperta con una sentenza - devo dire - molto dotta e introduce anche uno degli argomenti che saranno discussi oggi pomeriggio e cioè l'uso delle categorie giuridiche - su questo tema proprio oggi presenteremo il libro di Nicola Lipari - e fa un riferimento alla dottrina che sostiene, correttamente, che le categorie giuridiche non debbono essere considerate delle stelle fisse e quindi delle strutture immutabili nel tempo, dogmaticamente rifinite, ma non oggetto di ripensamento e che non è possibile scalfire: tutt'altro, devono essere adeguate, via via, alle esigenze che l'interprete avverte tenendo conto dei valori che evolvono nel corso del tempo.

C'è anche un salto logico o forse una finzione, per questo è interessante anche capire tra le tecniche interpretative del giudice come vengono usate le finzioni, perché liquidare il danno tanatologico al soggetto che non esiste più e che non ha sofferto in quanto il decesso è istantaneo, è un salto logico e quindi è interessante capire la motivazione con la quale si arriva a questo risultato.

Questo è soltanto uno dei tanti problemi che discuteremo in queste giornate; è inutile dire che a pochi giorni di distanza la questione è stata rimessa con una motivazione molto persuasiva alle Sezioni Unite in modo che le Sezioni Unite poi risolvano definitivamente il problema, si spera, per qualche anno.

Ci sarebbe molto da dire sulla nomofilachia; oggi le relazioni di apertura approfondiranno sia gli aspetti di carattere penale, sia gli aspetti di carattere civile, sia gli aspetti di carattere amministrativo e poi in tutte le sessioni saranno discusse le questioni più controverse che richiedono una verifica da parte dei giuristi, una proposta e un possibile coordinamento, per raggiungere se possibile una tendenza unitarietà interpretativa da parte della Corte di cassazione.

Qualche volta il problema è risolto dal legislatore e proprio ieri - discutendo nella presentazione del libro di Andrea Di Porto che si riprenderà nella sessione *ad hoc* sui beni comuni domani - ci si è chiesti se al di là dell'intervento di carattere formale il giudice, possa effettuare un intervento creativo, un intervento innovativo, e con la sua sensibilità riesca ad adeguare le regole non soltanto al caso, ma anche ai valori fondanti della società ovvero se sia necessario l'intervento legislativo quando le novità interpretative e quindi i nuovi indirizzi richiedano un più stabile consolidamento.

Anche a proposito dei beni comuni ci si è chiesto se non sia ormai il caso di intervenire legislativamente per una riformulazione della disciplina delle norme di apertura del libro III sulla proprietà. In altri termini, l'interpretazione evolutiva non è sufficiente a risolvere i meri problemi di classificazione dei beni.

Ebbene, questo è un altro tema molto interessante, qualche volta il legislatore lo ha fatto, sappiamo che la codificazione del 1942 ha incluso anche massime che provenivano dagli orientamenti giurisprudenziali che avevano risolto in modo innovativo casi riguardanti i nuovi contratti e nuove problematiche relative in particolare alle obbligazioni: materie che il Codice del 1865 non aveva potuto tenere in considerazione, essendo rivolto più al passato che al futuro.

Questo è un altro tema che pone in contatto il legislatore da un lato, il creatore della norma interpretativa dall'altro.

Come si vede, non esito a parlare di creazione, non esito a parlare di posizione di una norma perché credo che ormai si possa essere convinti che il giudice non interpreta soltanto, ma nella ripetitività dell'affermazione della massima diventa creatore della norma.

È chiaro che il giudice italiano non ha gli stessi poteri che ha il giudice inglese, e tanto meno i poteri del giudice svizzero, il quale grazie alle norme di codice formula la norma *ad hoc*, intervenendo come fosse un legislatore.

Le aspettative che si sono accese sono molte, gli interrogativi che si possono porre sono molti ed adesso è arrivato il momento di ascoltare le relazioni.

Giorgio Santacroce

## **SALUTO**

Porgo a voi tutti un saluto cordiale, e direi anche fortemente interessato, perché è inevitabile per noi magistrati della Corte di cassazione sentirsi coinvolti nei lavori di questo Congresso; ed essere in particolare interessati al tema di questa seduta inaugurale, che invita a fare una riflessione sul ruolo e la posizione della Corte Suprema e dei suoi poteri così come la Costituzione li ha delineati e sui problemi interni del suo funzionamento. Il titolo di questa seduta ha il pregio di cogliere con immediatezza il valore della funzione primaria esercitata dalla Cassazione, che è quella "nomofilattica", e che si esplica attraverso l'enunciazione di principi di diritto proprio nella risoluzione dei "contrastati di giurisprudenza" compiuta dalle Sezioni Unite, sia nel campo del diritto sostanziale che in quello del diritto processuale.

Risolvendo i contrastati - che, quando non sono frequenti e consuevoli, costituiscono un fattore positivo di dialettica e sviluppo della giurisprudenza - si riescono a fissare orientamenti più solidi e persuasivi di quelli che s'intendono superare, in modo da considerarli durevolmente nel futuro. Per ottenere questo risultato è indispensabile, come non ho mancato di far rilevare nel mio discorso inaugurale, che la speciale funzione nomofilattica delle Sezioni Unite si alimenti il più possibile, oltre che dell'ausilio indispensabile della dottrina più accreditata, dei contributi che l'intera Corte, in ogni sua articolazione, è in condizione di offrire, perché di essa le Sezioni Unite sono espressione e debbono quindi poterne ascoltare le voci e rappresentare la sintesi.

A questo scopo, e per evitare che l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite sia, per così dire, calato dall'alto, o venga così concepito, nel corso dell'anno 2013 si è cercato di sviluppare ulteriormente la prassi degli incontri di studio preparatori alle decisioni di maggiore importanza: incontri organizzati dalla formazione decentrata (talora anche con l'apporto di università rese disponibili) che hanno dato ai componenti del collegio giudicante delle Sezioni Unite la possibilità di

fruire degli spunti offerti dagli studiosi della materia, da altri colleghi della stessa Corte e, nei casi in cui le questioni da trattare lo hanno suggerito, anche da magistrati esterni alla Corte e provenienti da plessi giurisdizionali diversi. Così è stato fatto in preparazione dell'attesa decisione delle Sezioni Unite a proposito dei limiti dei poteri di valutazione riconosciuti dalla riformata legge fallimentare al tribunale nelle procedure di concordato preventivo. Per poter mettere la Corte in condizione di recepire istanze che meglio di ogni altro i giudici di merito (e, in particolare, quelli addetti alle sezioni fallimentari) sono in grado di avvertire e rappresentare, è stata espressamente e fruttuosamente sollecitata la loro partecipazione all'incontro, per il tramite degli uffici di formazione decentrata dei singoli distretti. I risultati positivi conseguiti incoraggiano a tener viva questa prassi e a incrementarla anche per l'avvenire. In quest'ottica merita sicuramente un plauso la varietà di temi proposti in questo Congresso, dove si spazia dai diritti sostanziali a quelli processuali, nelle loro espressioni nazionali ed europee, attraverso relazioni, presentazione di testi giuridici e tavole rotonde. C'è molta carne al fuoco senza dubbio, ma mi sembra che sia stata opportunamente calibrata, così da offrire un tavolo ricco e variegato di profili, in grado di favorire un dialogo proficuo tra le varie discipline ed esplorare nuovi orizzonti metodologici e di contenuto.

È poi motivo di compiacimento veder esteso questo convegno non solo alla Corte di cassazione, ma anche ad altre magistrature, a conferma dell'utilità di confrontarsi con assetti giudiziari diversi, specie laddove le Sezioni Unite Civili sono chiamate a svolgere la delicata funzione di "giudice della giurisdizione": tema che, specie riguardo alla definizione del riparto tra plessi giurisdizionali, costituisce tuttora uno dei punti critici dell'ordinamento, foriero sovente di incertezze destinate a riflettersi sulle aspettative di giustizia delle parti, alle quali non riesce sempre agevole individuare con certezza il giudice a cui ricorrere, o - ciò che è lo stesso - il giudice al quale sottrarsi.

Per finire voglio esprimere un ringraziamento sentito a coloro che hanno collaborato attivamente alla riuscita di questa importante iniziativa, e, in particolare, al professor Guido Alpa e agli avvocati Mariani Marini, Antonio De Giorni e Stefano Borsacchi.



Gianfranco Ciani

## **I CONTRASTI DI GIURISPRUDENZA E LA NOMOFILACHIA IN MATERIA PENALE**

**Sommario:** 1. Premessa: la "dolorosa" storicità del concetto. - 2. La funzione nomofilattica nella previsione normativa. - 3. Le cause dell'ulteriore evoluzione. - 3.1. L'ampliamento delle funzioni della Corte di cassazione. - 3.2. La nomofilachia di fronte all'Europa. - 3.3. La valanga dei ricorsi in cassazione e la funzione nomofilattica. - 3.4. Lo scarso tecnicismo della legge. - 4. Quasi una conclusione.

### 1. PREMESSA: LA "DOLOROSA" STORICITÀ DEL CONCETTO

L'oggetto di queste mie brevi riflessioni su "I contrasti di giurisprudenza e la nomofilachia" ben potrebbe essere espresso da un sintetico interrogativo: quali sono oggi le "possibilità storiche" della nomofilachia? O, se si vuole, in diversa formulazione: quale è l'odierno senso pregnante - quindi, nell'attualità storica - di tale funzione?

Questo approccio di tipo storico - e non dogmatico - alla riflessione sul problema non è, d'altra parte, una novità. Quasi due lustri fa, a conclusione di uno dei saggi maggiormente perspicui e suggestivi su questa tematica, Giovanni Fiandaca, affermava - dopo averne fornito ampia ed acuta dimostrazione - che, nella materia penale, «la nomofilachia raggiungibile sarà soltanto quella storicamente "possibile": cioè quella che - al di là delle migliori intenzioni soggettive - sarà di fatto consentita da tutti i fattori condizionanti (interni alla magistratura ed esterni o di contesto) in campo»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, 1722.

Il primo postulato da cui muovo è, dunque, che la funzione nomofilattica è sì un principio ispiratore dell'attività interpretativa della giurisprudenza, ma un principio fortemente condizionato, se non del tutto determinato, dal contesto storico in cui esso si colloca. Non esiste, cioè, un immutabile "principio nomofilattico" dell'interpretazione, neppure nella materia penale, là dove, cioè, detto principio dovrebbe costituire lo strumento per eccellenza al fine di meglio realizzare, nell'interpretazione dei giudici, i caposaldi della garanzia in materia penale, vale a dire i principi di legalità e di certezza giuridica.

La crisi dogmatica della nozione di "nomofilachia" coincide con la scoperta che, anche in materia penale, l'attività di interpretazione dei giudici ha carattere creativo, che, cioè, "anche" applicando le norme penali i giudici "creano" diritto e che dunque i fondamenti illuministici della interpretazione "neutra", come disvelamento di un'obiettività giuridica tutta interna alla norma, risultano, alla fine, ingenui e superati.

Come ancora nel saggio citato dimostra bene Fiandaca, questa "scoperta" - che, cioè, anche il giudice penale è creativo nella sua ermeneutica, nonostante il pilastro della riserva di legge - genera imbarazzi e divisioni nella stessa dottrina penalistica italiana, sul finire degli anni '90. Ai pochi (e coraggiosi) studiosi (penso allo stesso Fiandaca, a Massimo Donini, ad Alberto Cadoppi, per tutti) che denunciano che il "re è nudo" e che pertanto conviene partire da tale dato storico e fenomenico, si contrappongono le (talvolta stizzite) reazioni di molti esponenti della dottrina penalistica che, stigmatizzando la creatività interpretativa in materia penale, difendono l'universo penalistico di impronta illuministica, ribadendo sì ragioni nobilissime del garantismo giuridico, ma senza - per dirla ancora con Fiandaca - «misurarsi con il dato di fatto che i giudici "creano" diritto penale applicato», preferendo piuttosto «"rimuovere" questo fenomeno sgradito denunciandone la (presunta) radicale incompatibilità con i fondamenti illuministici del sistema vigente».

Se, dunque, si abbandona la prospettiva "negazionista" e si ammette che "anche" il diritto penale "in atto" postula un momento creativo dell'interpretazione giudiziale, allora muta radicalmente la prospettiva della nomofilachia della Corte di cassazione.

Essa, invero, diviene funzione concreta e storica, piuttosto che difesa un po' stantia e scontata di una irraggiungibile certezza giudiziale. Non si tratta di negare o anche solo di porre in discus-

sione i nobilissimi valori sottesi alla funzione nomofilattica, quanto di sostituire alle affermazioni di puro principio la (forse dolorosa, ma indispensabile) analisi di situazioni concrete. Da questa strada passa la verifica della funzione di cui stiamo dibattendo: se, cioè, essa ha conservato, rispetto alla previsione legislativa, i suoi tratti originari. In una parola: se la funzione nomofilattica, statuita dal legislatore, abbia oggi il medesimo "senso" che ci rimandano i testi normativi in cui essa fu in origine stabilita.

## 2. LA FUNZIONE NOMOFILATTICA NELLA PREVISIONE NORMATIVA

Per procedere a questo confronto, occorre allora muovere da questi testi normativi, individuabili, essenzialmente, in due previsioni: la prima - per l'ordinamento nazionale - è quella che, fissando per la prima volta le funzioni delle allora Corti di cassazione regionali, era contenuta nell'art. 122, R.D. 6 dicembre 1865, n. 2626, secondo cui alla Cassazione spettava di assicurare "l'esatta osservanza delle leggi"; la seconda, nell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario del 1941 (R.D. 31 gennaio 1941, n. 12); un testo che costituisce l'integrazione del primo dovuto a Piero Calamandrei e che è rimasto indenne alle numerose interpolazioni dell'ordinamento giudiziario di questi ultimi decenni: secondo tale norma, la Corte di cassazione «assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge (e) l'unità del diritto oggettivo nazionale».

La prima formula normativa (assicurare «l'esatta osservanza della legge») ricalca appieno la filosofia illuminista del rapporto giudice-legge. Quest'ultima ha un'oggettività di significato univoca e l'interprete (il giudice) è chiamato solo ad "estrarlo" da essa: prestando "osservanza" al testo normativo, per ciò stesso è assicurata la nomofilachia, potendosi dalla norma ricavare solo univocamente un significato. Dunque, se il giudice "osserva" la legge [nel duplice senso: *a*) di prestare osservanza, sottomettendosi ad essa; *b*) di scrutarne attentamente il suo senso letterale e logico] non vi può essere problema di divergenza interpretativa. Se l'osservazione della norma è "esatta" - secondo l'ideale, ancora una volta, illuminista, di un approccio *more geometrico* dell'interprete - allora l'interpretazione garantisce la certezza giuridica, essendo uno ed uno soltanto il risultato ermeneutico possibile e

giustificato dalla logica. Il giudice ancora e sempre «bocca della legge»<sup>2</sup>.

La Cassazione interviene solo allorché tale "osservanza" non è, appunto, "esatta": è cioè frutto di una presbiopia da parte del giudice, che non è attento nell'estrazione dell'univoco significato normativo e che dunque non ha correttamente osservato il precetto.

Già il testo dell'ordinamento del '41 costituisce una progressione in senso realistico di tale prospettiva. Nell'art. 65 compare ancora questa ipotesi divinatoria: cioè una norma che, se attentamente osservata, rivela immediatamente il suo (evidentemente assai poco recondito) segreto ermeneutico, ma c'è qualcosa in più. Quel qualcosa che, appunto, si deve alla felice ed acuta intuizione di Calamandrei, secondo cui, al di là della sacralità della formula, residuavano in capo al giudice margini di libertà ermeneutiche, di indubbio pericolo per la certezza del diritto. Ne conseguiva l'esigenza di un organo di vertice della giurisdizione in grado di armonizzare (*recte*: di uniformare) le diversità interpretative e da ricondurre così ad unitarietà il "diritto oggettivo nazionale".

La certezza del diritto non è più un portato dell'oggettività della norma (si potrebbe dire: nella sua autoevidenza), ma è assicurata attraverso la via giurisprudenziale: dalla funzione della Corte suprema di cassazione che garantisce, appunto, questa *reductio ad unum* dell'intero diritto nazionale.

Questa (notevole) evoluzione concettuale stimola alcuni rilievi.

Innanzitutto che, per la prima volta, si afferma nel testo normativo un distacco rispetto al modello teorico "esasperato" dall'illuminismo giuridico: si ammette, cioè, la possibilità di un certo grado di libertà ermeneutica (o, perlomeno, di una certa possibilità *de facto*) del giudice nazionale. Si incrina, cioè, il modello teorico ortodosso che voleva dalla "esatta osservanza della norma" discendere necessariamente il suo univoco significato oggettivo.

Inoltre, si concentra in capo alla Corte di cassazione l'attività di nomofilachia "delle norme" ed esclusivamente di esse. L'uniformità non è cioè funzionale alla "applicazione" delle norme, ma semplicemente della loro "interpretazione". Non essendo un giudice di terza istanza, la Cassazione non può occuparsi né di

---

<sup>2</sup> C. BECCARIA nel suo *Dei delitti e delle pene* (di cui quest'anno ricorre il duecentocinquantésimo anniversario dalla pubblicazione), nel IV capitolo dedicato, appunto, all'interpretazione della legge, parlava di «costante e fissa voce della legge» e di «errante instabilità delle interpretazioni».

“applicazioni” eterodosse della norma, ancorché correttamente interpretata dal giudice (perché ciò significherebbe far risaltare il “caso concreto” e dunque il fatto che vi sta alla base); né, tantomeno, di prassi giudiziarie non corrette.

La “suprema” Corte fornisce solo interpretazioni di norme, riducendo la pluralità ad unità ed esigendo l’adeguamento a tale *dictum* ermeneutico da parte dei giudici: e ciò, nonostante l’attività nomofilattica non si fondi sul valore vincolante del precedente, né la giurisdizione conosca una sovraordinazione gerarchica tra vertice di legittimità e giudici di merito.

È una nomofilachia che, per decenni, si regge sul nulla, nel senso che sopravvive (anche bene) pur nell’apparente assenza di strumenti formali atti a garantirla. Qui il discorso - solo ad avere un tempo assai più ampio - richiederebbe una serie di approfondimenti di vario genere: storico, innanzitutto, ma anche di teoria delle fonti (basti soltanto pensare a come la Carta costituzionale incida sul problema), di cultura della giurisdizione (basti pensare all’evoluzione degli assetti ideologici della magistratura italiana) o di teoria generale dell’interpretazione (basti pensare alla teoria del precedente “autorevole”, ancorché non formalmente vincolante). Ma anche solo sfiorare tutte queste tematiche mi è evidentemente impossibile in questa sede.

Mi limito allora a sottolineare come tale chiarissimo modello (nomofilachia solo “delle norme”; certezza del diritto derivata dalla unità del diritto nazionale come “interpretato” dalla Cassazione) fornisca, per almeno un trentennio, l’illusione, specie nella materia penale, della certezza del diritto intesa (quantomeno) come prevedibilità dell’esegesi.

In questa prospettiva la nomofilachia delle norme “difende” la legge o, meglio, la sua corretta interpretazione.

### 3. LE CAUSE DELL’ULTERIORE EVOLUZIONE

Questo modello entra tuttavia in crisi - a mio avviso dall’inizio degli anni ’90 e, poi, sempre più rapidamente - per il concorso di almeno tre diversi fattori, che enuncio subito e poi analizzo: il primo, è rappresentato da un incremento delle funzioni del giudice di legittimità, dagli spazi sempre maggiori che esso ritaglia al proprio *jus dicere*; il secondo, è rappresentato dalla incrementata poliedricità delle fonti di produzione del diritto ed, in particolare,

dalla inedita incidenza delle fonti sovranazionali anche nella materia penale; il terzo è rappresentato dai numeri con cui oggi si confronta la giurisdizione. Ad essi se ne può aggiungere un quarto: la progressiva, scadente qualità delle leggi.

Si tratta, ovviamente, di cause convergenti, che, intersecandosi, moltiplicano in perfetta sinergia la loro efficacia. Analizzarle separatamente è possibile solo per comodità, appunto teorica: ma senza dimenticare che esse non sono rappresentabili, in una metafora grafica, come degli autonomi vettori ciascuno dei quali determina un autonomo effetto, quanto come delle linee che, intersecandosi più volte e reciprocamente, ingrossano l'efficacia causale.

### 3.1. L'ampliamento delle funzioni della Corte di cassazione

A mettere in crisi il modello classico della nomofilachia delle norme è innanzitutto la stessa procedura penale (e la sua sistematica interpretazione da parte della stessa Corte di cassazione) che assegna al giudice della legittimità, progressivamente, sempre maggiori spazi nell'ambito del "fatto" processuale, avvicinandolo sempre più ad un giudice di terza istanza ed allontanandolo, sempre più, dal modello originario puro della *Cassation* francese.

Allorquando il difetto di motivazione (nella forma della motivazione "fisicamente" inesistente o meramente "apparente") viene ricondotto al vizio di violazione di legge ed allora si espande, accanto al vizio di "inosservanza della legge penale", soprattutto quello della "erronea applicazione della legge penale" [art. 606, comma 1, lett. b), c.p.p.], l'orizzonte di delibazione da parte del giudice di legittimità si espande in maniera esponenziale. Non è più soltanto l'interpretazione della legge penale a venire in gioco, ma è la sua "applicazione" a divenire problema preminente: precisamente, ad indirizzare sempre di più verso l'applicazione che la norma penale ha avuto nel caso concreto. Con una progressiva alterazione della natura della Corte: da organo preposto alla tutela dello *ius constitutionis* a organo preposto, prevalentemente, alla tutela dello *ius litigatoris*.

Non si tratta più di interpretare con perspicacia una norma di carattere sostanziale, ad esempio, verificando se la rapina impropria ammette il tentativo o se una certa nullità processuale abbia natura assoluta; si tratta invece di stabilire se la norma, di natura sostanziale o processuale, ancorché correttamente interpretata, abbia avuto, "in quello specifico caso", corretta applicazione o se il

giudice ne abbia effettivamente motivato l'applicazione con riferimento, sempre, al caso di specie.

Le coordinate storiche e fenomeniche del fatto che, nella "semplice" interpretazione nomofilattica delle norme, rimanevano confinate sullo sfondo, divengono improvvisamente essenziali e rubano quasi la scena. La denuncia più frequente alla Cassazione non è che una norma sia stata male interpretata dal giudice, quanto che essa sia stata male applicata al caso di specie che, per le sue caratteristiche, la rifiutava: appunto, "erronea applicazione" della norma.

Cosa comporta ciò sull'evoluzione della nomofilachia?

Ovviamente moltissimo: la "nomofilachia delle norme" diviene marginale (anche perché la corretta esegesi proviene sempre più spesso dalla riflessione dottrinale, cui addirittura spetterebbe in via di principio, secondo l'idea di molti studiosi, tra cui lo stesso Fiandaca) ed è sostituita dalla "nomofilachia dei casi". Il problema non è più quello di uniformare interpretazioni, ma "applicazioni" di norme a casi che, per tipologia, risultano sovrapponibili e, dunque, meritano eguale trattamento. Alla Corte di cassazione si chiede un compito titanico: non soltanto enunciare il principio di diritto (il che è il meno gravoso dei compiti), quanto di estrarre una serie casistica, ottenuta per "tipizzazione", cui applicare quel principio.

Quasi ovvia l'estrema sofferenza, in questo orizzonte, della funzione nomofilattica. Invero, per tipizzare il caso occorre scandagliarlo a fondo: ecco che le sentenze di Cassazione, in origine dotte ed articolate solo nel "Considerato in diritto", mutano anche proporzione quantitativa, implementando a dismisura la parte del "Ritenuto in fatto", la parte espositiva della *species facti* e l'analisi dettagliata dei motivi. Se il vizio è la denuncia di una erronea applicazione della norma penale a quella determinata fattispecie, ovvio che l'enfasi analitica si spenda innanzitutto sugli esatti confini di quest'ultima.

A ciò si aggiunge un altro e non secondario fenomeno, ben messo in luce da Francesco Iacoviello, nel suo monumentale lavoro sulla cassazione penale<sup>3</sup>.

Ci si riferisce al fatto che la Cassazione "entra" più volte nella medesima vicenda processuale: lo fa una prima volta, ad esempio, delibando le misure cautelari personali in essa applicate, poi verifi-

---

<sup>3</sup> F. IACOVELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, *passim*.

cando la legittimità di quelle reali, poi, infine, esaminando l'esito decisorio, la sentenza. Quest'ultima, inoltre, per lo spezzatino processuale dei riti alternativi, può intervenire dapprima sul troncone definito in abbreviato e poi su quello che è esito del giudizio dibattimentale e perfino, per l'eventuale abnormità, sui monconi transitati dal merito attraverso il patteggiamento.

Questo complica ulteriormente la possibilità di una "nomofilachia dei casi", proprio perché - come risulta evidente - sono ben diversi gli approcci e le prospettive dei vari interventi del giudice di legittimità anche nell'ambito della medesima vicenda. Può ben accadere - come nota Iacoviello - che, ancorché la ricostruzione del fatto «non sia mutata di una virgola (...), nel cautelare giudice di riesame e Cassazione affermano che quella costruzione è abusiva e lascino in piedi il sequestro, (ma) ciò non impedisce che magari nel principale quella costruzione - per la Cassazione - non è più abusiva».

In breve: ogni intervento del giudice di legittimità sembra reseccato sul concreto oggetto del giudizio, sul caso sottoposto, sulle coordinate storiche rispetto alle quali viene espresso.

Interi filoni giurisprudenziali risentono, quanto alla loro uniformità (e, dunque, alla prevedibilità degli esiti del giudizio) della variabilità del *case law*, accentuando molto, di conseguenza, il divario tra la nomofilachia riferita alla *law in book* e la nomofilachia relativa alla *law in action*: specie in quegli ambiti in cui la precisione normativa o è totalmente assente o è necessariamente precaria. Penso, per tutte, alle tematiche del concorso esterno in associazione mafiosa o alla responsabilità penale per colpa medica o al rapporto tra bancarotta distruttiva e dichiarazione di fallimento: ma gli esempi potrebbero durare almeno quanto tutto il mio intervento.

In conclusione: la Corte di cassazione è divenuta sempre più giudice del *case law*, avvicinandosi al modello anglosassone ed allontanandosi dal modello francese-continentale. A tale evoluzione è seguita la progressiva, quanto impervia, sostituzione di una attività nomofilattica sulle *regulae iuris* con quella, assai più complessa ed indefinita, di una nomofilachia dei casi.

### 3.2. La nomofilachia di fronte all'Europa

Il processo sopra descritto (o, per meglio dire, sopra appena accennato) si è saldato con un altro orizzonte interpretativo di recente acquisizione, che ne ha moltiplicato gli effetti. Orizzonte nel



quale è forte e concreto il rischio per l'interprete - e, quindi, anche per la Cassazione - di smarrirsi in quel labirinto di recente evocato da un giovane studioso in un libro ricco di spunti e di riflessioni<sup>4</sup>.

La funzione nomofilattica ha invero dovuto confrontarsi con il materiale giurisprudenziale proveniente dalle Corti europee di Strasburgo e di Lussemburgo, che a mio avviso - tra i molti meriti - ha avuto però anche qualche demerito. Tra questi ultimi non annovero tanto la dissoluzione di alcune "certezze" storiche e dogmatiche (come, ad esempio, il giudicato penale), piuttosto una sottile, quanto insidiosa pretesa: vale a dire che la soluzione in termini di "ingiustizia del processo" proclamata a Strasburgo o a Lussemburgo divenga principio generale ed assoluto a piazza Cavour.

Invero, le Corti sovranazionali, segnatamente la Corte EDU - come incisivamente notato da Paolo Ferrua - perseguono il *fair trial*, la "giustizia del processo" secondo un approccio «inevitabilmente funzionale alle peculiarità della fattispecie, in un gioco di reciproco condizionamento tra caso e legge»: ed è «estremamente rischioso» proiettare tale lettura (della fattispecie e della Convenzione) fuori dal contesto, convertendola di fatto in una formula legislativa o anche in un principio giuridico generale ed assoluto.

Nota ancora Ferrua come sia problematica la possibilità stessa di concepire, rispetto al processo penale, un monopolio interpretativo vincolante della Corte EDU che superi "il limite segnato dalla singola controversia", assumendo come vincolante non la decisione in sé e neppure il principio di diritto affermato in "quella" decisione, quanto l'interpretazione della legge convenzionale in un ambito diverso da quello relativo alla controversia decisa.

Eppure, nonostante la fondatezza di tali riflessioni, abbiamo assistito ad un progressivo innesto di portati giurisprudenziali della Corte sovranazionale affermati in via di principio e con assolutezza generalizzante: con grave crisi della stessa nomofilachia della Cassazione, stretta tra la Scilla dei propri precedenti e la Cariddi dei "principi" (non già della specifica decisione) trasposti dalla giurisprudenza sovranazionale.

Ne è nato un sistema composito, nel quale, lungi dal realizzarsi la prevedibilità decisionale (pure predicata da Strasburgo quale valore non negoziabile della giurisdizione penale) si naviga a vista: con buona pace dell'attività nomofilattica. Gli esempi possibili

---

<sup>4</sup> V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili di intersezione tra diritto nazionale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

sarebbero molti e tutti molto noti: dai limiti alla riqualificazione giuridica del fatto (riferiti dalla Corte EDU sostanzialmente solo al giudice nazionale di ultima istanza ed invece espanso come principio generale dalla giurisprudenza nazionale), alla necessaria rinnovazione dell'istruttoria in appello in caso di riforma dell'assoluzione in primo grado (limitata dalla Corte EDU all'ipotesi di rivalutazione in appello dell'unica o decisiva prova d'accusa dichiarativa ed, anche in questo caso, evocato quale principio generale di "ogni" riforma assolutoria in grado di appello): e così via.

Voglio dire che il passaggio dal caso (deciso in sede sovranazionale) al principio (che si vorrebbe importare in sede nazionale, sganciato dal caso medesimo) è fortemente problematico per la stessa nomofilachia: ancora una volta, la Cassazione dovrebbe uniformare un'interpretazione parametrata, tuttavia, su una specifica fattispecie, problematicamente proiettata fuori dal suo contesto originario.

È possibile, insomma, tipizzare ciò che è unico ed irripetibile quale vicenda storico-processuale? Evidentemente no: ed allora, la nomofilachia, pure richiesta a gran voce da molti orecchianti della giurisprudenza di Strasburgo, va in crisi.

Ma c'è di più.

La stessa giurisprudenza CEDU (che è giurisprudenza di casi e di diritti, non di regole astratte) impone rimedi inusitati alla giurisprudenza nazionale, incrementando la notevole confusione, già grande sotto il cielo.

Ad esempio, prima dei casi *Drassich* e *Dorigo*, qualcuno avrebbe mai immaginato un uso "analogico" dello strumento dell'art. 625-*bis* c.p.p. (Ricorso straordinario per errore materiale o di fatto) da parte della Corte di cassazione? Avrebbe mai ipotizzato aderente alla funzione nomofilattica del giudice di legittimità un superamento disinvolto - come è stato scritto - della secolare distinzione tra *error in procedendo in iure* ed *error in iudicando in facto*, al fine di "piegare" lo strumento di impugnazione straordinario per riparare alle violazioni della Convenzione?

Si dirà: la Cassazione ha agito in stato di necessità ed "a fin di bene", perdurando l'inerzia di un legislatore che non appronta gli strumenti adatti a rendere esecutive ed applicative le sentenze CEDU nell'ordinamento nazionale.

Obiezione fallace, almeno ai fini della nostra riflessione: la nomofilachia non opera ad intermittenza e secondo categorie morali. Non esiste, non può esistere una nomofilachia "buona" o "cattiva";

necessitata, urgente, impellente o dilazionabile: resta solo il fatto che, com'è stato scritto, l'«indebito arbitrio creativo» sull'uso dell'art. 625-*bis* c.p.p., «contrasta con l'essenza della giurisdizione, giacché apre spazi irriducibili di incertezza, di indecidibilità e di assoluto arbitrio discrezionale»<sup>5</sup>. Cioè, l'esatto contrario della funzione nomofilattica.

### 3.3. La valanga dei ricorsi in cassazione e la funzione nomofilattica

Da ultimo, ma non ultimo, a scuotere le fondamenta anche teoriche della possibilità storica di nomofilachia in materia penale è il dato quantitativo.

Qui si rischia la banalità dell'ovvio. L'uniformità interpretativa (ed, ancor di più, quella applicativa) richiede il dominio cognitivo assoluto del materiale da uniformare, la perfetta consapevolezza dei suoi (potenziali) esiti, in funzione della sua armonizzazione, della *reductio ad unum*, della generalizzazione in principi uniformi.

È possibile tutto ciò lavorando su oltre 53.000 ricorsi annui in ingresso nella materia penale? (nell'anno 2013 sono stati 53.618; + 2,4% rispetto all'anno precedente). Con una tale valanga di ricorsi che annualmente assedia la Corte come è pensabile che i contrasti rimangano nell'ambito della fisiologia e che la Cassazione possa effettivamente svolgere la funzione di nomofilachia ad essa affidata dal legislatore?

In breve, se la verità (intesa perlomeno come armonia dei risultati) è necessariamente sinfonica, come è stato detto da un filosofo, è possibile una tale armonia con una serie infinita di elementi orchestrali? È possibile - per restare nella metafora - che il direttore d'orchestra ignori i fiati o abbia una conoscenza approssimativa delle percussioni o si industri in una pletora di archi?

Ovvio, insomma, che le stonature siano sempre più frequenti e che il valore del precedente sbiadisca a fronte della stessa inconsapevolezza di esso all'interno, talvolta, della medesima sezione della Corte.

Ciò ha riflessi non soltanto sulla uniformità e prevedibilità, ma sulla stessa funzionalità del vertice, posto che le stesse Sezioni unite rischiano una duplice, antitetica mortificazione: o quella di

---

<sup>5</sup> G. PIERRO, *Equità del processo e principio di legalità processuale*, in *Dir. pen. e processo*, 2009, 1524.

essere strumento inflazionato di contrasti solo apparenti o quello di essere funzione superata dalla ignoranza stessa dell'esistenza del contrasto.

Qui il discorso condurrebbe ancora una volta lontano, lungo praterie teoriche sconfinata che riguardano la stessa morfologia della nozione di "precedente". È evidente che non ho il tempo, né, forse, sono sufficientemente attrezzato per affrontare tale viaggio. Ma ciò che rilevo è che gli attuali numeri della Cassazione a stento consentono di mantenere inalterato uno *standard* di qualità sempre raggiunto, in passato, dall'organo e, dunque, non lasciano spazio al resto: precisamente, alla possibilità di lavorare di fino, per comparazione tra casi ed interpretazioni, per tipizzazioni intelligenti quanto necessariamente laboriose ed impegnative.

Insomma ed in parole semplici, anche se crude: è già uno straordinario risultato riuscire a "smaltire" il lavoro, senza essere sepolti da arretrati e sopravvenienze; è quanto avviene attualmente in Cassazione, almeno nel settore penale.

### 3.4. Lo scarso tecnicismo della legge

Un contributo determinante al proliferare dei contrasti e a rendere difficoltosa la funzione di nomofilachia della Corte di cassazione lo dà sicuramente anche lo scarso tecnicismo della produzione normativa, almeno di quella più recente, definita di "livello inadeguato" dalla Commissione per le riforme costituzionali nominata nella scorsa primavera.

Si tratta sovente, peraltro, di "oscurità" voluta per sostenere che la legge dice tutto ed il suo contrario, in modo da poter addossare alla magistratura la responsabilità delle interpretazioni sgradite.

A ciò aggiungasi che oggi, più che un tempo, la legislazione è il risultato di compromessi, il che è tipico della politica, ma non giova alla chiarezza del dato normativo.

Tutto ciò, naturalmente, alimenta il proliferare di opzioni ermeneutiche divergenti e rende più difficoltosa la *reductio ad unum* della Cassazione; situazione, questa, che a sua volta aumenta il contenzioso in quanto legittima in ciascuna delle parti la speranza di successo della propria tesi.

Con il proliferare delle cause e dei processi diventa sempre più elevato e concreto il rischio di contrasti che sono la negazione del-

la nomofilachia, in una sorta di perverso circolo vizioso che rende utopica le prevedibilità delle decisioni e la certezza del diritto.

Senza parlare, poi, dei casi in cui il legislatore, per intrinseca debolezza o per incapacità di operare scelte, preferisce non intervenire, lasciando solo il giudice di fronte alla richiesta di tutela di diritti fondamentali; si tratta di casi in cui la prevedibilità delle decisioni e la garanzia di uguaglianza dei cittadini, che trova il suo fondamento costituzionale nell'art. 3 della Carta fondamentale, sono a rischio.

#### 4. QUASI UNA CONCLUSIONE

Mi piacerebbe continuare sui temi paralleli evocati da queste considerazioni. Ad esempio, riflettere sugli stessi "confini" della funzione nomofilattica, per valutare - mi viene in mente - quest'ultima in relazione alle attività del pubblico ministero. Può esistere, ad esempio, una nomofilachia che riguardi l'uniforme esercizio dell'azione penale? È ipotizzabile che nel regno dell'imprevedibile fantasia dell'attività di indagine preliminare si fissino principi frutto di funzione nomofilattica? È, questo, tema solo in parte esplorato ed assai delicato: per risvolti teorici, ma soprattutto per complesse ricadute sulla prassi.

Tema che, in ogni caso, giunge alla fine del tempo per me disponibile e che preferisco pertanto lasciare come "memento" alla riflessione futura, come oscuro oggetto non rivelato.

Penso piuttosto che dalle poche considerazioni svolte rimanga confermato l'assunto iniziale: ogni riflessione, oggi, su nomofilachia e diritto penale non può che essere riflessione storica e non astratta; concreta e non per principi.

Già questa sicurezza di metodo costituisce, a mio avviso, un ottimo punto di partenza per cominciare una riflessione da dove finisce la mia.

Vi ringrazio.



Claudio Consolo

## **LA FUNZIONE NOMOFILATTICA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, TRA NUOVE (AUSPICABILI) PROSPETTIVE E (GRAVI) RISCHI DI DERIVA DALLO *IUS LITIGATORIS*\***

1. Assai spesso le riflessioni svolte sul piano del diritto processuale civile divergono profondamente da quelle che valgono per la procedura penale.

Tuttavia, nelle eleganti, ma al tempo stesso abbastanza ferme e molto incisive osservazioni che faceva il Professor Coppi, credo che anche noi processualciviliisti possiamo riconoscerci, perché esse attengono non tanto alla specificità del ramo del diritto che si tratta di applicare, quando - in larga misura - ad elementi di costume giudiziario. E mai come nel campo dello studio del giudizio di ultima istanza, in qualunque ordinamento, questo aspetto deve essere costantemente tenuto presente da tutti gli operatori del diritto, a prescindere dalla singola, personale, specializzazione.

2. Ebbene, il costume giudiziario è una realtà mutevole, che evolve in modo certo non repentino, ma con costanza. Si è così fatta strada e poi affermata (negli ultimi tre o quattro lustri) l'idea di un giudizio di ultima istanza totalmente discosto dal caso concreto, e teso alla apposizione di principi "astratti", talora anche vaghi..

Questa idea si è nutrita della nota contrapposizione tra *ius litigatoris* e *ius consistutionis*, che è a ben vedere un'idea abbastanza fallace, non solo dal punto di vista dei risultati cui conduce, ma anche - e prima ancora - sul piano storico. Queste due figure, infatti, non avevano il significato che viene oggi loro ascritto nella

---

\* Il testo che segue ripropone l'intervento, solo in minima parte rivisto, al IX Congresso giuridico-forense per l'aggiornamento professionale organizzato dal Consiglio Nazionale Forense e tenutosi a Roma il 20-22 marzo 2014.

battaglia per rivendicare la "purezza" della nomofilachia; esse avevano tutt'altro significato, come si può verificare in tutte le monografie di storia del processo civile (ed anche di storia del processo canonico, dove soprattutto erano utilizzate a fondo). Perché se è vero che attraverso lo *ius litigatoris*, e così l'azione del singolo, sia attua anche lo *ius constitutionis* (secondo l'idea calamandreiana del ruolo della Corte di cassazione), è altresì vero che il primo fattore di questa "formula" è e deve restare proprio la posizione del singolo che cerca tutela, ossia che cerca una decisione il più possibile giusta, al suo specifico caso in aderenza alle sue pieghe.

Del resto, ciò che distingue il ruolo e l'ascendente della giurisprudenza dal ruolo e dall'ascendente della dottrina, è proprio la circostanza che è la prima, e non la seconda, a dover conferentemente risolvere un caso, meglio: quel caso concreto, seppur alla fine del processo non ridiscutibile in fatto. Il "moto pendolare" tra *ius litigatoris* e *ius constitutionis*, quindi, deve sempre vedere l'accento un po' più sul primo, ed un po' meno sul secondo: il primo ha un valore proprio, inoltre appare il miglior mezzo per avvicinarsi senza astrattismi al secondo. Ed è perciò confortante che, nel finale della sua penetrante relazione, il Presidente Rovelli ci abbia detto (anzi, garantito, non si sa bene se - ci sia passato il moto scherzoso - in modo fideiussorio, o soltanto di *patronage*) che la giurisprudenza non farà a meno, neppure nel futuro, di questa sua centrale caratteristica.

3. Purtroppo, però, vi è il rischio, molto elevato in questi ultimi anni, di un desiderio, sul piano del costume giudiziario, di astrarsi delle ingrate peculiarità del caso, di appiattirli tutti procustianamente.

Una ricaduta visibile è anche il favore assai ampio che la giurisprudenza di legittimità ha mostrato per la riforma dell'agosto del 2012 (che ha portato all'amputazione davvero formidabile del n. 5 dell'art. 360), a fronte invece di una presa di posizione della dottrina in latissima accezione (e come tale qui si intende non solo i professori universitari, ma anche gli avvocati studiosi, e pure - direi - tanti magistrati non addetti o non addetti più alle funzioni di cassazione), che si è coralmemente espressa nel senso del carattere largamente utopico della possibilità di sindacare bene gli *errores iuris in iudicando* ex art. 360, n. 3, nei casi di c.d. falsa applicazione della norma, i più frequenti, senza il concorso del n. 5, ossia



senza un controllo della basilare sufficienza della motivazione sul fatto normato.

La riprova la si trae proprio nel campo, assai caro alla giurisprudenza e a molti Magistrati della Corte di cassazione (quantomeno negli ultimi 20-30 anni), degli *standard* valutativi e delle clausole generali.

Nel campo delle clausole generali, infatti, un sindacato efficace certo si può svolgere ai sensi del n. 3 dell'art. 360, ma difficilmente potrà essere impostato dalla parte senza una qualche revisione, da dedurre ai sensi del (vecchio ormai) n. 5, anche della sufficienza del giudizio in fatto. In quasi ogni contesa che giunge in ultima istanza relativamente all'applicazione di queste clausole generali, a ben vedere fatto e diritto sono così fortemente frammisti che si richiederebbe un temperamento assolutamente ieratico, prima del giudice di merito e solo di riflesso del ricorrente, per poter svolgere un motivo puramente in punto di n. 3 dell'art. 360.

Ecco perché credo che, magari contrariamente alle assai buone intenzioni che animano forse i vertici più che i "quadri" della Corte di cassazione, andremo incontro ad una ulteriore stagione di impoverimento del carattere effettivamente giurisdizionale a tutto tondo dell'opera della Corte di cassazione, avviata a divenire Visconte dimezzato. Perché la funzione giurisdizionale, anche del Giudice di ultima istanza, è e resta (quantomeno nella percezione di tutti) quella di porre la regola del caso concreto con riguardo al merito della controversia; mi pare invece che ci stiamo avviando verso un periodo che vede e vedrà crescere a dismisura le sentenze sul rito, sul *modus procedendi*. Anzi, già oggi credo che circa un terzo, se non la metà, delle decisioni di cassazione siano ampiamente ascrivibili alle sentenze sugli *errores de iure procedendi*, per sindacare i quali non è certo nata, né si giustifica grandiosamente, una accentrata e "suprema" Corte di cassazione.

4. Un altro esempio di questa tendenza a discostarsi dal caso concreto (e dalla sua decisione "nel merito") mi pare si possa rinvenire anche in quella propensione al sommovimento improvviso e pesante degli orientamenti in ordine alle "regole del gioco processuale" che va sotto il nome di *overruling* processualciviltistico, e con cui le Sez. Un. hanno ormai abituato l'operatore del diritto a dover convivere. Questo fenomeno ha subito - e direi non a caso - una accelerazione esponenziale nell'ultimo lustro (dal 2009, tra interventi innovatori e razionalizzatori si contano almeno un ventina

di arresti), che infatti ha visto le Sezioni Unite dapprima votate alla concitata elaborazione di soluzioni procedurali, giuste o meno che siano, sicuramente peculiari; ed in un secondo momento impegnate invece nella ricerca di un punto di equilibrio tra mutamento giurisprudenziale e tutela delle parti del processo.

L'apice di questa ricerca è stato raggiunto, com'è noto, nel luglio del 2011, dalla sentenza n. 15144, che reca una teorizzazione - per più profili indiscutibilmente pregevole e "cultà" - del fondamento e delle conseguenze dell'*overruling* giurisprudenziale. Senza qui indugiare su questa tematica, ciò che merita essere sottolineato è che le Sezioni Unite, in quell'occasione, hanno rimarcato l'importanza che riveste la stabilità degli orientamenti giurisprudenziali in ordine soprattutto alle norme che regolano l'agire del processo (e lo hanno nuovamente ribadito con la recentissima sent. n. 23675/2014, che reca l'invito a desistere dal sottoporre, in un lasso di tempo tutto sommato assai breve, la medesima questione più volte alle Sezioni Unite, per ottenere evidentemente un ripensamento della loro presa di posizione). L'affidamento delle parti su di una interpretazione giurisprudenziale consolidata di norme processuali è valore che va preservato, soprattutto ove l'interpretazione abbia ad oggetto norme schiettamente, "nudamente", procedurali, non innervate da valori che ne impongano un continuo scavo metatecnicistico. L'impegno profuso nella ricerca della soluzione interpretativa astrattamente più corretta, credo si mostri, alfine, inutilmente laborioso, proprio perché attiene a profili procedurali che non modificano la qualità della tutela delle parti, né sostanziale né processuale. Non si va, insomma, al fondo della lite, e così non si eroga giustizia ma al più si arbitra un *game*, compito questo rilevante ma che meglio verrebbe esplicato da più attente corti di appello nella ottica del resto sottesa allo stesso art. 360-*bis* n. 2, introdotto nel 2009, esoterico fin che si vuole, ma tuttora vigente.

5. Beninteso, questa deriva che allontana sempre più l'opera della Corte di cassazione dallo *ius litigatoris* non determina certo un decremento del lavoro per i magistrati; più semplicemente (e mestamente) una grandissima parte del lavoro giudiziario finirà con l'essere svolto faticosamente, come sempre, ma negandosi la possibilità di giungere ad un approdo di contributo alla miglior qualità media delle decisioni frutto dei gradi di merito e sovente non proprio alta.

Perché in ultima analisi - se vogliamo dire le cose con la franchezza che questo tipo di incontri ci ha abituato a praticare - cosa desideriamo da tutti i giudici, ma in particolare da quelli di gravame, e tra essi soprattutto dai giudici dell'ultimo gravame frutto di designazioni attente e non affidate di fatto alla mera *seniority* senza demerito? Proprio che essi cooperino nel modo più fruttuoso alla dinamica "*responsive*" dell'ordinamento, ad elevare la qualità delle decisioni, perché il giusto processo - come tante volte ci viene rammentato - è quello che partorisce una percentuale di decisioni sul merito e giuste, o che si approssimano alla maggiore giustizia possibile, non tanto invece quello che si interroga ossessivamente sulle proprie interne strutture e financo regolette.

6. Viene a questo punto il dubbio che tutta la battaglia a favore del carattere cassatorio - frutto nell'Ottocento del lungo e divaricato dibattito che si ricorda - del giudizio di cassazione possa, essa stessa, cominciare a considerarsi obsoleta.

Del resto, il modello della Corte di cassazione - nato nel 1793 per scelta di Robespierre (avvocato di Arras), poi "annacquato" quando da tribunale extragiudiziario è divenuta Corte e dunque giurisdizione di vertice durante il primo Impero e infine rovesciato quasi nel suo contrario, quale erede della *jurisprudence* dei *Parlements* - quale sostanzialmente continua a vivere in Francia abbastanza bene con grande attenzione alla sobrietà impersonale dello stile motivatorio, sappiamo che la Germania e il mondo giuridico tedesco lo ha assunto solo in parte, poiché ha sin da subito iniziato - come ci mostrava Calamandrei - ad apportarvi tutta una serie di correttivi per rendere il giudice di ultima istanza sempre più giudice della causa e non solo giudice della sentenza.

Noi, come spesso accade, "navighiamo" in un istmo solo a prima vista intermedio: tra il modello francese, cui però male si accordano non solo le cento, centocinquanta pagine di tante importanti decisioni della nostra Corte di cassazione, a fronte invece dell'assoluta brevità, conservino o no la tecnica della c.d. frase unica con scansioni progressive delle premesse (*attendu que* reiterativi e conclusioni) ma anche il diverso tasso di protagonismo autoriale introvabile nei *dicta* della Corte di cassazione parigina; ed il modello tedesco, più recente e impostato su un quintetto di corti federali, senza la enfasi della Corte suprema. Al primo, quello francese, negli istituti principali e nello stesso rivelatore testo del centrale n. 3 dell'art. 360 ci siamo certo in origine ispirati, ma da

tempo abbiamo incominciato a discostarcene, soprattutto da quando la Cassazione è diventata spesso giudice sostitutivo nel merito, con l'ampliamento dell'ambito di applicazione dell'art. 384 e il parallelo crescere degli oneri di completezza anche solo informativa in capo al ricorso (*trends* non a caso coevi, inclino a reputare, esagerazioni a parte); da quando si ammette il rilievo d'ufficio di una infinità di questioni, anche senza motivo di ricorso (financo dell'abuso del diritto nel processo tributario, senza motivo di ricorso); da quando, in sostanza, si sono fatte strada tutte queste deviazioni dal modello di cassazione "pura", siamo in rotta verso un modello di "libera revisione" a basso gradiente di proiezione verso il controllo capillare della qualità delle decisioni di merito. Un grande investimento di personale e risorse, mediamente una resa, almeno nei termini di cui si è detto, discontinua e laterale.

7. Insomma, ad oggi, più o meno verosimili nuove riforme del 2015 a parte, noi staremo propendendo per il modello tedesco, vale a dire per un modello che, se non è quello dell'*Uberappellation*, non è neanche tanto distante da questo polo tradizionale, che è poi quello che c'è nei Paesi iberici, e sostanzialmente nei Paesi anglosassoni, ma senza la garanzia della attenzione allo specifico volto del caso concreto, specie dopo la amputazione di larga parte della clausola generale scrutinatrice recata dal n. 5 dell'art. 360. Da questo modello, verso cui oggi sembriamo tendere, abbiamo in origine voluto distanziarci per sottolineare una peculiarità, un plusvalore dell'organo di Cassazione: quello di essere guida coerenziatrice della giurisprudenza. Non tanto, si badi, garante dell'«esatta osservanza ed uniforme interpretazione». Parole, a ben vedere, un filo beffarde, queste, che sono state così nell'art. 65 ord. giud. articolate dal (non a caso toscano) Calamandrei credo proprio per provocare in qualche misura una reazione. Perché, ognuno lo vede, ci si sarebbe aspettati che si fosse scritto: «esatta interpretazione ed uniforme osservanza», mentre la scelta di rovesciare i naturali incroci fra sostantivi ed aggettivi, e dunque questo chiasmo, non è, per me, casuale ma sta ad indicare non solo quanto sia in realtà impossibile l'anelito ingenuo ad un giudice che offra soltanto la meno inesatta delle interpretazioni ma costantemente e, ancor più, vale a rivelare la idea autoritaria di ordinamento giudiziario che nel 1940-2 si voleva coonestare.

Perché, ancora una volta, cosa si richiede ad un Giudice supremo o anche solo di vertice? Come può egli meglio adempiere al compito di guida coerenziatrice della giurisprudenza? Proprio rimanendo ben calato e radicato nella concretezza del caso potrà ambire a riuscirvi, in via induttiva e per avvicinamenti gradualmente dalle *res litigiosae*, perché diversamente questa funzione nomofilattica "al quadrato" e solo deduttivamente depurata delle accidentalità della vita potrebbe essere affidata anche alla dottrina, o a certe formazioni appositamente istituendo nell'ambito della dottrina o miste.

Purtroppo, anche le recenti riforme dell'estate 2012 tendono, in ultimo, a discostare sempre più la Corte di cassazione dal caso concreto, il tutto sotto la spinta del principio - spesso frainteso - della ragionevole durata del processo (perché un processo, anche breve, ma che nulla dice in ordine alla pretesa azionata in giudizio, certo non può dirsi comunque "giusto", né tanta astrattezza realizza davvero prestazioni snelle). La "nomofilachia allo stato puro", che tanto pare venir ricercata dal 2006 ad oggi, in vari transeunti modi, si scontra frontalmente con il concetto di giurisdizione, e quindi anche con il concetto di giurisprudenza. Quello che invece la Corte di cassazione deve propinare al sistema è evidentemente una forma di guida coerenziatrice nell'interpretazione del diritto, che può avere quel plusvalore di autorevolezza solo se è costantemente radicata nel caso concreto e nella cooperazione alla sua giusta soluzione.

8. Conviene forse riflettere su di un profilo un po' più concreto, e così guardare - ad esempio - al modo di lavorare delle Sezioni Unite, che sono state molto rafforzate nel loro valore istituzionale anche operativo dall'ultima stagione di riforma "strutturale", quella fra il 2006 ed il 2009 e racchiusa negli esiti dal nuovo esplicito noto vincolo endoistituzionale che astringe le sezioni semplici.

Ebbene, le Sezioni Unite vengono oggi investite prevalentemente, sembrerebbe, dalle sezioni semplici, ben poco invece o ad impulso delle parti (questo dell'audizione delle Sezioni Unite ad opera delle parti è un canale un poco atrofizzato, purtroppo), e si trovano così, attraverso lunghe motivazioni, a cercare il più possibile di mediare tra le varie tesi emerse tra le Sezioni semplici (con un'attenzione, a volte francamente quasi spasmodica, per l'individuazione dei Presidenti e dei Relatori delle varie sentenze di cui si tratta di cercare di armonizzare gli esiti in un contesto sinfonico-compensatorio: fa eccezione, per maggiore recisione, la coppia di

pronunce del 13 dicembre 2014 sulla patologia del contratto nel grandangolo dello accertamento giudiziale).

Dopo di che, però, una volta risolta la *quaestio iuris* deferita, le Sezioni Unite si ritraggono (non sempre, beninteso, non ad esempio con le predette sentenze gemelle della fine del 2014) dal valutare le ricadute sul caso concreto con accuratezza ed aderenza alle sue caratteristiche. Ne emergono iati e distacchi che nuocciono al carattere davvero esemplare della lezione nomofilattica.

Ebbene, che genere di prodotto giuridico viene infatti così a formarsi? A me pare sostanzialmente un'opera di "dottrina in toga", incasellato nell'ambito di una Corte che da noi, per ampiezza e reclutamento, rimane ancorata al vecchio ruolo di giudice del caso - perché la Cassazione lo è stata molto, e deve crediamo restarlo - ma con una vocazione quasi ieratica alla purezza, all'astrattezza, alla rarefazione. Totalmente nuova. Ma non iconoclastica. Il che è, fra l'altro, quantomeno un pezzo della spiegazione che io offrirei alla percezione della poca durata della vigenza e del rispetto e della *compliance* ai pronunciamenti delle Sezioni Unite, molti dei quali in un paio di lustri sfumano via (*shade away*).

Tutti noi possiamo osservare che, negli ultimi dieci anni, il periodo di fortuna e tenuta dei pronunciamenti a Sezioni Unite sta scemando e riducendosi nel tempo, ed esse vengono sempre più di frequente interpellate a ripetizione su questioni adiacenti o correlate a quelle appena risolte (spesso, però, proprio per ottenere una revisione di quanto statuito uno o due anni prima: gli esempi anche recentissimi sono a tutti noti). Ebbene, secondo me nuoce alla stessa durevolezza del loro prodotto il fatto che le Sezioni Unite non giungano poi a decidere per intero il caso, mostrando così la produzione e concludenza a 360 gradi, in modo di *exemplum*, di quello che sono venute affermando e più spesso dissertando *in apicibus* sulla *quaestio iuris*, o sul coacervo di questioni intrecciate, nel caso concreto; e divenendo, cioè, a pieno titolo giudici e quindi soppesatori di torti e ragioni (come in molte altre occasioni, repute tuttavia plebee, diverse dalla risoluzione dei contrasti, esse del resto non possono omettere di fare ancora, salvo rifugiarsi nella griglia di vizi formali dell'atto introduttivo: quando si occupano di giurisdizione, moltissimo di legge Pinto, di questioni di pubblico impiego, etc.).

9. Il rischio, dunque, è in sostanza che da un lato le Sezioni Unite diventino meno giudice, e più "*lucerna iuris*", non necessariamente di tipo giurisdizionale, però, e con una ... batteria di carica elettrica *ratione temporis* ridotta (ci sia passata l'espressione scherzosa), che fa sì che la luce si accenda e spenga con una certa velocità pirotecnica. Dall'altro lato, che le Sezioni semplici, invece, divengano sempre più giudice non già della sentenza (come erano pensate per essere), ma del ricorso, che diventa il vero oggetto del loro accurato e puntuto esame, al fine di valutare se esso sia superiore ad un certo *standard* di esigibilità e perizia, e senza guardare se invece la sentenza, prima di esso, raggiunga un certo standard di accettabilità sociale e di capacità di compiere giustizia, sì da poter trasmutare in *res judicata*.

10. Sono queste, certo, considerazioni prosaiche, semplici ed un poco meste, su cui però noto che molti - anche qui, oggi - concordano. Il che è importante, poiché credo che la rotta possa essere largamente invertita, se solo ci rendiamo conto - ed è un auspicio che rivolgo anche al nuovo giovane Ministro della Giustizia, che è giunto mentre parlo ed ho oggi il piacere di conoscere e che auguralmente saluto - che molte delle recenti riforme che sono state varate ogni tot mesi durante tre lustri, non servono, ed anzi, si contraddistinguono purtroppo per una eccessiva velocità (che non consente una piena riflessione), ed anche, non lo si può negare, per una imbarazzante inaccuratezza, di pensiero e poi anche redazionale. Fra queste non benvenute riforme, simili a cure mediche alla Molière (salassi, purghe, etc.), venate di empirico gusto per la più minuta e sfuggente *casuistry*, purtroppo vi è anche quella del sistema delle impugnazioni, a fronte della quale e del suo disegno "evaporativo" non solo i processualciviliisti, non solo gli avvocati, ma tanti osservatori del diritto (anche tanti magistrati, specie in pensione, che ricordano cosa era di nutriente e sostanzioso la loro professionalità quotidiana di un tempo, e vedono che cosa in qualche misura rischia di diventare ed è quella dei loro giovani colleghi ed allievi) sono insorti. E non solo nei confronti del filtro in appello, così mal concepito, ma pure nei confronti dell'intervento sul n. 5 dell'art. 360, che dovrebbe presto trovare o una abrogazione o una riforma della riforma (chiarendosi anche poi che questo nuovo n. 5 non può operare nel processo tributario, dove a monte ci sono dei giudici laici di nessuna particolare selezione, e scusate se è poco!).

11. Uno sguardo, poi, andrebbe rivolto anche alle nostre Corti di Appello, che da tanti anni non hanno un sistema di reclutamento che garantisca che esse siano mediamente migliori del giudice di primo grado (e non si può a tal fine valorizzare così tanto la collegialità, quasi accontentandosi di ritenere che, poiché il Giudice di appello è organo composto da tre magistrati, farà per ciò solo meglio, pur se un serio dialogo fra presidente e relatore avvalora il nuovo giudizio).

Le Corti di Appello offrono sostanzialmente un secondo giudizio finora pieno, "a spicchi" però, ossia sui microcapi di sentenza specificamente censurati, che però non dà, specie sulla *quaestio facti*, niente o poco (a meno che il detto dialogo con l'appellante e poi fra presidente e relatore decolli davvero) di più rispetto al giudizio di primo grado, ed ecco perché una funzione tradizionale della Corte di cassazione andrebbe rivendicata con forza.

12. Mi si potrebbe obiettare: vi sono pur sempre i numeri. È vero, ma si tratta di numeri non così angosciosi: i 32 mila ricorsi sono diventati - se non vado errato - 29 mila; la produttività della Corte di cassazione - che è notevolissima, ed a cui va di ciò dato veramente merito - è in grado in questo momento di far fronte alle sopravvenienze. Il problema è, certo, l'arretrato, ma si tratta di un problema che - come nel campo del debito pubblico - non deve essere affrontato in maniera ansiogena e maniacale, come invece noi siamo in questi ultimi tempi soliti fare per tutta una serie di arretrati calamitosi di un ventennio di torpore e chiacchericcio demagogico.

La questione va affrontata anche con una certa dose di fantasia e quindi, tanto per cominciare, interpellando quei vari ricorrenti, non nel senso della nota (e per fortuna presto eliminata) istanza a pena di perenzione, ma semplicemente in modo mite e dialogico per sapere da loro qual è la velocità che vorrebbero fosse impressa al loro caso. Scopriremo così che nel 30-40% dei casi i difensori manifesterebbero l'assenza di una vera "fretta decisoria". Nei casi in cui invece una tale esigenza vi fosse, ci si potrebbe avvalere, ai fini di una rapida decisione, dei notevoli, molti ed assai bravi ex cassazionisti, che all'età - sia pure avanzata - di 75 anni, mostrano di essere tuttora assolutamente brillanti e potrebbero partecipare, in minoranza, a delle Sezioni stralcio (rispolverando così anche il fascino di questa parola, "stralcio", fortemente depresso da altre esperienze di Sezioni stralcio in primo grado). Ed



a queste sezioni potrebbero partecipare anche un certo numero di professori universitari, che nel frattempo, dopo aver esercitato per 30-40 anni l'avvocatura, e possibilmente scritte centinaia di succose note a sentenza (genere quasi equipollente alla pratica, su cui dibattevano Bigiavi ed Allorio più di mezzo secolo fa) potrebbero aver voglia di lasciare quella strada (purché con scelta reversibile), e verrebbero volentieri a dare un aiuto sotto il controllo e con la simpatica ospitalità, soprattutto intellettuale, e la tolleranza di sempre dei magistrati della Corte di cassazione. Qualcosa del genere sta per accadere per le Corti di appello: è vitale che questo innovativo innesto di nuove eterogenee forze avvenga davvero bene e curando la qualità del fattore umano e sia osservato diuturnamente e raddrizzato ove occorra ... da e con donne ed uomini di buona volontà: un buon giudizio di cassazione dopotutto nasce nei (ed è consentito dai) gradi di merito, non è un immenso, gelido e bianchissimo iceberg vagante sul far della notte in un mare grigio ed insidioso.



Guido Corso

## **L'ADUNANZA PLENARIA E LA FUNZIONE NOMOFILATTICA**

1. L'attività della P.A. e i rapporti della P.A. col cittadino sono stati sempre regolati da una gran quantità di leggi di settore ma da poche o pochissime disposizioni di carattere generale.

Sin dal XIX secolo c'erano numerose leggi che prevedevano singoli atti amministrativi, ma non ce ne era una che disciplinasse l'atto o il provvedimento amministrativo: si è dovuti arrivare al 2005 perché, con la Legge n. 15/2005 che va a integrare la Legge n. 241/1990, fosse introdotta una disciplina legislativa della efficacia, della invalidità e della autotutela.

Si parla in dottrina di interesse legittimo dall'ultima decade dell'800; ma è solo con la Costituzione repubblicana (artt. 24, 103 e 113) che l'endiadi interesse legittimo è entrata in una norma, addirittura costituzionale.

Si è provveduto nel 1971 alla istituzione dei Tribunali amministrativi regionali e alla conseguente trasformazione del Consiglio di Stato in giudice d'appello. Tuttavia, al processo d'appello la Legge n. 1034/1971 dedica solo due disposizioni. Il C.d.A. in sede di appello esercita gli stessi poteri giurisdizionali di cognizione e di decisione del giudice di primo grado (art. 28, ultimo comma); e al giudizio d'appello si applicano le norme che regolano il processo innanzi al Consiglio di Stato (art. 29).

In un quadro normativo del genere, in cui con leggi su singoli procedimenti e singoli atti convive una disciplina del tutto scarna e quasi inesistente delle categorie giuridiche fondamentali (l'atto e il provvedimento amministrativo, il regime dell'invalidità, il rapporto tra gli atti del procedimento, i collegi amministrativi, l'ente pubblico in generale, il rapporto d'ufficio ecc.) è naturale che alla giurisprudenza sia affidato un ruolo fondamentale: la funzione, per un verso di ridurre ad unità normative disparate, per altro verso di elaborare le categorie giuridiche necessarie per quella operazione

di unificazione. Ed è altrettanto naturale che, muovendosi la giurisprudenza su questo terreno estremamente ampio ma altrettanto accidentato, pieno di buche, il rischio di soluzioni giudiziarie differenti e contraddittorie, sia sempre incombente.

Di questo rischio, della impossibilità di evitarlo e comunque della necessità di farvi fronte il legislatore si è reso conto precocemente. La legge Crispi, istitutiva nel 1889 della IV Sezione del Consiglio di Stato, contiene una norma del seguente tenore. «Se la sezione riconosce che il punto di diritto sottoposto alla sua decisione ha dato luogo a precedenti decisioni tra loro difformi della stessa sezione, potrà rinviare con ordinanza la discussione della controversia ad altra seduta plenaria con concorso di nove votanti» (art. 38, R.D. n. 6166/1889 che coordina la nuova legge con l'all. D alla Legge 20 marzo 1865, n. 2248).

Un embrione di funzione nomofilattica che si sviluppa qualche anno dopo a seguito della istituzione della V Sezione (Legge n. 62/1907) e della emanazione di un nuovo T.U. (R.D. n. 638/1907) il cui art. 37, comma 2 riproduce la norma appena richiamata, menzionando per la prima volta l'Adunanza Plenaria che, presieduta dal Presidente del Consiglio di Stato, è formata da otto magistrati, quattro per ciascuna delle due sezioni esistenti.

Il testo unico del 1924 (R.D. n. 1054/1924, art. 45) reca la stessa disposizione che viene modificata nel 1950 con una duplice previsione:

- la "rimessione" all'AP da parte della sezione se questa rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dar luogo a contrasti giurisprudenziali;

- il deferimento all'AP da parte del presidente del Consiglio di Stato di qualunque ricorso che renda necessaria la risoluzione di questioni di massima di particolare importanza.

È questo del 1950 l'ultimo intervento legislativo prima dell'entrata in vigore del c.p.a. (2010).

2. Una recente ricerca da parte di Consiglieri di Stato sulle decisioni (poi sentenze) dell'A.P. ha messo in luce che dall'inizio (1907) sino ad oggi l'Adunanza ha emesso 1263 pronunce: pochissime (21 in tutto) nel periodo 1907-1923 (riguardano quasi tutte il riparto di competenza tra la IV e la V sezione, ossia se la controversia ricada nella competenza di legittimità, IV Sez. o nella competenza di merito V Sez.), molto di più nel periodo successivo anche se la loro frequenza non è comparabile a quella registrata

nel periodo successivo al 1971, ossia alla istituzione dei Tribunali amministrativi regionali; ma è soprattutto nell'ultimo decennio e in particolare dopo il 2010 che si è avuta una fortissima accelerazione, determinata, in quest'ultimo periodo, proprio di una clausola contenuta nell'art. 99 c.p.a.

A partire dalla seconda metà degli anni venti l'A.P., ha dato contributi importanti, per es. sulla nozione di atto impugnabile, qualificando tali gli atti di requisizione o i decreti governativi di annullamento d'ufficio in ogni tempo, in precedenza ritenuti non impugnabili in quanto atti politici; o ha formulato la distinzione tra atti autoritativi e atti paritetici, nell'ambito dell'impiego pubblico, con l'effetto di riconoscere al G.A., rispetto agli atti paritetici, gli stessi poteri del G.O. e di introdurre nel processo amministrativo, in questi casi, schemi propri del processo civile (es. termine di prescrizione e non di decadenza, non necessità di depositare l'atto impugnato etc.).

La ricerca di cui si è fatto cenno ha preso in considerazione per ora, il periodo 1971-1993. un periodo nel quale, con la istituzione dei Tribunali amministrativi regionali, è mutato il ruolo del Consiglio di Stato, divenuto giudice d'appello senza che la Legge n. 1034/1971 si preoccupasse di disciplinare questa fase del processo, ed in particolare l'effetto devolutivo e i suoi limiti, il trattamento in appello dei motivi assorbiti dalla sentenza di primo grado, il regime delle eccezioni pregiudiziali (irricevibilità, inammissibilità) non esaminate dal giudice di primo grado, l'appello incidentale etc. Tutte lacune che l'AP ha provveduto a colmare.

Altri importantissimi contributi in questo periodo l'A.P. ha dato ad altri istituti o procedimenti trattati dalla legge TAR (come pure dal T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato) in modo estremamente sommario. Sulla scarna clausola dell'art. 21 che esaurisce la tutela cautelare nella sospensione del provvedimento impugnato, l'A.P. costruisce il discorso sugli interessi pretensivi per i quali la sospensione del provvedimento impugnato è del tutto insufficiente. Vengono inventate le c.d. ordinanze propulsive, che impongono all'amministrazione un *facere*, come l'ammissione con riserva ad un concorso o ad una gara, o stabiliscono l'obbligo dell'amministrazione di riesaminare la domanda del privato respinta col provvedimento impugnato.

Sempre a proposito della tutela cautelare, l'A.P. affronta e risolve il problema dell'inottemperanza della P.A., ammettendo la possibilità di un reclamo allo stesso giudice che emetterà una

seconda ordinanza più stringente; e introduce, in sintonia con la Corte costituzionale, il principio dell'appellabilità dei provvedimenti cautelari dei Tribunali amministrativi regionali davanti al Consiglio di Stato.

Significativa è poi la vicenda del giudizio di ottemperanza.

Nel corso di un secolo e mezzo il legislatore ha dettato sul punto due sole disposizioni. La prima è quella, notissima, contenuta nell'art. 4 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo (siamo nel 1865): l'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso. La legge non si cura di fornire al privato un rimedio nel caso che l'autorità non si conformi al giudicato: non si capisce se l'omissione sia dovuta ad una interpretazione rigorosa del principio della divisione dei poteri che nega al giudice riconoscendolo solo all'amministrazione il potere di annullare l'atto di cui è stata accertata l'illegittimità; o se tale omissione sia dovuta alla convinzione ottimistica, ma rispondente allo spirito dell'epoca, che mai e poi mai l'autorità amministrativa avrebbe disobbedito al giudicato.

L'altra norma è sopravvenuta oltre un quarto di secolo dopo. Quando, costituita una quinta sezione del Consiglio di Stato che "decide pronunciando anche in merito", ad essa vengono assegnati i ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico (art. 27, n. 4, T.U. della legge sul Consiglio di Stato, R.D. n. 1054/1924).

Come sia strutturato questo giudizio - il giudizio di ottemperanza - la legge non lo dice: ed il regolamento di procedura (R.D. n. 642/1907) si limita a disciplinare le modalità e i tempi di presentazione della domanda (artt. 90-91). È il Consiglio di Stato, e in particolar modo l'A.P., che riempiranno il vuoto: prevedendo come obbligatoria l'instaurazione del contraddittorio, inventando la figura del Commissario *ad acta*, formulando la figura dell'elusione del giudicato che ricorre quando l'autorità amministrativa non rimane inerte, ma provvede in modo da aggirare l'obbligo di adempiere persistendo sostanzialmente nell'inadempimento, qualificando come atti nulli e non come atti annullabili quelli posti in essere in violazione o elusione del giudicato.

3. Il codice del processo amministrativo (D.Lgs. n. 104/2010) conferma le due funzioni tradizionali dell'A.P.: la risoluzione di questioni di massima di particolare importanza e la composizione di contrasti giurisprudenziali.

Ma aggiunge due clausole che sono mutuare dal codice di procedura civile, più precisamente dalla novella del 2006 (D.Lgs. n. 40/2006) che ha sostituito gli artt. 363 e 374 c.p.c.

Se la sezione cui è stato assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'A.P. rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso (art. 99, comma 3).

Se ritiene che la questione è di particolare importanza l'A.P. 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; e in tali casi la pronuncia dell'A.P. non ha effetto sul provvedimento impugnato.

Con la prima delle due clausole si rafforza l'effetto vincolante della pronuncia dell'A.P.

Se dissente dal principio di diritto enunciato dall'A.P. la Sezione non può decidere l'appello con una diversa soluzione, ma deve rimettere la questione all'A.P.: questa è a sua volta tenuta ad esaminare la questione una seconda volta così che la soluzione precedente potrà essere confermata o modificata.

Parliamo di rafforzamento del vincolo, e non di nascita del vincolo in capo alla sezione perché anche prima della novella del 2006 certa dottrina processualcivile aveva qualificato la pronuncia delle sezioni unite della Cassazione come un «precedente relativamente vincolante» (G. Gorla), capace di creare nelle sezioni semplici un vero e proprio obbligo giuridico di adeguamento alla pronuncia stessa: ma secondo l'opinione prevalente si trattava tutt'al più di un dovere di correttezza. Un dovere che risulta osservato anche in caso di dissenso purché la sezione semplice, pronunciandosi in senso difforme dalla giurisprudenza della Cassazione, enunci accuratamente quelle che sono a suo avviso le novità, anche giuridiche, e anche ricavabili in via di "interpretazione evolutiva", del caso, rispetto al "precedente" della Corte Suprema (Legge Montesano).

Con D.Lgs. n. 40/2006 che ha modificato l'art. 374 c.p.c. e oggi con l'art. 99, comma 3, c.p.a. le ragioni del dissenso rispetto al precedente, devono essere illustrate dalla Sezione, non in una sentenza che decide il caso, ma in una ordinanza che rimette alle

Sezioni Unite e, rispettivamente, all'A.P., una questione che le Sezioni Unite o l'A.P. avevano già risolto, enunciando il principio di diritto contestato.

Il dissenso deve essere argomentato, perché l'ordinanza deve essere motivata, come stabilisce, con clausola apparentemente superfluo alla luce dell'art. 111 Cost., l'art. 99, comma 3, c.p.a. (e l'art. 374 c.p.c.).

Il vincolo per la sezione semplice è, per così dire, di ordine procedurale: non comporta un divieto di dissentire, ma impone certe modalità con cui il dissenso deve essere espresso. La sezione semplice può nutrire una diversa convinzione sul principio di diritto, ma deve esprimerla nella forma obbligata della rimessione all'A.P.

Non si può parlare, quindi, di introduzione nel nostro ordinamento del principio dello *stare decisis* di *common law*: ammesso e non concesso che negli ordinamenti di *common law*, invasi, anch'essi oggi dalla *statutory law*, il principio conservi la forza che aveva in passato.

Se lo *stare decisis* fosse stato codificato dall'art. 99, comma 3 - ma escludo che lo sia stato - la norma sarebbe, a mio giudizio, costituzionalmente illegittima: perché in un ordinamento in cui il giudice è soggetto soltanto alla legge, e quindi è escluso che la giurisprudenza sia fonte del diritto, verrebbe introdotta una nuova fonte - la giurisprudenza delle Sezioni Unite o dell'Adunanza Plenaria - in violazione del principio che riserva alla Costituzione e alle leggi costituzionali la individuazione delle fonti del diritto. Verrebbe, nello stesso tempo, menomata l'autonomia del giudice: un'autonomia di giudizio che la Costituzione riconosce non soltanto all'ordine giudiziario nel suo complesso, ma anche ad ogni singolo giudice.

Sono i giudici - ossia i singoli giudici - che la Costituzione vuole siano soggetti "soltanto" alla legge: ove il "soltanto" esclude che essi possano essere soggetti ad una istanza diversa dalla legge, si tratti pure delle Sezioni Unite della Cassazione o dell'A.P. del Consiglio di Stato.

L'estensione, la portata, la consistenza del vincolo che l'art. 99, comma 3 avrebbe introdotto sono stati esaminati dalla dottrina che si è occupata della questione (E. Follieri; G. Pesce) anche dal punto di vista dei rimedi possibili contro la decisione del giudice riottoso che si discosti dal principio di diritto enunciato dalla plenaria senza rimettere ad essa il caso. Ma è pervenuta generalmente



alla conclusione che è difficile ipotizzare un rimedio quale che sia (ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione, revocazione, opposizione di terzo, ricorso alle CEDU).

In questo modo vengono confermati i limiti del vincolo attraverso l'accertata inesistenza di rimedi giuridici contro la sua inosservanza.

4. L'altra novità introdotta dal c.p.a., anch'essa mutuata dalla novella al c.p.c. del 2006 (art. 363 c.p.c.), è contenuta nel comma 3 dell'art. 99.

Se ritiene che la questione è di particolare importanza, l'A.P. 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; e in questo caso la pronuncia dell'Adunanza Plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato.

È questa la manifestazione più rilevante della funzione nomofilattica e il momento della sua massima espansione: una funzione che finisce in questo modo per essere sganciata dal caso concreto, risolto con una pronuncia di rito, e si traduce in un enunciato che non vale per la causa ma, come si esprime un vecchia sentenza della Cassazione penale<sup>1</sup>, si concreta in «una sorta di annuncio implicito di giurisprudenza futura determinante affidamento per gli utenti delle giustizia in generale e per i cittadini in particolare». Una clausola del genere rischia di moltiplicare i rinvii alla Plenaria, anche quando l'appello proposto davanti alle Sezioni è irricevibile, inammissibile o improcedibile. È per questo che con una sentenza recente l'Adunanza Plenaria, cui pure stata sottoposta una questione rilevante (la compatibilità della domanda di risarcimento del danno da occupazione acquisitiva con la cancellazione di questo istituto dall'ordinamento, e, di conseguenza, con la persistente proprietà dell'immobile in capo al ricorrente), ha saggiamente restituito gli atti alla sezione remittente (in quel caso il C.G.A.) perché valutasse le questioni preliminari: nel sottinteso che se l'organo remittente avesse risolto in modo negativo tali questioni

---

<sup>1</sup> Cass. pen., sez. III, 23 febbraio 1994, n. 7455, citata da STORTO, *Decisioni della Plenaria e Vincolo di conformazione*, relaz. al convegno su "L'attività nomofilattica delle Magistrature Superiori", 21 giugno 2012 presso il Consiglio di Stato in occasione della presentazione di TOSCHEI (a cura di), *L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato, Commentario alle sentenze dell'A.P. pubblicate nel 2011*, Roma, 2014.

(nella specie la questione dello *ius novum* in appello), sarebbe venuto meno il presupposto della rimessione all'Adunanza Plenaria.

5. È stato ripetutamente ricordato che le sentenze del Consiglio di Stato, al pari di quelle della Corte dei conti, non sono ricorribili in cassazione se non «per i soli motivi attinenti alla giurisdizione» (art. 111, comma 8, Cost.) sicché esse esprimono l'«ultima parola» nel sistema della giustizia amministrativa: il compito di assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge» che l'art. 65 dell'ordinamento giudiziario assegna alla Corte di Cassazione compete, nella giurisdizione amministrativa, al Consiglio di Stato, organo di vertice di quel sistema (Storto)<sup>2</sup>.

Anche se oggi pochi nutrono l'illusione che la legge possa avere una interpretazione "uniforme" è viva comunque l'esigenza che tale interpretazione non sia troppo "difforme".

Il bisogno di una razionalizzazione degli indirizzi giurisprudenziali è specialmente avvertito in diritto amministrativo sia per la struttura della legislazione descritta all'inizio (che valorizza il ruolo della giurisprudenza e nello steso tempo è causa della varietà degli orientamenti) sia perché le soluzioni cui il giudice perviene servono ad orientare le amministrazioni e quindi introducono un elemento di certezza nei rapporti tra amministrazione e cittadino.

---

<sup>2</sup> Evidenzia la funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti, nell'ambito dei rispettivi ordini, Corte cost., 27 gennaio 2011, n. 30, par. 4.1 e 4.2, in *Giur. cost.*, 2011, 856 ss., con nota di Scoca.

Alessandro Pajno

## **NOMOFILACHIA E GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA**

**Sommario:** 1. Il mosaico della nomofilachia: la storia, l'organizzazione, il precedente, le fonti, la *governance* giudiziaria. - 2. La storia: i profili pubblicitici. - 3. Nomofilachia, organizzazione del giudizio ed organizzazione della giurisdizione: l'art. 111 Cost. - 4. Nomofilachia e rilevanza del precedente: il precedente persuasivo ed il precedente vincolante. - 5. Ordinamento e quadro normativo della nomofilachia. - 6. Giustizia amministrativa e nomofilachia: la stagione della creazione giurisprudenziale. - 7. La stagione del mutamento del sistema. - 8. La stagione della legge ed il ritorno ai principi. - 9. La stagione dell'incertezza: la nomofilachia oltre i confini.

### **1. IL MOSAICO DELLA NOMOFILACHIA: LA STORIA, L'ORGANIZZAZIONE, IL PRECEDENTE, LE FONTI, LA GOVERNANCE GIUDIZIARIA**

Quello della nomofilachia costituisce un tema ricco di suggestioni, che chiama in causa profili diversi, la cui considerazione è necessaria per una comprensione adeguata e ulteriormente fondata del fenomeno. La considerazione di tali profili generali rende, infatti, più facile la comprensione sia dell'affermarsi della funzione nomofilattica all'interno del sistema della giustizia amministrativa, sia del mutamento che in tale sistema pare di recente, essersi verificato, e che sembra aver trovato un significativo riconoscimento nel codice del processo amministrativo, approvato con D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

Quali sono, allora, i profili più ampi all'interno dei quali si inserisce la vicenda della nomofilachia, ed in particolare quella della nomofilachia nel processo amministrativo?

Vi è, innanzi tutto un profilo che attiene alla *storia* della cultura giuridica: si tratta di quello che collega la nomofilachia al primato

illuministico della legge ed all'istituzione, nel 1790, del *Tribunal de cassation*: esiste, infatti, un rapporto strutturale fra la nascita di questo nuovo organo, frutto della legislazione rivoluzionaria, e la questione della funzione nomofilattica. In un certo senso, legge, nomofilachia e *Tribunal de cassation* costituiscono, per così dire, tre lati di un unico triangolo.

Un profilo che potremmo definire *istituzionale* riguarda, poi, l'*organizzazione* della giurisdizione. L'esercizio della funzione nomofilattica e la sua eventuale *distribuzione* fra organismi diversi deve, infatti, tener conto delle scelte operate dalla Costituzione a proposito del tema dell'unità o pluralità delle giurisdizioni o, come forse appare più appropriato dire, dell'unità o della pluralità delle *forme organizzative* della funzione giurisdizionale.

Vi è poi, un terzo profilo, riguardante la questione del *precedente* e della sua storia. Si parla, probabilmente, più spesso del problema del *conflitto*, che può verificarsi sull'interpretazione di una norma giuridica, e meno frequentemente della natura, della capacità, della *forza* del *precedente*, ancorché ad esso, al suo valore sia, in qualche modo, affidato lo sviluppo del ruolo creativo del giudice, ed ancorché vi siano esperienze, come quella anglosassone, nella quale la questione del precedente ha, come è noto, una portata decisiva. Sotto questo profilo, si deve, anzi, osservare che la contrapposizione tra la prospettiva che mette al centro della questione della nomofilachia la considerazione del *conflitto di interpretazione* e l'altra che richiama l'attenzione sul *valore* e sulla *considerazione del precedente* sembra evidenziare una diversità di approccio culturale, destinata a giocare un ruolo significativo. Ed infatti, chi pone l'accento sulla questione del conflitto interpretativo, postula in realtà l'esistenza di un'*unica* norma che occorre esattamente interpretare, e richiama, in tal modo, il primato della legge, che l'esatta interpretazione contribuisce a riaffermare; al contrario, chi sottolinea il valore autonomo del precedente, postula un approccio diverso, nella quale gioca un ruolo decisivo non tanto la considerazione della norma e della sua interpretazione, quanto la considerazione del *fatto* della sussistenza di una soluzione del quesito che precede l'esame di quello demandato al giudice. Nel primo approccio, vi è così, una considerazione precisa del primato della legge, che deve essere riaffermato attraverso la sua (esatta) interpretazione; nel secondo, invece, si registra una sorta di *dequotazione* delle questioni che hanno riferimento alla *legge*, a

favore della considerazione delle testimonianze concrete del diritto vivente fornite dai precedenti.

Non vi è dubbio, poi, che la questione della nomofilachia è strutturalmente legata a quella delle *fonti*, ed anzi al moltiplicarsi ed al complicarsi di esse. Per un verso, ai mutamenti che riguardano il sistema delle fonti si accompagna un cambiamento del lavoro di chi esercita le funzioni di nomofilachia; per l'altro, quanto più si assiste al moltiplicarsi, al complicarsi 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.

Le osservazioni sopra esposte introducono, infine, l'ultimo profilo che viene in rilievo, che con un pizzico di provocazione può essere indicato come quello del rischio del *fallimento* della nomofilachia, od almeno, dal modo ordinario di intendere la funzione ed il suo esercizio. Per tradizione, si è abituati a parlare di esercizio della funzione nomofilattica con un riferimento ad un contesto legato al diritto nazionale. Oggi, come è noto, sono cambiati gli attori del sistema: accanto ai giudici nazionali, un numero crescente di soggetti operano nel campo della soluzione delle controversie, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la Corte di Strasburgo, collegi arbitrali nazionali ed internazionali.

Si è così di fronte ad un profilo diverso da quello sopra delineato: nel primo, infatti, si è di fronte ad un aumento dello *stock* normativo che rende ad un tempo più complessa ed ancora più necessaria la funzione nomofilattica, nel secondo, invece, è la stessa platea dei giudici a cambiare, è quella che è stata definita la *governance* giudiziaria a venire in discussione: non a caso, Sabino Cassese ha intitolato un fortunato libretto I *Tribunali di Babele*.

Questo cambiamento è destinato a riflettersi non solo sull'esercizio, ma anche sullo stesso modo di configurare e di intendere la funzione di nomofilachia.

## 2. LA STORIA: I PROFILI PUBBLICISTICI

Se quelli sopra delineati sono, in linea generale, i profili che delimitano il campo della questione della nomofilachia, appare opportuno fare un passo avanti e provvedere ad un ulteriore approfondimento. Si è visto sopra come il *mito* della legge, che può essere soltanto applicata o violata, stia all'origine del sistema nel

quale si affermerà la funzione nomofilattica: e come a questo *mito* sia in qualche modo legata l'entrata in campo del *Tribunal de cassation*. Questo, infatti, fu costituito, come ci ricorda Salvatore Satta, per far fronte ai rischi della ribellione dal potere giudiziario al potere legislativo, sicché la stessa istituzione (il *Tribunal*) rivelava un potenziale antagonismo tra questi ultimi e quella legge, della quale occorre ristabilire il primato. È, appunto, questo modo di pensare che giustifica la nota ricostruzione della Cassazione civile operata da Piero Calamandrei in chiave tutta pubblicistica. Alla Cassazione veniva riconosciuto il ruolo di vero e proprio organo costituzionale. Coerentemente, lo strumento fondamentale di funzionamento veniva indicato nel ricorso nell'interesse della legge; il ricorso del cittadino costituiva, infatti, un caso di affidamento al privato dell'esercizio di una pubblica funzione. Questo profilo pubblicistico, progressivamente attenuatosi con l'evoluzione dell'istituzione - da organo costituzionale a organo giurisdizionale - ha adesso riacquisito un certo rilievo con le modifiche al codice di rito civile introdotte prima dal D.Lgs. n. 40/2006 e poi dalla Legge n. 69/2009 (si veda, in particolare, l'art. 360-*bis* c.p.c., introdotto dall'art. 47, comma 1, lett. A, Legge n. 69/2009, alla stregua del quale il ricorso è dichiarato inammissibile quando il provvedimento impugnato ha deciso questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte) e con le disposizioni contenute nel codice del processo amministrativo approvato con D.Lgs. n. 104/2010, che introducendo con l'art. 99 una disciplina, sostanzialmente corrispondente a quella contenuta nell'art. 374 c.p.a., hanno configurato quella nomofilattica come una funzione di ricomposizione dell'ordinamento, che passa anche attraverso il divieto della sezione semplice di discostarsi da quanto stabilito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (art. 99, comma 3, c.p.a.) e dalle Sezioni Unite dalla Cassazione (art. 374, comma 3, c.p.a.).

### 3. NOMOFILACHIA, ORGANIZZAZIONE DEL GIUDIZIO ED ORGANIZZAZIONE DELLA GIURISDIZIONE: L'ART. 111 COST.

La seconda questione che merita specificazioni ed approfondimenti riguarda il rapporto tra *funzione nomofilattica* ed *organizzazione* della giurisdizione. Si tratta, infatti, di stabilire, nell'assetto introdotto dalla Costituzione, che vede la funzione giurisdizionale

esercitata da più giudici appartenenti ad ordini diversi, a chi spetta il potere di nomofilachia.

Occorre, al riguardo osservare che per lungo tempo si è ritenuto che le funzioni volte ad assicurare l'esatta osservanza della legge ed all'unificazione del diritto obiettivo, fossero strutturalmente legate ad una particolare *organizzazione* del giudizio, ed in particolare dell'organizzazione di quest'ultimo secondo moduli *cassatori*. In questa prospettiva, le funzioni di nomofilachia apparivano legate alla funzione cassatoria in senso stretto riconosciuta alla Corte, e cioè alla sua organizzazione come giudice di legittimità, chiamato ad eliminare dal mondo giuridico le pronunce non conformi a legge, e non a rifare il giudizio.

A questo originario modo di pensare se ne è, progressivamente sostituito un altro che lega le funzioni di nomofilachia non ad una particolare organizzazione (cassatoria) del giudizio, ma al ruolo ricoperto nell'ordinamento della giurisdizione, dall'organo chiamato ad esercitarlo.

In questa prospettiva, le funzioni di cui all'art. 65 ord. giud. (R.D. 30 gennaio 1941, n. 12) devono ritenersi attribuite alla Corte di Cassazione non in quanto organizzato come giudice di sola legittimità, ma in quanto organismo posto *in apicibus* nell'*ordo iudiciorum*. Un tal modo di pensare - che configura espressamente la funzione nomofilattica come funzione di indirizzo dell'ordinamento - consente di riconoscere funzioni del genere anche a giudici - come il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti - che, pur organizzati secondo il modulo proprio del giudice di appello, appaiono tuttavia collocati al vertice dei rispettivi ordinamenti sezionali. Risulta, così, evidente che, con riferimento ai diversi ordini (non di giurisdizione ma) di giudici la norma attributiva della funzione nomofilattica a giudici diversi dalla Corte di cassazione - e cioè al Consiglio di Stato ed alla Corte dei Conti - è costituita dall'art. 111, ultimo comma, Cost., che, sottraendo al ricorso per cassazione per violazione di legge (ordinario o straordinario) le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, chiaramente attribuisce ai due istituti, nei rispettivi ordini, la funzione di unificazione della giurisprudenza. La disposizione di cui all'art. 111, ultimo comma, Cost., che costituisce una palese eccezione alla regola che prevede l'impugnabilità in cassazione delle sentenze dei giudici ordinari o speciali, enunciata nell'art. 111, comma 7, Cost., non si limita infatti a prevedere il ricorso in Cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione nei confronti delle decisioni del Consiglio di Stato e

della Corte dei Conti, ma positivamente esclude (il ricorso per cassazione è ammesso per *solis* motivi attinenti alla giurisdizione) la ricorribilità delle medesime per violazione di legge, con la conseguenza di attribuire ai medesimi, nel rispettivo ordine di competenze, il compito di stabilire quale sia l'esatta osservanza della legge. Il ruolo della funzione nomofilattica attribuita, in particolare, al giudice amministrativo è, via via, divenuto sempre più rilevante con l'incremento delle competenze e dei poteri riconosciuti allo stesso giudice, come è testimoniato dalla disciplina contenuta nel codice del processo amministrativo (artt. 99 e 110 c.p.a.); tutto ciò, peraltro, in un quadro in cui la funzione di *regolazione* della giurisdizione rimane attribuita alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Deriva da qui il particolare rilievo di questo compito, che si risolve nello stabilire quale sia il giudice dotato di giurisdizione senza invadere il ruolo, costituzionalmente riservato al Consiglio di Stato ed alla Corte dei Conti. Quello attribuito alle Sezioni Unite è e resta un potere di regolazione, ma non si risolve nel potere di esaminare eventuali *errores in procedendo* o *in iudicando* eventualmente contenuti nelle sentenze dei due giudici speciali. Occorre, peraltro, riconoscere che questo potere è stato esercitato dalle Sezioni Unite con accortezza e prudenza, anche se non può essere sottaciuto il rischio che, attraverso una lettura della questione di giurisdizione come attinente alla pienezza della tutela assicurata al cittadino, i limiti costituzionali sopra indicati possano, in qualche modo, essere travalicati.

#### 4. NOMOFILACHIA E RILEVANZA DEL PRECEDENTE: IL PRECEDENTE PERSUASIVO ED IL PRECEDENTE VINCOLANTE

Nell'ottica dei problemi riguardanti la nomofilachia un ruolo decisivo è poi, giocato dalla questione del *precedente*. Tradizionalmente le problematiche ad esso relative sono riferite agli ordinamenti di *common law*; non può, peraltro, non essere sottolineato come la giurisprudenza dei giudici di legittimità faceva sempre più riferimento a figure come quelle del *vincolo* del precedente e della sua portata, dell'*overruling*, proprie dell'esperienza anglosassone.

Allo scopo di comprendere ciò che sta accadendo nell'ordinamento italiano è forse utile far riferimento ad una nota distinzione, quella tra *precedente vincolante* e *precedente persuasivo*. L'opinione che per lungo tempo ha contrassegnato la riflessione



dei giuristi ed anche la giurisprudenza è che nell'ordinamento trovi posto il c.d. *precedente persuasivo*, quello cioè che, nella sostanza, agisce come opera di *formazione*, e non di *conformazione*, dell'opinione del giudice.

L'assunzione nell'ordinamento della regola del *precedente vincolante* è, invece, più recente ed appare legata al potenziamento delle funzioni delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ed a quello dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, per la quale, con il codice del processo amministrativo è stata introdotta una disciplina speculare a quella contenuta nell'art. 384, comma 2, c.p.c. per il giudizio di cassazione, con l'obbligo della sezione semplice di adeguarsi al principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, con obbligo di rimessione a quest'ultima in caso di non condizione del principio di diritto enunciato.

L'abbandono del "sistema" del *precedente persuasivo* e la scelta a favore della regola del *precedente vincolante* costituisce una scelta assai significativa perché ad essa corrisponde una diversa idea del ruolo delle Corti supreme, viste come antidoto alla dispersione e frammentazione della legge: In questa prospettiva, il precedente vincolante si risolve, ad un tempo, in una regola di funzionamento delle Corti supreme, ed in un elemento di unificazione della giurisprudenza, ed in ultima analisi, in un obiettivo incremento della sua *accountability*.

La specifica rilevanza dal precedente giurisprudenziale nell'ordinamento è, d'altra parte, testimoniante della presenza di una serie di disposizioni che il precedente prendono espressamente in considerazione ai fini della decisione del giudice. In questa prospettiva, la questione del precedente appare, talvolta, legata a forme semplificate di definizione della controversia, con riferimento all'obbligo di motivazione delle decisioni giurisdizionali.

Una funzione, per dir così, da battistrada può essere riconosciuta al processo amministrativo, dal momento che è con l'art. 19, D.L. 25 marzo 1997, n. 67 che trova ingresso la definizione del giudizio con motivazione abbreviata. Il D.L. n. 67/1997 prevede infatti che, con riferimento alle controversie riguardanti procedure di affidamento, di incarichi di progettazione ed attività tecnico-amministrative nonché di affidamento ed esecuzione di opere pubbliche, il Tribunale amministrativo, investito della domanda cautelare possa definire immediatamente il giudizio nel merito con motivazione in forma abbreviata (art. 19, comma 2). La norma non fa riferimento esplicito al precedente; tuttavia la

stessa è stata interpretata nel senso di autorizzare una motivazione semplificata, fondata sul solo richiamo del precedente. Tale orientamento giurisprudenziale ha trovato copertura legislativa con l'art. 9, Legge 21 luglio 2000, n. 205, che, nel novellare l'art. 26, Legge 6 dicembre 1971, ha espressamente previsto che la motivazione della sentenza succintamente motivata, può consistere anche in un sintetico riferimento ad un precedente conforme (art. 26, Legge n. 1034/1971, come novellato dall'art. 9, Legge n. 205/2000). La sentenza in forma semplificata la cui motivazione può consistere nel riferimento ad un precedente, ha poi fatto ingresso nel codice del processo amministrativo (art. 74 c.p.a.), e costituisce lo strumento sia per la definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare (art. 60 c.p.a.), per il giudizio in materia di accesso (art. 116 c.p.a.), per quello in tema di silenzio (art. 117 c.p.a.), per il giudizio relativo a precedenti di pubblici lavori, servizi e forniture (art. 120, comma 9, c.p.a., come modificato dal D.L. n. 90/1984), per i giudizi riguardanti gli atti di esclusione nel procedimento preparatorio delle elezioni comunali, provinciali e regionali.

## 5. ORDINAMENTO E QUADRO NORMATIVO DELLA NOMOFILACHIA

Le osservazioni sopra esposte consentono, così, di affermare che sono ormai rintracciabili nell'ordinamento una serie di disposizioni volte, nel loro complesso, a regolare l'esercizio della funzione di nomofilachia, anche sotto il profilo del valore del precedente utilizzabile sia come vincolo per le sezioni semplici rispetto alle pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione e dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sia come elemento determinante per una motivazione semplificata.

Il riconoscimento del valore del precedente costituisce, infatti una conseguenza dell'affermazione della regola della nomofilachia. In proposito, la disposizione fondamentale è costituita dall'art. 65, R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, riguardante le attribuzioni della Corte di Cassazione, a cui si accompagnano quelle riguardanti il ricorso per cassazione, l'effetto vincolante del precedente, l'emanazione ed il valore del principio di diritto (artt. 360, 360-*bis*, 363, 393 c.p.c.); nell'ottica della nomofilachia deve, poi, essere letta la disposizione di cui all'art. 118 disp. att. c.p.c., nel testo introdotto dall'art. 52, Legge n. 69/2009, che esplicitamente pre-

vede la possibilità, per il giudizio civile, di una motivazione con riferimento a precedenti conformi.

Fra le disposizioni rilevanti devono, poi, essere ricomprese sia l'art. 618 c.p.p. (decisione delle Sezioni Unite) sia quelle, già ricordate, contenute nel codice del processo amministrativo (artt. 60, 74, 99 c.p.a.). Queste norme vanno lette unitamente e, nel loro complesso, costituiscono le disposizioni riguardanti l'esercizio delle funzioni di nomofilachia in un ordinamento caratterizzato dalla presenza di una pluralità di giurisdizioni superiori.

## 6. GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA E NOMOFILACHIA: LA STAGIONE DELLA CREAZIONE GIURISPRUDENZIALE

Se quello sopra indicato costituisce il perimetro - culturale, istituzionale, sociale - all'interno del quale si colloca in generale la questione della nomofilachia, appare adesso possibile cogliere la vicenda di tale funzione nella giustizia amministrativa.

Tale vicenda, infatti se, per un verso, appare caratterizzata da situazioni peculiari, appare per l'altro fortemente condizionata dallo sviluppo e dalla progressiva costruzione del sistema della stessa giustizia amministrativa. Sull'evoluzione dell'esercizio della funzione nomofilattica hanno, infatti, un ruolo non secondario i fattori legati all'organizzazione generale del sistema; fattori questi che consentono, in qualche modo, di enucleare, come si vedrà, stagioni diverse della nomofilachia e del suo esercizio.

Quanto alle peculiarità proprie del sistema, la prima di esse è legata alla stessa nozione di giustizia amministrativa. Questa, infatti, secondo l'insegnamento di Mario Nigro, coopera alla emersione dell'interesse legittimo; val quanto dire che il processo amministrativo è stato per lungo tempo, in qualche modo, *costitutivo* della stessa situazione giuridica tutelata. Questo fenomeno ha certamente influenzato la giurisprudenza del Consiglio di Stato e, di conseguenza, la modalità di svolgimento della funzione di nomofilachia. Questa suppone, infatti, un intervento del giudice mirato a stabilire il contenuto concettuale della legge e la sua esatta applicazione: una situazione, cioè nella quale la legge è, innanzi tutto, oggetto di interpretazione per stabilirne l'esatta applicazione. Senonché per lungo tempo il giudice amministrativo non si è limitato ad interpretare ed applicare la norma, ma la ha in qualche modo creata, e ciò perché la legislazione amministrativa era

carente di forme di tutela sostanziale delle situazioni soggettive del cittadino. La norma, infatti, attribuiva il potere, fissava i presupposti fondamentali ed in qualche caso delineava il procedimento; essa, però non metteva a disposizione rimedi giuridici idonei alla tutela delle situazioni soggettive incrociate dall'esercizio del potere. Questi rimedi venivano, così, in qualche modo, "creati" dal giudice che, attraverso di essi, raggiungeva l'effetto di somministrare una tutela adeguata alla situazione sostanziale. La giustizia amministrativa conosce un gran numero di rimedi di creazione giurisprudenziale; basta, in questa sede, ricordare la disciplina volta ad assicurare la tutela del cittadino avverso il *silenzio* dell'Amministrazione, pretoriamente ricavata prima dall'art. 5 del T.U. Comuni e Province del 1934 e poi dall'art. 27 del T.U. degli impiegati civili dello Stato n. 3/1957, ovvero un istituto come l'*ottemperanza* delle decisioni del giudice amministrativo, letteralmente inventato dalla IV Sezione del Consiglio di Stato, attraverso l'estensione della disciplina posta esclusivamente con riferimento all'ottemperanza delle sentenze del giudice ordinario. L'opera creatrice della giurisprudenza concerne, così, aspetti assai diversi ma tutti essenziali per la tutela del cittadino: dalle regole del sindacato sulla discrezionalità, vero cuore del processo amministrativo, alle *tecniche di indagine* dell'eccesso di potere, alla postulazione di un effetto non solo cassatorio, ma *conformativo* delle sentenze del giudice amministrativo rispetto alla riedizione del potere pubblico. In questo periodo, che vede una importante opera di creazione giurisprudenziale, che si risolve nell'enunciazione dei principi non scritti nella legge, ma stabiliti e consolidati in sede pretoria, le funzioni di nomofilachia sono svolte dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, a cui, secondo l'ordinamento del tempo (art. 45, R.D. n. 1056/1944) sia le sezioni semplici, che il Presidente dell'Istituto potevano deferire qualunque ricorso che rendeva necessaria la soluzione di questioni di massima di particolare importanza. Può pertanto dirsi che nella prima stagione, quella di nomofilachia sia stata una funzione non ordinatrice, ma *creatrice*.

## 7. LA STAGIONE DEL MUTAMENTO DEL SISTEMA

Questo processo creativo è continuato a lungo, ed in un certo senso ed in una certa misura continua ancora adesso; esso,

peraltro, appare fortemente condizionato dall'evoluzione dell'organizzazione generale del sistema di giustizia amministrativa.

Non può, infatti essere considerato privo di rilievo il fatto che fino all'attuazione dell'art. 125 Cost., avvenuta con la Legge 6 dicembre 1971, n. 1034, il sistema di giustizia amministrativa si atteggiava sostanzialmente come un sistema ad unico grado. La cancellazione del Tribunale di giustizia amministrativa della Valle d'Aosta (Corte cost., 20 aprile 1968, n. 33) e delle giunte provinciali amministrative, per contrasto con le norme costituzionali sull'indipendenza dei giudici (Corte cost., 22 marzo 1967, n. 30) aveva, infatti, finito con il concentrare esclusivamente presso il Consiglio di Stato tutto il contenzioso amministrativo, facendo sostanzialmente di quella amministrativa una giurisdizione in unico grado. Si evidenziava, così una condizione assai diversa da quella esistente nell'ambito della giurisdizione civile, nella quale la funzione nomofilattica veniva svolta dalla Corte di Cassazione in relazione ad un sistema che vedeva la presenza di due gradi di giudizio, diversi da quello di cassazione. La funzione di nomofilachia esercitata dalla Corte di Cassazione realizzava, così, la tendenziale unificazione di un sistema complesso, offrendo a tutti i giudici in esso presente delle decisioni volte ad orientare la loro giurisprudenza; al contrario, nel sistema della giustizia amministrativa così come risultante dopo le ricordate pronunce della Corte costituzionale, la funzione di unificazione della giurisprudenza era sostanzialmente esercitata dall'Adunanza Plenaria, che regolava (soltanto) la giurisprudenza delle sezioni semplici del Consiglio di Stato. L'assenza di un giudice periferico, anch'esso destinatario del principio di diritto enunciato dalla Corte posta *in apicibus* dall'ordinamento giurisdizionale, conformava in modo specifico l'esercizio della funzione nomofilattica.

La Legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introducendo un giudice amministrativo di primo grado ed attribuendo al Consiglio di Stato - posto al vertice dell'ordinamento sezionale della giustizia amministrativa - le funzioni di giudice di appello, (art. 28, comma 2), ha fatto di quest'ultimo lo strumento per esercitare la funzione di unificazione della giurisprudenza, ed ha, in qualche modo, modificato anche il modo di essere della funzione, destinata adesso, come nella giustizia civile, ad un sistema complesso di giudici presenti sul territorio nazionale. L'attuazione del "programma" costituzionale indicato nell'art. 125 Cost. ha comportato una modificazione del sistema ed un conseguente mutamento nell'esercizio della

funzione di unificazione giurisprudenziale, destinata ad essere assai più simile a quella posta in essere dalla Corte di Cassazione. È questa, legata alla *modificazione dell'organizzazione del sistema*, la *seconda stagione* della nomofilachia nella giustizia amministrativa, nella quale l'esercizio della funzione stessa sembra avvicinarsi al modo in cui essa è esercitata dalla Corte di Cassazione.

## 8. LA STAGIONE DELLA LEGGE ED IL RITORNO AI PRINCIPI

L'ulteriore stagione della nomofilachia è legata ad un altro, significativo cambiamento del sistema della giustizia amministrativa, caratterizzato, se così può dirsi, dalla riaffermazione del primato della legge.

Si è visto sopra come si debba alla giurisprudenza l'elaborazione dei più importanti principi del diritto amministrativo; tuttavia, a tali principi viene data copertura legislativa, sicché è alla legge e non all'elaborazione giurisprudenziale che gli stessi devono adesso essere riferiti. La violazione del principio diviene, così, violazione di legge. Questo processo è reso evidente dalla Legge 7 agosto 1990, n. 241, il cui art. 1, non a caso è dedicato ai "principi generali dell'attività amministrativa". Economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità, trasparenza, accessibilità, diventano principi posti ed enunciati dalla legge, sicché il loro significato e la loro portata non viene più desunto soltanto dal "sistema", ma direttamente dalla norma.

Si afferma, così, la tendenza a dare copertura legislativa ai principi giurisprudenziali. Tale situazione produce lentamente un cambiamento del modo di operare del giudice, che giudica non più sulla base di principi desunti dall'ordinamento, ma sulla base delle disposizioni positive contenute nella legge e sulla applicazione o violazione. Il lavoro del giudice amministrativo comincia, così, a somigliare di più a quello del giudice ordinario; muta, di conseguenza, ancora una volta, il modo di atteggiarsi del lavoro di nomofilachia, che tende progressivamente ad unificare l'ordinamento non sulla base di una attività interpretativa relativamente libera, ma sulla scorta di regole tratte da un sistema di norme positive. L'attività legata alla nomofilachia nel sistema di giustizia amministrativa si avvicina ancora di più a quella esercitata dalla Suprema Corte.

Questo processo di cambiamento deve, comunque, fare i conti con quella che costituisce la peculiarità del processo amministrativo, il cui *cuore* è costituito dal sindacato sulla *discrezionalità amministrativa*. Accade, infatti che la legislazione amministrativa si moltiplica in modo alluvionale e convulso, in una logica emergenziale, sicché, con l'aumentare dello *stock* normativo l'ordinamento diviene più oscuro e più capace di generare contraddizioni ed ambiguità. Questo processo si accompagna ad un fenomeno specifico che riguarda l'attività del giudice amministrativo: questo, infatti, è portato ad attribuire un rilievo decisivo, ai fini del controllo della discrezionalità amministrativa, ad atti - bandi di gara, atti generali, direttive, circolari - che non hanno il valore di fonte normativa, ma che contribuiscono ad indirizzare in modo più o meno rilevante l'esercizio dell'attività amministrativa. Questo reticolo normativo non legislativo né regolamentare diviene decisivo per controllare, misurare, indicizzare, la discrezionalità amministrativa. All'inflazione normativa si accompagna, così, la moltiplicazione di atti generali tendenti ad influenzare, con l'esercizio dell'attività amministrativa ed il suo sindacato.

Quale diviene allora, in un contesto del genere, nello stesso tempo, iper regolamentato e frantumato, il modo di operare del giudice amministrativo e, con esso, il modo di esercitare la funzione di nomofilachia? Per paradossale che possa sembrare, la necessità di far fronte all'inflazione legislativa, ad un gran numero di fonti normative spesso in contraddizione fra di loro, rilancia, su di un piano diverso, l'attitudine della giurisprudenza a ricostruire figure ed istituti ed ad elaborare principi, il ricorso ai quali è reso necessario non dall'assenza di indicazioni normative, ma dall'eccesso e dalla contraddittorietà di queste. Contribuiscono in modo decisivo a questo processo l'importanza sempre più rilevante delle fonti e della giurisprudenza dell'Unione europea, attraverso le quali si affermano principi come quello di concorrenza, di proporzionalità e di precauzione; sia le tecniche talvolta utilizzate dal legislatore, che si limita ad indicare la finalità dell'intervento (legalità-indirizzo) senza specificare con chiarezza i presupposti del potere esercitato e le forme del relativo procedimento (legalità-garanzia). Tutto ciò lascia all'interprete degli spazi assai rilevanti che non possono che essere riempiti o grazie ad una diversa lettura del principio di legalità (si pensi al ritorno, anche per via della giurisprudenza comunitaria, alla teoria dei c.d. *poteri impliciti*, ovvero all'elaborazione di figure di *legalità procedimentale*), o

attraverso l'elaborazione di clausole generali conseguenza, questa volta, non del *vuoto* ma dall'eccesso normativo.

In questo contesto, nel quale il giudice amministrativo decide sempre più per clausole generali, l'esercizio della funzione di nomofilachia esige sempre di più la considerazione della produzione normativa (nazionale, comunitaria, regionale) la ricostruzione di essa in sistema e l'indicazione, in funzione unificante, di principi di diritto capaci di conformare la giurisprudenza dei giudici amministrativi.

Se si vuole, una riprova di questa situazione si ricava dal significativo numero di pronunce dell'Adunanza Plenaria riguardanti i contratti pubblici, la cui disciplina, contenuta nel D.Lgs. n. 163 del 2006, ha registrato, nel corso di pochi anni, una quantità assai rilevante di cambiamenti. A questa vera e propria inflazione normativa, capace di provocare incertezza e di incentivare soluzioni meramente formalistiche, l'Adunanza Plenaria ha cercato di reagire ricostruendo, talvolta faticosamente, un certo numero di principi di diritto, capaci di superare ed assorbire le contraddizioni e di unificare il sistema, disincentivando le soluzioni meramente formalistiche.

Quella sopra descritta - che è la più recente delle stagioni riguardanti la funzione di nomofilachia nel sistema della giustizia amministrativa - registra così, un significativo avvicinamento all'esperienza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione; e non a caso ciò avviene quando, anche a seguito dell'approvazione con D.Lgs. n. 104/2010, del nuovo codice del processo amministrativo, si registra una certa convergenza fra l'esperienza del giudizio amministrativo e quella del giudizio ordinario, e trovano ingresso nell'ordinamento disposizioni riguardanti l'Adunanza Plenaria ed il vincolo delle sue pronunce, analoghe a quelle contenute nel codice di rito civile con riferimento alle Sezioni Unite della Cassazione. L'esercizio della funzione di nomofilachia nei diversi plessi giurisdizionali acquista, così, connotati sempre più simili. Si tratta, di un esito che, alla fine sembra trovare la propria causa anche nella funzione unificante svolta dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (si pensi, ad esempio, alla pronuncia n. 77/2007 riguardante la c.d. *traslatio iudicii*), dai principi provenienti dal diritto dell'Unione europea e dalla Convenzione europea, a cui lo stesso codice del processo amministrativo dà adesso, una esplicita rilevanza nel segno dell'effettività della tutela (art. 1 c.p.a.).



## 9. LA STAGIONE DELL'INCERTEZZA: LA NOMOFILACHIA OLTRE I CONFINI

Proprio il riferimento alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo e della Corte di Strasburgo consente di cogliere, adesso, lo spazio nuovo nel quale sembra inserirsi la funzione nomofilattica esercitata dalle Corti nazionali; spazio, questo, nel quale l'effetto di vincolo della pronuncia della Corte suprema nazionale nei confronti del giudice inferiore sembra svanire in presenza di una prospettata violazione della norma dell'Unione europea.

Un processo del genere riguarda tutte le Corti nazionali, chiamate ad esercitare funzioni nomofilattiche.

E così, per quanto riguarda le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sembra utile richiamare la sentenza 20 ottobre 2011 C-369/09 *Interedil* della Corte di Lussemburgo. Questa, investita dal Tribunale di Bari, dichiarato competente rispetto al giudice del Regno Unito, a seguito di ordinanza resa dalle Sezioni Unite su regolamento di giurisdizione, si è espressa su una richiesta di pronuncia pregiudiziale riguardante alcune questioni interpretative del Reg. CE n. 1346/2000 nelle procedure di insolvenza. Con tale sentenza la Corte di Giustizia ha affermato che il diritto dell'Unione osta a che un giudice nazionale sia vincolato da una norma di procedura nazionale, ai sensi della quale egli deve attenersi alle valutazioni di un giudice superiore, qualora risulti che le valutazioni svolte dal giudice di grado superiore non siano conformi al diritto dell'Unione. In tal modo la Corte di Lussemburgo, dando seguito ad un precedente indirizzo (sentenza 5 ottobre 2010, causa C-173/09 *Elchinov*), ha sostanzialmente sancito una sorta di diritto di ribellione del giudice non di ultima istanza al vincolo derivante dall'ordinamento interno (nel caso esaminato il vincolo derivava dall'art. 382 c.p.c.) tutte le volte che tale giudice dubiti del fatto che le valutazioni svolte dal giudice superiore siano conformi al diritto dell'Unione. La funzione di nomofilachia del giudice nazionale - esercitata dalle Sezioni Unite della Cassazione anche attraverso la regolazione della giurisdizione - è stata, così, sostanzialmente messa in discussione in nome del diritto della Unione europea.

Una vicenda per molti versi simile ha caratterizzato l'esperienza della giustizia amministrativa, nella quale con ordinanza del 7 aprile 2011 il Tribunale amministrativo regionale del Piemonte dubitando della conformità al diritto dell'Unione, e dell'orientamento assunto dall'Adunanza Plenaria sull'ordine di esame del ricorso principale e a quello incidentale, ha chiesto la pronuncia pregiudiziale

ziale della Corte sull'interpretazione della Dir. 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative regolamentari e amministrative, relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori. Con la sentenza 4 luglio 2013, n. C-100/12 *Fastweb* la Corte di Lussemburgo ha affermato che il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nella specifica ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici, e ciò perché in tale situazione ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere ad una offerta regolare. A seguito di tale pronuncia, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 9/2014, dopo aver rilevato che la sentenza *Fastweb* ha introdotto una eccezione all'indirizzo faticosamente elaborato dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria, ha limitato la possibilità dell'esame congiunto del ricorso incidentale e del ricorso principale alle condizioni che si versi nel medesimo procedimento, gli operatori rimasti in gara siano due, ed il vizio dedotto relativamente alle offerte sia identico per entrambe.

L'Adunanza ha poi affermato che l'identità del vizio deve essere intesa come legata all'aspetto sostanziale ed ha stabilito a quali condizioni possano essere ritenuti "comuni" i vizi prospettati dal ricorrente principale e da quello incidentale ai fini individuali della sentenza *Fastweb*.

Pur avendo l'Adunanza Plenaria qualificato l'ipotesi presa in considerazione dalla sentenza *Fastweb* come eccezione all'indirizzo consolidato, così riaffermando quello enunciato nella sentenza n. 4/2011, non può essere messo in dubbio che, attraverso l'intervento della Corte di Giustizia, il TAR Piemonte ha rimesso in discussione l'indirizzo della medesima Adunanza Plenaria, quanto meno con riferimento alla situazione di eccezione identificata.

Se è vero, infatti, che ai sensi dell'art. 99 c.p.a. i giudici di primo grado non sono vincolati al rispetto della *regula iuris* enunciata dall'Adunanza Plenaria, operando tale vincolo esclusivamente nei confronti delle sezioni semplici del Consiglio di Stato (art. 99, comma 3, c.p.a.), è altresì vero che ciò è avvenuto a seguito dell'intervento della Corte di Giustizia e non secondo l'ordine che il codice del processo amministrativo suppone (sentenza del giudice

di primo grado in dissenso dall'Adunanza Plenaria; appello della parte soccombente; eventuale rimessione della questione all'Adunanza Plenaria ad opera della sezione semplice del Consiglio di Stato). Anche qui, la considerazione del diritto europeo da parte del giudice non di ultima istanza consente di superare, almeno nei limiti indicati, il principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria nell'esercizio della funzione di nomofilachia.

Il quadro così delineato risulta completato, per quanto riguarda la giustizia amministrativa, dall'ordinanza n. 84 del 17 ottobre 2013, con cui il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana ha chiesto alla Corte del Lussemburgo di chiarire se, con riferimento alle questioni suscettibili di essere decise mediante l'applicazione del diritto dell'Unione europea, osti con l'interpretazione di detto diritto l'art. 99, comma 3, c.p.a., nella parte in cui stabilisce la vincolabilità per tutte le sezioni del Consiglio di Stato, del principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, anche laddove consti che quest'ultima abbia o possa avere affermato un principio contrastante con il diritto dell'Unione. Lo stesso Consiglio siciliano ha chiesto di conoscere se la sezione del Consiglio di Stato investita della trattazione della causa, qualora dubiti della conformità o compatibilità con il diritto dell'Unione europea di un principio di diritto già enunciato dall'Adunanza Plenaria, sia tenuta a rimettere a quest'ultima la decisione del ricorso, ancor prima di poter effettuare un ricorso pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ovvero se le sezioni, possano o debbano, in quanto giudici nazionali di ultima istanza, sollevare autonomamente una questione pregiudiziale per la corretta interpretazione del diritto dell'Unione.

Viene, così, in nome del diritto dell'Unione europea e della sua interpretazione da parte della Corte di Lussemburgo, espressamente e direttamente messo in discussione il vincolo della sezione semplice al rispetto del principio enunciato dall'Adunanza Plenaria in funzione dell'esercizio dei compiti di nomofilachia.

Le indicazioni sopra esposte sembrano, pertanto, prospettare un ulteriore scenario, ancora da esplorare, caratterizzato dalla frammentazione della funzione nomofilattica, se non addirittura dal sostanziale, possibile superamento dei compiti di nomofilachia esercitati dalle Corti nazionali; si pone, così il problema di stabilire se si sia di fronte ad un *trasferimento* della funzione di unificazione della giurisprudenza alla Corte di Giustizia della Unione (quanto meno con riferimento alle controversie che debbano essere risolte

con l'applicazione del diritto dell'Unione, ovvero ad una *frammentazione* della funzione nomofilattica, ovvero ancora ad una sua diversa *organizzazione*). Il processo è ancora in corso ed è lontano dall'essere definito; tuttavia sembra possibile ritenere che l'opera di unificazione della giurisprudenza non possa essere più realizzata soltanto a livello nazionale, senza la considerazione della nuova *governance* giudiziaria, e cioè della presenza nell'arena pubblica di ordini diversi di giudici, nazionali e sovranazionali. La funzione di nomofilachia è, così, destinata a permanere, ma è, probabilmente destinata a cambiare la sua *organizzazione*.

Luigi Rovelli

## **NOMOFILACHIA È LA FUNZIONE ISTITUZIONALE DELLA CASSAZIONE**

Abbiamo già sentito una impostazione abbastanza approfondita del tema della nomofilachia e debbo dire che - riconosciuto al mito della certezza del diritto il carattere solo tendenziale - bisogna interrogarsi se la ricerca della certezza è qualche cosa di utile oppure è qualche cosa che può essere posposto a tanti altri interessi, a tante altre valutazioni.

È abbastanza facile rispondere che non solo è utile, ma è essenziale per una comunità perseguire nella misura massima possibile l'obiettivo della certezza del diritto, perché questo vuol dire prevedibilità delle situazioni giuridiche; questo vale anche a prevenire le liti che originano spesso proprio dalla incertezza; perché consente quella "calcolabilità" che Max Weber metteva come fondamentale elemento per il progresso economico.

L'impresa vive necessariamente nel rischio, ma deve essere un rischio calcolato e calcolabile ed il rischio giuridico è un rischio che un buon Ordinamento deve rendere il più calcolabile possibile; quindi la calcolabilità del rischio giuridico è uno degli elementi fondamentali di un sistema economico - mi pare che l'odierno richiamo della Presidenza della Repubblica andasse proprio in questo senso - ma nello stesso tempo realizza anche il bene, per noi ancora più fondamentale, che è quello dell'uguaglianza: se non c'è certezza, se le soluzioni sono differenti quel bene prezioso che è il fondamento dell'art. 3 Cost. non viene raggiunto.

Sulla utilità, direi, della certezza del diritto e quindi sulla preferibilità di un sistema processuale, ordinamentale che quel bene cerca di raggiungere, cerca di perseguire ci dovrebbe essere un sostanziale accordo.

Questo bene, è stato detto già oggi da chi ci ha preceduto, nel nostro Ordinamento è prevalentemente attribuito al funzionamento della Corte di Cassazione. Abbiamo sentito dal Procuratore

Generale Ciani il richiamo all'art. 65 ord. giud.; mi pare che sia apparso chiaro come nel passaggio dal regolamento del 1865, ancora legato all'idea del giudice «*bouche de la loi*», che introduceva come funzione della Cassazione garantire "l'esatta osservanza" dell'Ordinamento, già l'Ordinamento giudiziario del 1941, l'art. 65, tuttora vigente (anche se è una norma non processuale, programmatica), aggiunge all'esatta osservanza "l'uniforme interpretazione", il che - come è stato notato - è una specie di smentita dell'esatta osservanza, perché ciò che è esatto non ha bisogno di avere anche l'uniforme interpretazione: le regole della matematica che sono considerate pura logica sono di per sé esatte e non ne va garantita l'uniforme interpretazione.

Questo dimostra che ci troviamo di fronte ad un sistema che di per sé consente una pluralità di interpretazioni di testi normativi; e che questo, se rimane in uno stadio fisiologico, non è di per sé una negazione delle qualità del sistema, ma occorre un momento monistico.

È emerso sia dalla relazione del Procuratore Generale, sia anche da quanto efficacemente detto dal Professor Coppi che in questo momento i problemi che la Corte di Cassazione deve affrontare per realizzare nel maggior grado possibile questo bene della certezza, questo bene della nomofilachia sono fortemente condizionati dal carico di lavoro che è di per sé incompatibile, diciamo pure, con le funzioni che negli altri Paesi, sono attribuite alla Corte Suprema.

Non esiste nessuna Corte Suprema negli Ordinamenti europei che abbia una sopravvenienza annuale di 53 mila processi penali ed oltre 30 mila processi civili; il che significa che è possibile costruire un Ordinamento processuale che garantisca un controllo di legittimità anche molto approfondito, ma meno esteso, di quello che assicura oggi la Corte di Cassazione Italiana.

Questo fa sì che, in questo momento, la situazione della Corte ponga per essa un vero e proprio problema di "identità" che potrebbe esaurirsi in una mera funzione di garanzia soggettiva per le parti o, invece, continuare ad aspirare ad una posizione istituzionale più significativa e rispondente alla sua funzione originaria di organo di nomofilachia.

Certamente i discorsi ed anche alcune scelte politiche che sono state fatte intorno alla funzione di nomofilachia della Cassazione sono andate un po' assomigliando ai «*liebe Schmerzen und Klagen*», dolori e lamenti di cui non si capisce se ci si duole più del progressivo deteriorarsi del principio, ovvero ci si lamenti, in fon-

do, del non sufficiente scadimento onde poterlo bandire definitivamente dal quadro istituzionale.

La Cassazione oggi si trova drammaticamente davanti ad un bivio: se essere o aspirare ad essere Corte Suprema o essere giudice di terza istanza. Le spinte che vengono dalla pratica - le ha espresse molto bene l'Avvocato Coppi - sono tutte in questa direzione ed assai meno in quello della direzione di organo di tutela della nomofilachia e della certezza del diritto.

Tuttavia, al di là di ogni con siderazione astratta sul bene della certezza, debbo dire che se è vero che sono venuti meno i presupposti della teorica giacobina del diritto del giudice «*bouche de la loi*», «evirato esegeta del giacobinismo giuridico» come dice Paolo Grossi che erano così strumentali ad un organo che garantisce la «esatta osservanza», che avesse quella violenza istituzionale che si manifesta nella parola *casser*, (da cui Cassazione), e che tutto ciò è largamente venuto meno, - espressione di un'epoca che non c'è più, - tuttavia è pur vero che la giurisdizione - pena negare sé stessa - deve tendere ad una interna decifrabilità che la faccia essere in qualche modo sistema.

È la coerenza sistematica che la giurisdizione deve ricercare dentro di sé e che nella Cassazione ed in particolare poi nelle Sezioni Unite penali e nelle Sezioni Unite civili come l'organo che compone i contrasti, che ricerca le soluzioni più persuasive e che ha anche taluni mezzi perché queste siano osservate, perché se è vero e coerente con l'art. 101 Cost. che il giudice di merito può sempre interpretare la norma diversamente da come lo ha fatto la Corte Suprema, e tutto questo innesca un positivo rimescolamento dei problemi, fa emergere problemi nuovi, tuttavia egli sa che se l'argomentazione con cui si "ribella" alla Cassazione, non ha in sé la forza per poter determinare un cambiamento di giurisprudenza, quella sua decisione sarà poi destinata ad essere annullata, cassata nei gradi successivi, e tutto ciò provocherà la ricerca di un apparato argomentativo più adeguato al nuovo che emerge.

Poco fa il Professor Alpa ricordava la storia del danno biologico che è partita "in nuce" al Tribunale di Genova e che ha avuto una immediata reazione negativa. La Corte di Appello di Genova ha subito annullato la sentenza. In questo caso bisogna dire che è stata la insistenza e la forza di quei giudici di merito, ma soprattutto l'appoggio di una parte della dottrina, di cui il Professor Alpa è stata espressione, che ha garantito un mutamento nella giurisprudenza che ha rappresentato - ed oggi è riconosciuto da tutti -

un progresso, un progresso che poi definitivamente ha avuto il timbro della Cassazione.

In questo senso debbo dire che oggi, secondo me, c'è bisogno, forse più di prima, di Corte Suprema. Le ragioni le elenco soltanto perché ciascuna di queste merita un Convegno: la pluralità dei legislatori, gli inediti problemi di gerarchia delle fonti del diritto, l'*autopoiesis of Law* che si verifica: pensiamo che una gran parte anche del diritto contrattuale ha origine totalmente negoziale (*leasing*, e tutti i contratti che finiscono in "ing" sono frutto di *boutiques* legali americane, direbbe Claudio Consolo, di studi legali americani e sono oggi parte del diritto), oltretutto in una situazione, in un contesto civile segnato da divaricazioni corporative, ma anche dall'emergere di nuovi diritti.

La nomofilachia, quindi, risponde non solo ad una esigenza primaria per i cittadini, per gli operatori economici di certezza del diritto, ma si riassume anche non solo nella certezza, ma nella capacità 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 anomia.

In questo quadro che vuole un po' ristabilire in un certo senso l'importanza della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione e della funzione unificante della giurisprudenza non posso non fare qualche cenno (che può introdurre anche qualche elemento non di dico di polemica, ma di contrasto possibile) ad alcune delle innovazioni normative che sono state fatte per rendere più possibile la nomofilachia. Tra queste penso che agli Avvocati presenti interessi soprattutto la riforma dell'art. 360, n. 5, c.p.c.; interverranno tra pochi giorni alcune sentenze proprio delle Sezioni Unite alle quali sono state portate le prime cause proprio perché si abbia fin dall'inizio un quadro di certezza interpretativa.

Devo dire che l'opinione prevalente tra i magistrati è che *voluntas legislatoris* e *ratio legis* sono convergenti ed esprimono l'intenzione del legislatore di evitare l'abuso dei ricorsi per Cassazione basati sul vizio di motivazione non strettamente necessitato dai precetti costituzionali; supportando la generale funzione nomofilattica propria della suprema corte quale giudice dello *ius constitutionis* e non, se non nei limiti della violazione di legge, dello *ius litigatoris*.



Lo specifico interesse, non corporativo ma quale istituzione, che la Corte di Cassazione incarna all'attuazione del programma indicato dal legislatore non deve farci velo, né favorire, anche inconsapevolmente il mantenimento di quello *stylus curiae* che, quando il codice del 1940 ha introdotto una norma sostanzialmente uguale a quella attuale, ha visto la Cassazione persistere nel controllo sulla sufficienza della motivazione, secondo un indirizzo che, valutando il vizio formale, ne ha sindacato la funzione sostanziale. Non scordiamoci però la funzione della motivazione che per Salvatore Satta è l'essenza della giurisdizione.

Sembra corretto il rilievo che mentre la novella del 1940 non incidere sulla base legislativa anteriormente individuata della giurisprudenza per effettuare il controllo di logicità, la novella del 2012 quella base legislativa sulla quale la Corte di Cassazione ormai da più di sessant'anni ha effettuato il controllo sulla motivazione ha tolto di mezzo. Quindi, volontà del legislatore e scopo della legge convergono senza equivoci nella esplicita scelta di ridurre al minimo costituzionale il sindacato sulla motivazione in sede di giudizio di legittimità. Ritorna pienamente attuale la giurisprudenza delle sezioni unite sul vizio di motivazione dei provvedimenti per ricorrere per Cassazione in via straordinaria in base all'art. 111 Cost., come formatasi anteriormente alla riforma del D.Lgs. n. 40/2006: il vizio si converte in violazione di legge nei soli casi di omissione di motivazione, motivazione apparente, contraddittorietà, motivazione perplessa o incomprensibile sempre che il vizio fosse testuale. Il parallelo con l'art. 606 c.p.p. come novellato, vede censurata la mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione (oggi anche quando il vizio pur non risultando dal testo della sentenza emerga dagli atti del processo specificamente indicati nel motivo di gravame). Analoga apertura limitatamente al vizio extra testuale è quella scandita dal novellato numero cinque dell'art. 360 in cui l'omesso esame del fatto decisivo (e discusso tra le parti, sussistendo, in difetto di tale elemento il vizio revocatorio di cui all'art. 395, n. 4) non è che omessa motivazione in ordine a detto decisivo elemento di fatto.

Personalmente avrei perplessità a circoscrivere la rilevanza del vizio di illogicità al suo essere "manifesta" giacché ogni vera illogicità, una volta disvelata come tale, diventa per ciò stesso manifesta; e ritengo più esatto richiedere che il vizio logico intacchi la motivazione nella sua interezza in ordine alla questione decisa. Probabilmente la stessa nozione di illogicità nella sua essenza si

applica solo a concetti puri (come quelli della matematica); ed è improprietà terminologica applicarla al momento della mera ricostruzione di un fatto storico controverso, sulla base dell'esame delle prove.

La circolarità della vicenda riformistica che va dal 1865 al 1940 fino all'epifania della "motivazione" con la riforma del 1950 e l'attuale ritorno al testo del 1940 (con intermezzo della riforma del numero 40 del 2006 che, con la sostituzione di "fatto decisivo" a "punto decisivo" chiarisce l'attinenza esclusiva del vizio di cui al numero cinque alla motivazione in fatto; ma che, con l'estensione anche al numero cinque della ricorribilità in via straordinaria verso provvedimenti decisori e definitivi diversi dalle sentenze ha ampliato gli spazi di ricorribilità e fornito materia a chi ne sostiene la natura di interpretazione autentica del significato del vizio di "violazione di legge") mostra la labilità degli interventi legislativi intervenuti.

Sintetizzando, sul nuovo testo si possono identificare tre tesi dottrinali a confronto.

- La prima ne sancisce la irrilevanza sostanziale perché vizio logico equivale a violazione di legge (così come il canone di completezza del giudizio di fatto argomentandosi dagli artt. 115 e 116 c.p.c.) Si apre dunque la problematica sulla giuridicità delle norme metodologiche anche in relazione al giudizio di fatto.

- La seconda passa attraverso il n. 4 (Carratta, Vittoria); e identifica il requisito formale con quello della "idoneità" (a che cosa?) della motivazione creando un antistorico ritorno all'esperienza del periodo che va dal 1865 al 1940. Ma l'indefettibilità, in base alla Costituzione, della motivazione ci spinge comunque verso una ragionevole interpretazione costituzionalmente orientata nel senso della rilevanza del vizio di incoerenza o contraddittorietà, ma non di quello di insufficienza (pena la denuncia di irragionevolezza della scelta legislativa). Ritengo che sia da condividere la valutazione di fragilità dell'interpretazione che valorizza l'avverbio "circa" come bene stato spiegato da Didone (solecismo).

- La terza tesi è quella c.d. apocalittica, quella per cui la riforma incide radicalmente sul *quantum* di tutela e la riduce drasticamente tradendo la stessa strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale; maggior artefice di questa impostazione è il Prof. Bruno Sassani e la risposta meriterà un discorso approfondito; il suo parallelo e speculare è quello che si risolve nella mera incidenza della riforma sul *quomodo* e ne è fautore Frasca con il correttivo (di Comastri) per cui il prezzo per la parte litigante della

traslazione dal numero cinque al numero tre è quello della necessità di individuazione caso per caso della specifica norma sul metodo o dello specifico vizio di sussunzione che si manifesta.

Quindi, fondamentale la distinzione fra *quaestio facti* e *quaestio iuris*; distinzione astrattamente semplice, base del sillogismo giudiziale fondato sulla sussunzione della fattispecie concreta entro la fattispecie astratta. L'erronea ricognizione della fattispecie concreta è questione di fatto. In realtà anche dove la distinzione sarebbe agevole occorre fare i conti con i dati concreti. Certo è che nella realtà pratica non sempre la sentenza dei giudici di merito contiene l'enunciazione della fattispecie concreta accertata né l'analisi delle fonti di prova su ciascun punto controverso. Il che spiega, a sua volta, la tendenza delle parti ricorrenti a tenere agglunate le questioni di diritto con i fatti di causa e questi ultimi con le fonti di prova e con i loro possibili significati. Di qui l'immagine di Gianni Verde per cui «separare il fatto dal diritto nella motivazione è come separare in modo indolore la carne dal sangue in un organismo vivente».

In prima approssimazione si può ritenere che, se dalla sentenza non è enucleabile la fattispecie concreta destinata a fungere da premessa minore del sillogismo giudiziale, in tal caso la motivazione manca della sua funzione essenziale e non fungibile: è un vizio formale assimilabile a "*défaut de base légale*"; questa esige la chiara enunciazione del fatto; enunciazione che, nel giudizio di legittimità, è la preconditione perché si possa riuscire a *juger le jugement*. Occorre tenere conto che nell'ottica del giudizio di Cassazione, la sola funzione infungibile della motivazione del giudice di merito è quella che risolve, attraverso l'analisi delle fonti di prova, le questioni controverse relativamente all'accertamento dei fatti rilevanti. Se non è identificabile la ricostruzione della fattispecie concreta allora la sentenza andrà cassata non perché sbagliata, se mai perché i vizi ricostruttivi non possono essere colmati in sede di legittimità.

Diverso e più delicato è il caso in cui è denunziato il vizio di sussunzione che cade esattamente nel punto di sutura fra fattispecie concreta e fattispecie astratta. Torneremo sull'argomento a proposito dei c.d. concetti indeterminati. Ma, ancora in via di prima approssimazione, ed ancorché in alcuni casi sia semplicistico ritenere che il dato storico arrivi ancora grezzo all'appuntamento con la sua definizione è agevole precisare che, fermi restando gli accertamenti di fatto come contenuti nella decisione di merito, resterà aperta la questione dell'attribuzione del *nomen iuris* o della quali-

ficazione giuridica come tipica questione di diritto (esempio: vendita o appalto; prevalenza del dare o del *facere*).

Per Bruno Sassani, venuto meno il controllo sulla motivazione relativamente agli elementi di fatto, quanto alla prova presuntiva, non si capisce come una presunzione "balordamente attinta" possa trovare censura in sede di legittimità se la scorrettezza cade sulla massima di esperienza, che si lascia apprezzare esclusivamente sotto il profilo logico.

Inoltre portare alla emigrazione di questi come di altri vizi logici dal giudizio del numero cinque al numero tre apre una contraddizione di cui tenere conto, come vedremo meglio parlando di molte c.d. clausole generali (giusta causa; diligenza; la stessa buona fede) o dei concetti indeterminati (la ragionevolezza).

La Suprema Corte ha valutato spesso le argomentazioni cassando o non cassando in base alla ritenuta o meno plausibilità delle stesse anche se in realtà mascherando un vero e proprio giudizio di diritto dietro la apparenza di una questione relativa alla motivazione. L'esplicitazione del passaggio al numero tre dovrebbe obbligare la corte ad enunciare in ogni caso il principio di diritto ex art. 384, comma 1.

Con tutti i rischi di generalizzazione insiti nella massimazione quando applicata a questioni definite come tipicamente "plurisolubili".

Alcuni esempi portati da Bruno Sassani prima di passare all'esame delle clausole generali: lo stabilire quando un mandato è *in rem propriam*; se un'operazione economica fra due parti contraenti può qualificarsi come "affare" ai fini del diritto del mediatore alla provvigione; l'imputabilità dell'impossibilità della prestazione.

Ricordo che Natalino Irti in anni ormai lontani si esprimeva dicendo che il legislatore, nella nostra tradizione di *civil law* ha il compito di governare politicamente l'intensa ed assidua dialettica che si svolge nella società civile offrendo alla pratica attraverso un processo legislativo che è legittimato dal consenso, modelli di istituti nei quali le scelte di interesse sono precise e le conseguenze definite; e ciò avviene mediante la legiferazione per fattispecie astratte.

La "fuga nelle clausole generali" sarebbe invece da attribuire a difetto di intelligenza del legislatore a incomprendimento dei fenomeni da regolare. È probabile che questa sia stata a suo tempo la reazione di un giurista ancora legato alla tradizione alla celebre prolusione di Macerata del 1966 con cui Stefano Rodotà sosteneva che l'ideale modo di legiferare fosse "per principi" e attraverso

l'enunciazione di clausole generali fortemente direttive destinate ad essere riempite in sede di interpretazione e applicazione. Nella realtà del nostro ordinamento e più ancora degli ordinamenti stranieri la dinamicità dei fatti da regolare, la complessità del post moderno induce un ampliamento del modo di legiferare mediante enunciazione di clausole generali. Non rientrano fra queste (ma bisogna tener conto di queste forme di legiferare) le ipotesi in cui il legislatore non fornisce all'interprete la descrizione concreta della disciplina, ma indica lo scopo, il programma economico-sociale tracciato. Gli esempi di tale tecnica sono i più vari; coprono i diversi campi di intervento e si pongono con assoluta evidenza quando il contenuto precettivo della norma non è dato da una fattispecie astratta ma della mera indicazione dello scopo. Terreno di elezione è il diritto di famiglia dove "l'interesse del minore" costituisce la *regula iuris* nelle discipline di numerose fattispecie: lo ritroviamo all'art. 155, all'art. 158, all'art. 250 per disciplinare il rifiuto del consenso del minore o del suo genitore al riconoscimento di paternità; all'art. 251 (di autorizzazione al riconoscimento dei figli incestuosi) all'art. 207 in ordine alla rispondenza all'interesse del minore della azione giudiziale di paternità promossa dall'altro genitore. Ma lo ritroviamo anche nelle materie disciplinate dal diritto commerciale. Per esempio l'art. 125 del testo unico sulla finanza riduce dal 20 al 10% la percentuale di capitale che nelle società quotate potrà richiedere la convocazione dell'assemblea con possibilità di rifiuto degli amministratori e conseguente decisione del presidente del tribunale sulla base del criterio della rispondenza o meno a l'interesse della società; e questo comporta una profonda trasformazione della struttura logica della decisione che è rimessa all'interprete e in ultima analisi al giudice stesso. Sintetizzo dicendo che mentre le regole giuridiche sono per loro natura regole prescrittive che rispondono bensì ad uno scopo ma questo rimane esterno al contenuto della norma, qui ci troviamo di fronte a regole che in base a nozioni di teoria generale del diritto possono essere chiamate regole tecniche. Regole che non prescrivono ma descrivono il nesso tra una causa e un effetto o e quindi tra un comportamento ed uno scopo. Tali sono tutte le regole naturalistiche che proprio per questo possono essere considerate apofantiche perché sono predicabili in termini di verità o falsità secondo che dalla loro applicazione convenga o no il risultato avuto di mira. La diretta applicazione del fine nella norma giuridica imprime dunque alla norma prescrittiva la natura descrittiva propria della regola tecnica.

Michel Foucault esprime questo concetto dicendo che sempre meno saranno presenti nell'ordinamento regole prescrittive mentre crescerà lo spazio di regole che lui chiama regole "medicali" destinate cioè a costituire il parametro per il raggiungimento di uno scopo. In verità ciò costituisce da un punto di vista teorico la discriminazione tra giurisdizione e amministrazione che è, essa sola, sottoposta a una programmazione di fini. Io credo però che appartenga all'elemento della giuridicità il sindacare in sede di giudizio di legittimità la razionalità quanto meno della corrispondenza della decisione al fine avuto di mira e impresso come *regula iuris* dal legislatore, con una trasformazione della regola descrittiva in regola prescrittiva. Da non confondere questa ipotesi con quella in cui l'interesse di un soggetto viene in considerazione non come programma tracciato per la decisione, ma come elemento di valutazione circa la rispondenza a questo criterio di azione di fatti già avvenuti.

Per esempio la rispondenza all'interesse sociale della delibera di esclusione dal diritto di opzione; oppure in presenza di conflitto di interessi di un socio in assemblea e di delibera assunta col voto determinante del socio per il quale sussiste il conflitto di interessi, la c.d. prognosi postuma sulla rispondenza della delibera all'interesse della società domanda al giudice qualche cosa che è ben noto nell'ambito del giudizio amministrativo e corrisponde ad una ipotesi, eccezionale nel giudizio civile, in cui al giudice è rimesso un giudizio di merito sull'atto. Anche su questo punto occorrerà meditare sulla "cassazionabilità", per così dire, del sindacato sull'uso e sulla valutazione di merito nel senso che ho ora indicato.

Quando parliamo invece di clausole generali mi riferisco per una semplificazione, che è opportuna in questa fase del discorso, alle più note e più tipiche: la clausola di correttezza e buona fede, la clausola di diligenza, la giusta causa.

Credo che non esista definizione più compendiosa del concetto di clausola generale di quella fornitaci da Emilio Betti: le clausole generali presentano «una eccedenza di contenuto assiologico rispetto al dettato normativo di un sistema». Vedremo in seguito l'utilità di questa definizione; per il momento voglio analizzare la rilevanza nel giudizio di Cassazione della dedotta violazione di tale tipo di clausole dovendo ricordare che secondo quanto prima ho precisato si tratta di clausole la cui applicazione conduce normalmente a giudizi "plurosolubili" la cui soluzione cioè non si presterebbe ad assumere lo status di principio di diritto. Lo stesso Federico Roselli che nella sua monografia ha operato un'accurata rico-

gnizione degli interventi della Corte di Cassazione su tali clausole dà atto che la Suprema Corte ha esercitato un controllo efficace in tema di clausole generali proprio in forza del numero cinque vecchio testo dell'art. 360; dispensandosi così come ha notato Pietro Rescigno da una puntuale ricerca assiologica lungo i margini di indeterminatezza della norma.

Salvatore Patti sembra confermare questo quando dice che il limite del sindacato del giudice di legittimità è dato dalla "verifica di plausibilità" dell'argomentazione che sta alla base dell'uso fatto dal giudice di merito delle clausole generali; e la stessa giurisprudenza tedesca secondo quanto riportato da Esser sembra orientata a ritenere che può esservi errore non sulle circostanze di fatto ma sulla norma enucleata solo quando una regola tratta dal concetto è espressa in modo diverso e contrastante con i parametri riconosciuti altrimenti come quelli corretti.

Per quanto mi riguarda, avevo osservato che il rinvio alle clausole generali ad opera della stessa legge non coinvolge l'interprete nella identificazione della regola del caso con quella della fattispecie generale ed astratta, ma richiede al giudice la concretizzazione della clausola generale, ossia la determinazione del concetto indeterminato con riferimento al caso concreto. Il giudizio in questo caso non è e non può presentarsi come giudizio "analitico" vale a dire un giudizio in cui il predicato è interamente derivato dal soggetto ad è un "a priori"; né è un giudizio sintetico interamente dedotto dall'esperienza o "a posteriori".

È davvero un giudizio "sintetico a priori": perché chi esprime il giudizio tiene conto sia del programma normativo sia dei dati della realtà; esprime in tal modo una regola, che è legittimato ad esprimere, ma che non deriva interamente dalla norma. E tuttavia in tal modo enuncia un giudizio "a priori", una regola. Che fonde insieme soggetto e predicato; universale e particolare. In senso, a me pare, sostanzialmente concorde si esprime Salvatore Patti quando spiega che, poiché parametri risultanti dall'uso della clausola generale si pongono nella "premessa maggiore" del sillogismo giudiziale, quando il giudice di merito sbaglia in questa fase, non commette un errore di fatto ma di diritto. Vediamone una prima applicazione con riferimento all'ipotesi prefigurata che Sassani del giudizio sulla imputabilità al debitore della impossibilità della prestazione, giudizio che implica l'uso del criterio della diligenza nell'adempimento delle obbligazioni.

Fino a che l'impossibilità come causa di esonero della imputabilità al debitore dell'inadempimento era considerata nel quadro della teoria patrimoniale dell'obbligazione (Osti), essa rilevava in quanto l'impossibilità fosse oggettiva ed assoluta. Si trattava di una costruzione che è in qualche modo recepita dallo stesso art. 1218 e costruita sulla sola obbligazione di dare. Nella attuale prevalenza delle teorie personali dell'obbligazione, fermarsi alla mera utilità per il creditore senza proporzionarvi i mezzi significherebbe dedurre "in obligatione" anche mezzi sproporzionati, eccessivi rispetto all'economia dell'affare come risultante dalla formazione, dal suo atto costitutivo. Esiste una relazione fra la stessa nozione di impossibilità della prestazione e la misura di diligenza quale dedotta nello specifico rapporto. Si tratta, di costruire sulla base della ricognizione dell'atto costitutivo (normalmente un contratto) quello che è chiamato il "programma dell'obbligazione" e su questo innestare il criterio della diligenza. Della diligenza si può dire quello che Saint-Exupéry diceva dell'equità: «si je connais bien des actes équitables, je ne connais rien sur l'équité». Torneremo su questa illuminante definizione dello scrittore francese. Secondo Cannata il "programma dell'obbligazione" rimanda a una indefinita varietà di situazioni di fatto, dall'origine del rapporto, alla natura della prestazione, alle circostanze sopravvenute che fa dire all'autore: «questo è il lavoro dei pratici: determinare giorno per giorno professione per professione, ambiente per ambiente quali siano i criteri per imputare al debitore l'inadempimento». Questo è sì lavoro dei pratici, ma ciò non significa che non si traduca in una questione di diritto da risolvere (sia chiaro) sulla base dei fatti come accertati nel giudizio di merito.

Assistiamo in questo modo al passaggio dalla c.d. "interpretazione teorica" di Calamandrei, limbo della pura legittimità, equivalente con l'interpretazione per concetti proprio della dottrina, ad una ampia nozione di nomofilachia che chiamerei "nomofilachia liquida". Questa non impegna la Cassazione ad esprimere "grands arrêts", ma richiede enunciazione della *regula iuris* per quella specifica fattispecie concreta, come enucleata dal giudice di merito. Così si realizza anche un avvicinamento, nei fatti, ai sistemi di *common Law* dove vige lo "stare decisis", ma il *decisum* non si esprime nella concettualizzazione del principio bensì nella descrizione della fattispecie concreta ed apre la via alla tecnica del *distinguishing*.

Un discorso a parte merita la clausola c.d. di ragionevolezza talora compresa tra le clausole generali. Vi è un significato molto ampio



dell'espressione che vale a connotare un modo di argomentare non dogmatico che riporta a soluzioni di per sé evidenti per la natura delle cose o comunque più accettabili di ogni diversa soluzione: è un concetto che vale soprattutto per la ricostruzione del fatto. Ricordo che Esser ravvisa la funzione stessa della motivazione nella riduzione ad evidenza della scelta operata tra due o più verità controverse; evidenza raggiungibile ritrovando la relazione di significato con la soluzione più accettabile secondo ragionevolezza.

A questa stregua, la clausola non opera come mera clausola generale; ma vi è un uso del concetto di ragionevolezza, in parte tratto dalla giurisprudenza della corte costituzionale in tema di parità di trattamento (a situazioni uguali trattamento uguale; differenziato a situazioni disuguali) oppure come criterio per la prevalenza di determinati interessi su altri, come avviene per esempio nell'accertamento della determinazione di squilibri a carico del consumatore nell'ambito della disciplina tratta dalla direttiva 13/93 sulle clausole abusive, in cui, come è stato detto, il giudice è investito di un sindacato di (ragionevolezza) analogo a quello esercitato dalla corte costituzionale sulle norme di legge; con conseguente affidamento al giudice civile ordinario di un compito di bilanciamento di interessi (Mengoni).

Mi permetto una breve ricognizione delle ipotesi in cui il principio di ragionevolezza ha basi normative nel codice civile (senza considerare lo spazio che gli è dato nel c.d. codice Lando, negli artt. 41 e 47 della corte di Nizza): l'art. 1711 c.c. sulla possibilità per il mandatario di discostarsi dalle istruzioni del mandante, l'art. 1748, comma 3 sul diritto dell'agente alla provvigione per gli affari conclusi dopo lo scioglimento del rapporto entro un tempo ragionevole; l'art. 1683, comma 2 sulla responsabilità per custodia dell'albergatore per le cose portate in albergo per un tempo ragionevole prima e dopo la disposizione dell'alloggio da parte del cliente; ma soprattutto sono il nuovo art. 2467 c.c. sul regime del finanziamento dei soci a favore della società (soggetto a un regime di postergazione), per tale intendendosi quello che è stato concesso in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento oppure una situazione finanziaria della società nella quale "sarebbe stato ragionevole un conferimento".

Vorrei aggiungere che vi è anche l'uso del criterio della ragionevolezza in tema di responsabilità degli amministratori come criterio di valutazione per stabilire la violazione del dovere di diligenza

(*duty of care*) e la fuoriuscita dal normale rischio d'impresa che giustifica la *business judge rule*.

Occorre aggiungere che vi è stata una esplosione dell'uso della clausola generale di ragionevolezza nei progetti del codice civile europeo e nei principi *Unidroit*; il tutto alla ricerca di un tentativo di armonizzazione del diritto.

Ebbene, come è stato rilevato quella che passa attraverso l'estensione delle clausole generali non può considerarsi vera armonizzazione perché la regola non esiste prima della sua applicazione concreta: ergo, la concretizzazione del giudizio di valore non applica il precetto, lo crea traendolo da un punto di vista "esterno" all'ordinamento stesso. Quando il giudice è chiamato a un bilanciamento di valori o di interessi l'attività di giudizio non è applicazione di una regola ma è qualcosa di più; è essa stessa regola perché la mera enunciazione del principio di valore non esplica di per sé alcun precetto per la decisione del caso.

Come dice un grande teorico del positivismo giuridico come Hebert Hart, il centro di gravità dei sistemi giuridici non è il loro apice, non è neppure l'enunciazione della tavola dei valori o dei diritti fondamentali, ma sono le scale di priorità le concrete applicazioni che si fissano solo nella pratica giurisprudenziale. Non sembra davvero possibile espungere questo momento fondamentale della giuridicità dal controllo di legittimità in Cassazione.

Per concludere con alcuni aforismi, sono reduce da un incontro nel Cilento che ha avuto ad oggetto considerazioni anche giuridiche tratte dall'opera di Giambattista Vico, lo storicismo di Vico, l'apertura alla scienza nuova, e riporto qui un paio di espressioni che mi sono sembrate significative anche per noi.

La prima: "la scienza nuova deve portare ad un tempo il fatto e l'idea, le due parti che compiono questa giurisprudenza interamente compiuta che è la giurisprudenza del genere umano", «*verbum et factum convertuntur*».

Concludo, poi, ponendo in guardia soprattutto i miei colleghi dal rischio di enfattizzazione di una mitologia spiritualistica come avviene nelle forme estreme di idealismo il cui esito sono le conclusioni di Giovanni Gentile, tratto da "La teoria dello spirito come atto puro" del 1916.

"Il solo modo di concepire il conoscere è quello di non supporre come logico antecedente il reale che ne è l'oggetto".

Ecco, vorrei assicurare che per la Cassazione il reale continuerà ad essere l'oggetto del giudizio e del conoscere.