**La funzione nomofilattica : orizzonti e illusioni.**

**Un “allegro non troppo”.**

Giancarlo Montedoro

1. **La funzione nomofilattica. A partire dalla certezza del diritto**
2. **L’esigenza di concordia fra giurisdizioni. Il suo fallimento.**
3. **La nomofilachia è sempre “stabile ma non troppo”**
4. **La forza della logica del concreto**
5. **Conflitti giurisprudenziali ed overruling**
6. **Considerazioni critiche: orizzonti ed illusioni sulla strada del ritorno dal caos all’ordine.**

**1.La funzione nomofilattica. A partire dalla certezza del diritto**

Come è noto la funzione nomofilattica è il compito di garantire l'osservanza della legge, la sua interpretazione uniforme e l'unità del diritto in uno Stato.

Tale funzione nell'ordinamento italiano è descritta dall'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario italiano (R.D. 30 gennaio 1941 n. 12):

«La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge. La corte suprema di cassazione ha sede in Roma ed ha giurisdizione su tutto il territorio del regno, dell’impero e su ogni altro territorio soggetto alla sovranità dello Stato.»

Si tratta quindi di una funzione che il regio decreto del 1941 attribuisce alla Corte Suprema di Cassazione.

Potere condiviso, nell’ambito del diritto amministrativo e giuscontabile, da Consiglio di Stato e Corte dei Conti i cui pronunciati sono sindacabili in Cassazione solo per motivi di giurisdizione.

Inutile sottolineare quanto conti – per i giuristi - la perenne aspirazione alla certezza del diritto, chiarita con considerazioni ancora attuali da Lopez de Onate ( Lopez de Onate *La certezza del diritto* Milano , 1968 ).

Nella sua lettura la crisi del diritto è un aspetto della crisi dell’uomo contemporaneo, il frutto di un’epoca che ha mille motivi di contrasto entro se medesima.

“Il contrasto fra meccanizzazione e spiritualità, tra collettivismo e solitudine interiore, tra godimento banale e intima miseria, tra le soddisfazioni offerte dal possesso della tecnica e le delusioni che la tecnica, con le sue contraddizioni offre, tra la volontà esteriore di conquistare il piacere e la continua amarezza e malinconia, tra l’indifferenza al vero e la preoccupazione, tra l’anelito il più delle volte vago ed indeterminato verso il trascendente e l’attaccamento al mondo terreno, in cui l’uomo contemporaneo mostra di sentire sempre più profondamente affondate le radici della sua vita , tra la consapevolezza storicistica e dialetticistica, che nel secolo XIX restava sul piano della filosofia nel senso più rigoroso ed ora invece è coscienza diffusa, ed il sentimento geloso ed irriducibile dell’individualità, questo contrasto, ansi questi molteplici contrasti danno luogo a una serie di antinomie che si trovano nell’anima dell’uomo contemporaneo e ne formano il traguardo che sembra insanabile.”

Si tratta di parole che hanno un valore ancora attuale.

La crisi del diritto è affrontata da Lopez citando Calamandrei, definito un maestro italiano del diritto del quale si riporta questa precisa analisi:

“ progressivo affievolimento del diritto soggettivo, fino a ridursi ad un interesse occasionalmente protetto; allargamento del diritto amministrativo a scapito del diritto civile; assorbimento del processo civile nella giurisdizione volontaria o nella giustizia amministrativa ; aumento dei poteri volontari del giudice; annebbiamento dei confini non solo tra diritto privato e diritto pubblico, ma anche fra diritto sostanziale e diritto processuale, discredito crescente non solo delle codificazioni, ma della stessa legge intesa come norma generale ed astratta preesistente al giudizio, aspirazione sempre più viva al diritto del caso per caso.”

Si tratta della critica al diritto giurisprudenziale ed a concezioni occasionalistiche del diritto, una critica fortemente improntata alle concezioni normativistiche del diritto nelle quali le anime liberali – dopo il disastro dei totalitarismi – trovavano rifugio.

Forse a seguito degli eccessi delle privatizzazioni e del neoliberalismo che – nella ottica ordoliberale delle Corti europee consente di rileggere tutta l’azione pubblica alla luce del paradigma della responsabilità civile - la visione di Calamandrei andrebbe aggiornata ed in parte ridimensionata ( essendo evidente che esistono anche eccessi di diritto privato), ma il suo messaggio di fondo rimane profondo – ove critica l’occasionalismo - a fronte delle recenti torsioni di ripubblicizzazione della vita del diritto ed amministrativizzazione del sistema delle fonti, imposte dalle rivoluzioni tecnico-informatiche, dal mondo post-pandemico e dalla crisi sanitaria.

Oggi il ruolo creativo della giurisprudenza e la sua centralità quale formante del diritto non è più revocabile in dubbio a partire da tali premesse.

Si rinvia per questo alle analisi di Nicola Lipari ( da ultimo N. Lipari *Elogio della giustizia* Bologna 2021) sul diritto giurisprudenziale e sulla concretezza necessaria a finalizzare l’esperienza giuridica a scopi di giustizia.

L’incertezza del diritto rimane tuttavia un tema centrale nei mezzi di comunicazione come negli studi scientifici perché lo è nella vita pratica, dovendosi legare la crisi del diritto alla crescente incertezza dei confini fra lecito ed illecito, fra la legittimità e l’illegittimità.

Tanto che potremmo affermare senza timore di essere smentiti che la crisi del diritto si risolve nella sua incertezza.

L’incertezza poi determina la difficoltà crescente della coscienza morale e della libertà umana ad agire in un campo di garanzie stabili e quindi una prevalenza – o un rischio di prevalenza - degli interessi più forti o contingenti.

Se al centro dell’analisi – ai tempi di Lopez de Onate - si poneva la lacunosità dell’ordinamento giuridico ma anche l’oscurità dei testi legislativi dovuta alla crescente complessità della vita sociale ora non è più cosi.

Si considera inevitabile il confronto realistico con la funzione interpretativa e si ritiene anche i giudici possano fare la loro parte affinando sistemi e criteri che consentano di aumentare la prevedibilità delle decisioni.

Il rimedio è stato individuato, da tempo, nel rafforzamento della funzione nomofilattica.

In tale direzione va il famoso Memorandum sulla giustizia promosso da Italiadecide (analizzato nel volume AAVV La nomofilachia nelle tre giurisdizioni, Corte Suprema di cassazione, Consiglio di Stato e Corte dei Conti Bologna 2018).

La risposta però finora è mancata.

1. **L’esigenza di concordia fra giurisdizioni. Il suo fallimento**

La concordia fra le giurisdizioni – approvato il Memorandum dai vertici degli organi nomofilattici - è durata lo spazio di un mattino, forse perché sono – in questa epoca di crescenti diseguaglianze effettive ma di altrettanto forti spinte al ridisegno dei poteri dal basso - destinati a fallire tutti i tentativi illuministici di risoluzione della complessità socio-politica ed istituzionale con operazioni di “riforma” o “autoriforma” dall’alto ( e di qui l’illusorietà dello strumento del c.d. concordato giurisprudenziale come fu l’accordo Romano- DAmelio ).

Ma vi sono ragioni di fondo circa questo fallimento che vanno analizzate senza timore del vero.

Ciò al fine di mantenere l’orizzonte di lavoro delineato da quella esperienza disvelandone i limiti e continuandone a coltivare il condivisibile spirito.

Come sappiamo – e come si è già evidenziato in precedenza – la funzione nomofilattica derivante dall’art. 65 dell’ordinamento giudiziario è comune a tutti gli organi di vertice del complesso sistema giurisdizionale.

Essa è stata enfatizzata – per quanto riguarda il processo amministrativo – dall’art. 99 del codice del processo amministrativo che prevede che se la sezione semplice cui è assegnato il ricorso rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza, emanata su richiesta delle parti o d’ufficio, può rimettere il ricorso all’esame dell’Adunanza Plenaria.

Il deferimento, prima della decisione, può avvenire ad opera del Presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d’ufficio, per risolvere questioni di massima di particolare importanza o per dirimere contrasti giurisprudenziali.

Inoltre tutte le volte in cui una Sezione semplice cui è assegnato il ricorso ritenga di non condividere un principio di diritto enunciato dall’adunanza Plenaria, rimette a quest’ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso.

La plenaria poi ha un articolata gamma di poteri definiti dalla stessa norma.

Può : 1) decidere l’intera controversia anche su punti non toccati dal provvedimento di deferimento ; 2) può enunciare il principio di diritto e rimettere la questione alla Sezione remittente.

Tanto può avvenire anche nel caso in cui il deferimento avvenga ad opera del Presidente del Consiglio di Stato.

Può poi in caso di ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile o estinto, enunciare comunque il principio di diritto in presenza di una questione di particolare importanza nell’interesse della legge e senza effetto sul provvedimento impugnato.

E’ discutibile che ciò possa giustificare la Sezione Semplice a deferire alla Plenaria una questione di particolare importanza quando ricorra una di queste cause di definizione del processo in rito o se tali cause debbano necessariamente sopravvenire al deferimento.

La questione da deferire alla Plenaria da parte della Sezione semplice sarebbe in tal caso puramente teorica. La risposta dovrebbe essere affermativa, poiché la legge fa riferimento anche a cause di irricevibilità, normalmente presenti sin dall’origine del processo, e ciò significa che non deve trattarsi di eventi sopravvenuti che determinino la definizione in rito.

Ciò dimostra che la nomofilachia – in peculiari casi – ove la questione sia di particolare importanza, è un interesse superiore alla stessa funzione del processo.

In tali casi tuttavia ove vi sia interesse nomofilattico ma non vi sia lite, il processo rischia di funzionare in astratto e senza un contraddittorio adeguato e quindi rischia di non produrre una decisione giusta, tale essendo solo una decisone che scaturisce da un contraddittorio pieno.

E’ vero che le parti potrebbero considerarsi onerate del dovere di contribuire a fare chiarezza su un principio di diritto che sarebbe comunque stato rilevante nella lite tra loro intercorsa, ma ciò è troppo poco per assicurare un contraddittorio efficiente ai sensi dell’art. 111 Cost.

Il processo non si dovrebbe mai celebrare per gusto puramente dottrinale o al confine con il dottrinale.

1. **La nomofilachia è sempre “stabile ma non troppo”**

Vì è poi da dire che la nomofilachia presenta sempre rischi e determina svantaggi o svantaggi pratici.

Ad es. le sentenze dell’Adunanza Plenaria sulle GAE n. 9 ed 11 del 2017 e n. 4 del 2019 non hanno sopito ma anzi hanno – paradossalmente – alimentato un aspro e vasto contenzioso successivo, basato sulla contestazione radicale delle predette sentenze.

La Plenaria n. 9 del 2017 in tema di sanzioni edilizie trova invece costante applicazione e non viene quasi mai discussa in radice dalle parti che pure cercano di annullare le sanzioni impugnate, piuttosto impegnandosi a richiamare passi a loro favorevoli della predetta decisione.

Ciò dipende dal fenomeno della c.d. “recezione” del principio di diritto affermato in via giurisprudenziale.

Ossia – in definitiva – dalla sua accettazione da parte delle Sezioni semplici e del foro.

Ossia della nomofilachia, come dei pensosi disegni di Bruno Bozzetto si diceva dessero forma ad un “allegro non troppo”, può dirsi che sia sempre “stabile ma non troppo”.

Un paradosso per il fatto che si tratta sempre di una stabilità giurisprudenziale, prodotta cioè con materiali per loro essenza instabili.

In realtà la vera questione del problema nasconde un nodo politico che è bene esplicitare.

Il rapporto – nello strutturarsi e nello svolgersi, nel darsi e nel farsi del potere – fra verticale ed orizzontale.

E’ infine il nodo costitutivo della modernità che torna a mostrare la sua significatività.

Chiariamo con calma.

Sappiamo come nell’epoca premoderna il potere fosse strutturato verticalmente ( a divinis).

Dopo le rivoluzioni borghesi il potere si struttura e si svolge orizzontalmente ( diviene potere dal popolo, potere prima elitario e poi democratico ).

Ciò si riflette nell’assetto del potere giurisdizionale, che nello Stato liberale ci presenta una magistratura elitaria, omogenea alla classe politica dominante composta da possidenti che si dividono in partiti, ma nell’ambito di una composizione sociale che non è ampiamente inclusiva di tutti gli strati della popolazione, per mancanza del suffragio universale. La stabilità è garantita dall’omogeneità sociale.

Nello Stato fascista la magistratura è chiamata a svolgere un ruolo autoritario, la legge si rivela un presidio insufficiente in presenza di una costituzione flessibile, la composizione sociale della magistratura non cambia, il liberalismo della cultura dei giudici si farà sentire in più di una decisione ma nel complesso in note a margine che non cambiano il segno di un regime. La stabilità è garantita dalla natura autoritaria del potere.

Nel regime democratico l’architrave che regge il mondo giudiziario inizia ad essere improntata insieme al principio di uguaglianza ed al principio meritocratico, la magistratura si libera del passato mediante il ricorso all’associazionismo proibito dal fascismo, poi lo stesso associazionismo degenera in correntismo ed in prassi che minacciano l’indipendenza dei giudici dall’interno. La stabilità non appare garantita a sufficienza prevalgono spinte disgregratici e caotiche ( in parte indagate nel nostro G. Montedoro Il diritto pubblico fra ordine e caos. I pubblici poteri nell’età della responsabilità Bari 2018).

In queste complesse evoluzioni si è avuta anche un’espansione del ruolo del giudiziario rispetto ad altri poteri.

A questa espansione non si è accompagnata una restaurazione della certezza del diritto e questo è un problema sociale rilevante.

A questo problema sociale si è data una risposta sul versante del rafforzamento della funzione nomofilattica.

La risposta non va certo abbandonata ma essa può dare il suo massimo contributo alla (sempre parziale) soluzione del problema segnalato, solo a partire dalla consapevolezza di alcune eccessive illusioni sorte dalla conclamata politica di autoriforma delle giurisdizioni.

In primo luogo occorre partire dalla concreta posizione del giudice.

In Costituzione troviamo “la soggezione del giudice solo alla legge”.

Il giudice però può essere riguardato come giudice solo o individuo ovvero come ufficio ovvero come parte di un corpo collettivo ( la magistratura ).

E’ uguale agli altri giudici da cui si distingue solo per funzioni.

E’ tutelato dal CSM o da altro organo di autogoverno ( nelle magistrature speciali ).

L’inserimento nel corpo collettivo non è una cosa che possa essere ignorata o fatta passare come irrilevante.

In sostanza la carriera del giudice ( ed anche la funzione da lui esercitata ) ossia la collocazione nella organizzazione dipende dal corpo collettivo, il giudizio solamente dalla coscienza.

Può accadere che una coscienza “limpida” paghi – per la sua libertà - un prezzo al corpo collettivo o che il corpo collettivo formi una coscienza o che la coscienza aderisca volontariamente al corpo collettivo.

Il corpo giudiziario collettivo insomma gioca un ruolo invisibile ( ma nemmeno tanto ) fra la legge ed il giudice come individuo.

Questo ruolo può essere positivo, ma anche negativo.

Solo a partire da questa consapevolezza può cominciarsi la lettura delle norme del d.lgs. n. 104 del 2010 che hanno rilanciato il tema della nomofilachia ritagliando con maggiore precisione la funzione dell’Adunanza Plenaria.

Il ruolo della Plenaria è destinato ad essere sempre più significativo: esso costituisce la risposta istituzionale al problema dell’incertezza del diritto creata nelle società democratiche da una magistratura alla quale si accede per merito da diverse classi sociali e che è portatrice – fisiologicamente - di diverse visioni del mondo sociale e normativo ( le norme – sempre più frammentarie, oscure, contingenti - vanno pur sempre interpretate e le diverse visioni orientano l’interpretazione ).

Tale diversità di vedute e visioni si radicalizza nei periodi storici di crisi della legislazione.

La risposta della “parziale” verticalizzazione del potere giudiziario per stemperare i rischi di incertezza del diritto legati alla moderna crisi della rappresentanza e della legislazione appare quella di cui il sistema democratico, incapace di risolvere la crisi della rappresentanza, si è reso promotore nel tentativo importante di introdurre elementi di forte razionalizzazione della giurisprudenza.

E’ importante quindi come si forma la composizione di un giudice della nomofilachia (non solo come si arriva in Cassazione o in Consiglio di Stato ma anche come si formano le Sezioni Unite o la Plenaria) ed è importante il mix di tradizione ed innovazione che ispira queste scelte perché la funzione nomofilattica può avere un effetto progressivo o regressivo, può far fare passi avanti o frenare l’evoluzione del sistema giuridico.

Grandi sono a questo proposito i poteri consegnati all’organo di vertice di ciascuna giurisdizione ed agli organi di autogoverno non essendo la legge processuale chiamata a risolvere tali questioni.

Ciò ha portato all’idea di riforme fatte dall’alto ( il citato Memorandum ).

Ciò ha consegnato l’idea pur meritoria al fallimento.

La linea ricostruttiva fin qui seguita trova conferma sul piano della *storia della cultura e della logica dei sistemi giuridici*.

Il primato della legge è un primato illuministico, coronato nel 1790 dalla nascita del Tribunal de Cassation ( un giudice di diritto che non ricostruisce il fatto ma lo “riceve” dal giudice di merito ) come ancella del potere legislativo nell’ambito del potere giudiziario.

Primato della legge, Cassazione, nomofilachia sono concetti che rimandano ad un giudice della sola legalità ( la cui attività si spinge fino ad affrontare – come abbiamo visto – questioni meramente teoriche purché sussista una necessità di orientare la giurisprudenza così realizzandosi una interposizione del giudice come corpo collettivo al rapporto fra legge e giudice singolo o giudice-ufficio ).

Un giudice della pura legalità naturalmente può esistere, ma esso è in qualche modo costretto a muoversi su un piano difficile per la stessa dinamica del processo interpretativo.

Basti a questo scopo richiamare la nozione di circolo ermeneutico ed il rapporto di fecondazione reciproca fra fatto e norma che si attenua in un giudizio di pura legittimità.

In questo senso la funzione nomofilattica del Consiglio di Stato inteso nel suo complesso, non solo con riguardo alla funzione della Plenaria, appare più nettamente ancorata che quella della Cassazione alla realtà : il Consiglio di Stato è pienamente un giudice del fatto, è un giudice di appello, valuta questioni di diritto, ma non perde mai – se non nelle limitate ipotesi dell’art. 99 c.p.a. – il suo ancoraggio alle vicende della vita, ai mondi vitali palpitanti, dai quali sorge la norma per ciò che insegna Paolo Grossi ( senonché la norma non discende dal concreto ma si misura con il concreto ).

L’ermeneutica giuridica contemporanea tributaria della riflessione di Gadamer Verità e metodo ha al fondo questa formulazione: il senso di ogni opera ( singola o complessiva ) può essere colto solo a partire dalla situazione del suo interprete, esso quindi consiste non tanto nel rappresentare una risposta particolarmente adeguata ad una questione fondamentale prestabilita, quanto una risposta adeguata particolarmente ad una questione fondamentale da ricostruire.

Così se ogni parlare è un parlare situato, la risposta costituita dall’opera va sempre oltre l’intenzione dell’autore per rientrare, una volta realizzata, nella dimensione più comprensiva delle oggettivazioni dello spirito.

L’ermeneutica giuridica moderna va poi oltre.

 **4. La forza della logica del concreto**

V’è una distanza – gadameriana - che separa l’interprete dal testo interpretato e nello specifico del lavoro giuridico alla distanza temporale si aggiunge la distanza “morfologica” o “strutturale” che connota la relazione fra elemento formale e normativo da una parte e elemento singolare e materiale dall’altra, fra deontico ed ontico anche per la norma dettata nel presente e per il presente.

Locuzioni come “precomprensione”, “circolo ermeneutico”, “ragione pratica”, “natura della cosa”, “logica della domanda e della risposta” sono frequenti nella logica giuridica e denotano la sua direzione al concreto.

Non si tratta di un concreto assunto come mera datità, ma di un concreto espressivo di valori, sempre storicamente presenti nel corpo sociale , valori che trascendono la predetta realtà e sono in rapporto dialettico con essa non di derivazione ma di implicazione reciproca , di corrispondenza biunivoca ( la norma è costruita per il fatto ossia in funzione eminentemente pratica ed il fatto sollecita un’interpretazione adeguata della norma ).

Il diritto è in definitiva un valore culturale che si definisce in relazione ad un’idea di giustizia che si misura in relazione alle alternative di diversa convivenza umana che sono possibili in concreto.

E ciò richiama alla mente la relazione fra fatto e norma.

Questo ha un valore decisivo nell’esaminare le questioni relative alla nomofilachia specie quando esse deducano norme da norme o giurisprudenza da giurisprudenza, in un chiuso circuito dimentico del valore vivificante dei fatti, della forza della logica del concreto.

E può essere utile richiamare Radbruch il suo spirito del diritto inglese alla fine di questa accenno all’ermeneutica contemporanea.

 E’ per questo motivo – la logica del concreto - che Radbruch che si pone il tema della giustizia delle sentenze e del diritto giusto (di fronte ai crimini nazisti commessi dai Tribunali speciali per via giudiziaria) loda il diritto inglese, la sua ragionevolezza, il suo riferimento costante alla tradizione, il suo equilibrio, il suo senso di giustizia sempre costruito misurandosi sulla concretezza dell’esperienza come è nella tradizione filosofica empiristica di quell’area del mondo ( e sia detto per inciso la Brexit è un danno secco per la costruzione del diritto europeo ).

Il diritto romano casistico problematico è l’altra esperienza storica rilevante – i suoi tratti infatti sono simili per certi versi al diritto di common law – ed in esso il valore dell’empiria prevale sul concetto.

La nomofilachia è – a ben vedere, alla luce della prospettiva di storia della cultura istituzionale qui adottata, nel contempo assolutizzandone la nozione e guardandone la radice storica – un sogno illuministico di quadratura concettuale del cerchio, di prevalenza dell’ordine sul caos, di ambizione ad uniformare il mondo, questo rimedio all’informe ed al disordine, quindi, come ogni sogno umanistico – se diviene assoluto e si accompagna a soluzioni organizzative verticalizzanti - contiene il rischio di rovesciarsi nel suo contrario, nel freno alla graduale evoluzione del sistema ed infine nella deresponsabilizzazione del legislatore ( il legislatore contemporaneo sta rivelando la tendenza a trincerarsi dietro la tecnica, la scienza e … inevitabilmente… anche dietro alla giurisprudenza… si pensi alla vicenda delle concessioni balneari ove si è scelto di non disciplinare normativamente il fenomeno giuridico in questione – oggetto di un vivace quando non aspro contenzioso - in attesa di una pronuncia dell’Adunanza Plenaria ).

Per questo occorre usare della nomofilachia con moderazione, di preferenza considerandola una funzione di ogni magistratura di vertice ( Cassazione, Corte dei Conti, Consiglio di Stato ) intesa nel suo complesso, guidata dalle Sezioni aventi funzione nomofilattica conclusiva ( Sezioni Unite e Plenaria )alle quali ricorrere con moderazione e non ad ogni piè sospinto.

In ciò l’uso prudente delle Sezioni Unite e della Plenaria in funzione di soluzione dei conflitti è demandato a tutti i giudici delle Corti superiori.

Un ulteriore profilo da considerare nell’analisi è il *profilo costituzionale.*

In un sistema connotato da pluralismo giurisdizionale - in Costituzione sono previste varie magistrature – la nomofilachia è una funzione ripartita fra i diversi organi giurisdizionali di vertice delle diverse giurisdizioni come scelta implicita fatta da un legislatore che ha sposato il principio dell’unità funzionale della giurisdizione ma ha mantenuto il carattere del pluralismo istituzionale storicamente costituitosi a seguito della nascita delle giurisdizioni amministrative.

Tale riparto poi si verifica anche con riguardo all’esistenza di Corti sovranazionali ed è un portato – in quest’ultimo caso – del costituzionalismo multilivello e del diritto globale in formazione.

Una ulteriore caratteristica del sistema è legata al *problema del precedente*.

Il tema del conflitto fra precedenti – a stretto rigore – deve porsi solo nei paesi di common law ove vige la regola dello *stare decisis* che non è la regola secondo cui casi simili andrebbero decisi in modo simile ma la regola *.*

Nel nostro sistema di diritto continentale l’ordinamento è improntato al diritto legislativo – è normocentrico – ne consegue che un conflitto fra precedenti è in realtà dipendente sempre da una questione relativa all’interpretazione di una norma scritta.

L’accento è sulla *norma*. L’ordinamento è sub lege.

Solo quando l’ordinamento si interessa della natura o della forza del precedente, rendendolo vincolante, come nel sistema anglosassone, l’accento si sposta – dalla norma – sul giudice.

L’accento – se si pone il tema della forza del precedente - è sul *giudice.* L’ordinamento è sub homine.

Il giudice – nell’uno e nell’altro sistema – svolge un ruolo creativo, in *common law*, mediante un lavoro sulla tradizione, stratificatasi nei precedenti vincolanti, nella quale introdurre elementi di innovazione con le tecniche del *distinguishing* e dell’*overruling*, in *civil law* mediante l’uso di tecniche interpretative delle norme, che sono basate sui criteri di interpretazione della legge codificati e non codificati e sull’uso dei *topoi* argomentativi.

A ben vedere solo nel *civil law* il conflitto fra precedenti è conflitto fra interpretazioni di norme e l’interpretazione non pone problemi di retroattività essendo legata all’efficacia della norma preesistente solo diversamente interpretata.

Nel *common law* il conflitto fra precedenti prende le forme di un mutamento di giurisprudenza basato sull’esigenza di correggere un errore contenuto nella precedente giurisprudenza ed ha pertanto valore retroattivo.

Possono però sempre darsi conflitti di giurisprudenza.

Essi secondo i giudici di Strasburgo non sono di per sè patologici, ma fisiologici.

**5. Conflitti giurisprudenziali ed overruling**

I conflitti giurisprudenziali – siano essi sincronici o diacronici – non potrebbero essere considerati, di per sé, contrari alla buona amministrazione della giustizia ( cfr. Overruling e prevedibilità della decisione di Martina Condorelli e Luca Pressacco in Questione giustizia n. 4 del 2018 ).

Ciò notano i predetti autori lo riconosce la stessa Corte di Strasburgo, avvertendo che «the failure to maintain a dynamic and evolutive approach would risk hindering reform or improvement» (Corte Edu, Grande Camera, 20 ottobre 2011, Nejdet Şahin e Perihan Sahin c. Turchia, § 58, le cui considerazioni sono state da ultimo riprese da Corte Edu, Grande Camera, 29 novembre 2016, Parrocchia cattolica di Lupeni e altri c. Romania, § 116).

I principi di certezza del diritto e dell’equo processo (art. 6 Cedu) imporrebbero unicamente la predisposizione di misure idonee a evitare, per quanto possibile, il protrarsi dei conflitti giurisprudenziali e, nel caso di mutamento giurisprudenziale, l’adeguata motivazione della scelta di abbandonare un orientamento consolidato.

Le funzioni delle Sezioni Unite e della Plenaria sono essenziali in tale ottica a rendere conforme il sistema ai principi CEDU con i vincoli al rispetto del precedente da loro formulato che dovrebbe essere solo da loro disatteso (F. Patroni Griffi, Valore del precedente e nomofilachia, 16 ottobre 2017 Analogamente, cfr. G. Severini, La sicurezza giuridica e le nuove implicazioni della nomofilachia, in Federalismi, n. 19/2018, in particolare, pp. 9 ; va ricordato che la violazione di un principio affermato dalla Plenaria da parte di una Sezione semplice non è di per sé motivo di revocazione cfr. C. Stato, sez. III, 06-08-2014, n. 4185 secondo cui la violazione dell'art. 99, 3º comma, cod. proc. amm., che impone a una sezione del consiglio di stato di rimettere la questione all'adunanza plenaria se ritenga di non condividere un principio di diritto già affermato dalla stessa adunanza plenaria, non costituisce motivo per proporre il ricorso per revocazione per errore di fatto; per C. Stato, sez. IV, 03-09-2014, n. 4489 è inammissibile il ricorso per revocazione ai sensi dell'art. 395 n. 4 c.p.c., di una sentenza del consiglio di stato che si sia discostata dal principio di diritto affermato dall'adunanza plenaria, in quanto esso deve essere considerato alla stregua di «diritto» e non di «fatto»; tale violazione sarà al più fonte di responsabilità disciplinare da mancata rimessione nel caso risulti completamente immotivata e sia il frutto di un aperto ed irragionevole disconoscimento della forza del precedente della Plenaria l’ipotesi della ribellione all’art. 99 cod. proc. amm. ).

Resta tuttavia possibile il contrasto fra precedenti – sincronico o diacronico – ed il mutamento di giurisprudenza che crea incertezza del diritto.

In entrambe le culture – anglosassone e continentale - il *prospective overruling* è lo strumento attraverso il quale si tempera la “sorpresa” dell’affidamento ingenerato dalla precedente giurisprudenza che viene variata , cambiando – nel nostro sistema – ciò che aveva l’ “apparenza di una regola” ( e nel sistema anglosassone ciò che era vincolante ) .

 E così si è ritenuto che se è vero in generale che l’interpretazione di una norma processuale, successivamente affermatasi, non integra uno ius superveniens, di cui si debba predicare la necessaria irretroattività, in quanto essa semplicemente rilegge l’enunciato ed è come tale destinata ad applicarsi sin dall’inizio, resta il fatto che l’originaria difforme lettura giurisprudenziale ha (o può avere) creato «l’apparenza di una regola» (Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144) sulla quale la parte ha riposto un affidamento da tutelare sino al momento, da verificare in concreto, di oggettiva conoscibilità del nuovo orientamento correttivo.

Il rimedio per tali evenienze sarebbe pur sempre quello di escludere la decadenza e/o di rimettere in termine la parte che, avendo regolato la propria condotta confidando nel precedente orientamento, vi sia incorsa anche consentendole il successivo compimento di attività ormai precluse.

Il precedente giudiziario può - anche nel nostro sistema- che non conosce il valore vincolate del precedente avere l’ “apparenza di una regola”.

**Per questo motivo la prospective ovveruling non è invocabile secondo la sentenza 12 febbraio 2019, n. 4135 della Corte di Cassazione a Sezioni Unite se tale apparenza non sussiste**.

La Corte di Cassazione ha stabilito quindi che l’esigenza di tutela insita nell’istituto della rimessione in termini non sussiste, né è ravvisabile in via analogica, in una situazione in cui la condotta processuale della parte è stata determinata non dall’adesione ad un orientamento interpretativo della Corte di Cassazione ma da una personale lettura in senso di nuove disposizioni offerta dal difensore della parte ( in presenza di diversi orientamenti giurisprudenziali tenuta comunque a seguire quello più rigoroso per ragioni precauzionali).

In linea di principio il *prospective overruling* opera tendenzialmente solo in materia processuale, il beneficio poi è soggetto a tre condizioni deve appunto 1)riguardare una regola processuale, 2) deve essere stato imprevedibile e 3) deve comportare un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa.

 Il giudice amministrativo – forse consapevole del maggior tasso di creatività della sua giurisprudenza- lo ha costruito anche in materia sostanziale specie nel diritto degli appalti ( Ciò sulla scorta delle indicazioni dei giudici sovranazionali che sempre hanno affermato che i concorrenti devono essere messi in grado di conoscere le regole della procedura di evidenza pubblica, specialmente se la loro violazione può condurre all’esclusione del concorrente dalla gara. Così, in un’ottica sostanzialistica, la Corte ha escluso che possa essere richiesta l’osservanza di regole fissate in via giurisprudenziale o di prassi, vista altresì la maggiore difficoltà, per gli operatori economici stranieri, di venirne a conoscenza cfr., per esempio, Cgue, 2 giugno 2016, Pippo Pizzo, C-27/15, in Foro it., 2017, IV, p. 206, con nota di M. Condorelli. La posizione della Corte di giustizia è stata da ultimo ribadita in Cgue, ord. 13 luglio 2017, Saferoad Grawil sp. z o.o, C- 35/17, punto 22 ss. con particolare riferimento all’incertezza del diritto ingenerata dai contrasti giurisprudenziali; nel diritto nazionale cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2016, n. 1817 , in cui è stata ritenuta inesigibile dal concorrente l’osservanza dei requisiti per la stesura di un valido contratto di avvalimento, posti dall’orientamento giurisprudenziale più restrittivo prevalso solo dopo il compimento delle operazioni di gara, sulla scorta del rilievo che «*l’onere di diligenza esigibile in capo al concorrente non può ordinariamente eccedere quanto generalmente conosciuto e imposto in un determinato periodo storico»* ; segue argomentazioni simili CGA per la Regione siciliana, sez. giur., 24 marzo 2015, n. 305, in Urbanistica e appalti, 2015, p. 679, con nota di A. Ruffini, La querelle sugli oneri di sicurezza aziendali ).

In sostanza il giudice amministrativo si mostra sensibile al pari della Corte Costituzionale a modulare gli effetti temporali delle sue sentenze ( Cons. Stato, ad. plen., 22 dicembre 2017, n. 13, in Urbanistica e appalti, 2018, p. 373, con nota di E. Follieri, L’Adunanza Plenaria, “sovrano illuminato”, prende coscienza che i principi enunciati nelle sue pronunzie sono fonti del diritto; in Foro it., 2018, III, p. 163, con nota di M. Condorelli, Il nuovo prospective overruling, «dimenticando» l'adunanza plenaria n. 4 del 2015 e in Dir. proc. amm., 2018, p. 1134, con nota di A. Cassatella, Nuovi orientamenti in tema di efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: un’innovazione necessaria?. Nella sentenza citata, l’adunanza plenaria ha, di fatto, ripreso le motivazioni addotte da Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10, in Foro it., 2015, I, p. 1513, con nota di R. Romboli, La sentenza n. 10 del 2015: l’efficacia «ex nunc» della dichiarazione di incostituzionalità attraverso un dispositivo forse inadeguato a realizzare le finalità espresse dalla corte nella motivazione; ibid., I, 1923, con nota di G. Tesauro, Incostituzionalità della «Robin Hood Tax»: ragioni di bilancio über alles, che ha modulato gli effetti della pronuncia di incostituzionalità al fine di tutelare altri valori di rango costituzionale. In Cons. Stato, sez. VI, 3 dicembre 2018, n. 6858 , l’operazione realizzata dalla plenaria è stata qualificata come un’estensione dell’ambito di operatività del prospective overruling ai mutamenti di giurisprudenza riguardanti le norme sul procedimento).

Il diritto vivente è formato quindi dall’insieme dei precedenti, è il diritto che si usa nelle Corti, quello a cui fanno riferimento i giuristi pratici.

Avviene tuttavia che il reticolo dei precedenti faccia obliare la legge e porti alla apparenza di una regola che un mutamento di giurisprudenza può cancellare.

La legge è per ciò solo “dequotata”.

Il diritto viene ricavato discutendo solo dei precedenti.

Il quarto problema attiene alla nomofilachia con riguardo al *sistema delle fonti.*

Il sistema delle fonti è esploso.

Si tratta – lo si è ricordato – dell’instaurarsi dell’ordinamento eurounitario o europeo e di quello regionale.

La nomofilachia sotto questo riguardo fa i conti con la globalizzazione e con le autonomie.

Esiste una nomofilachia sovranazionale a fianco di una nomofilachia nazionale.

Sempre più complesso unificare la giurisprudenza.

Sempre più un miraggio la weberiana calcolabilità del diritto ( Irti parla di diritto incalcolabile ).

In questo quadro la prevedibilità delle decisioni diviene un valore orientativo che richiede uno sforzo che deve essere fatto innanzi tutto dalla giurisprudenza medesima.

1. **Considerazioni critiche**

Il rischio di fallimento nel riportare l’ordine è altissimo.

E’ evidente che – a questa altezza dell’analisi e per stare al processo amministrativo – una soluzione come quella offerta dall’art. 99 cod. proc. amm., anche ove applicata nel modo più ragionevole senza un eccesso di pronunce della Plenaria che possono svalutarne l’incidenza, non può risolvere tutto non potendo dare certezze interpretative in materia di segmenti dell’ordinamento che sono sovranazionali ed affidati al monopolio interpretativo delle Corti europee.

Il sistema giudiziario nazionale finisce per trovarsi fra Scilla e Cariddi, in uno stato di solitudine ed abbandono.

Non ausiliato dal legislatore nazionale dal quale pure scaturisce originariamente il Tribunal de Cassation perché ormai stimolato a doversi “autoriformare” garantendo decisioni prevedibili a fronte di una legislazione che continua ad essere alluvionale ed asistematica (non trovandosi ormai rimedio alla crisi della democrazia e della rappresentanza nazionale) ed assediato dai legislatori sovranazionali che rovesciano norme di ogni genere negli ordinamenti nazionali con ciò consumando la nomofilachia nazionale.

Non è solo il tema dei Tribunali di Babele posto assai lucidamente da Sabino Cassese sul piano delle tendenze di fondo del diritto globale come meritevole di intervento razionalizzatore futuro, è piuttosto il tema – attuale - della frammentazione nomofilattica affrontato da Paolo Cirillo ( Cfr. P. Cirillo La frammentazione della funzione nomofilattica tra le corti supreme nazionali e le corti comunitarie in Riv. it. dir. pubbl. com. 2014, p. 23).

Ma non basta.

*Oltre all’insufficienza della nomofilachia nazionale alla luce della globalizzazione c’è anche il tema della sua origine storica problematica legata come è alla illusione che l’interpretazione della legge vada sottratta al giudice comune tendenzialmente portato a giocare un ruolo politico nascosto ( lato autoritario dell’origine della nomofilachia )*.

Tramontato il mito della legge, mito della modernità, costruito dall’illuminismo ( da Voltaire, Beccaria, Verri, Filangieri ), dissolto dalla post-modernità tramontata anche l’idea del giudice come “bocca della legge”, rimane la difesa della magistratura come c.d. “potere neutro” che va oltre il giudice meccanico applicatore delle leggi, cercando di sposare neutralità istituzionale e creatività interpretativa consentita – anzi imposta - dalla presenza dei valori costituzionali e della polisemanticità legislativa.

Il potere neutro comporta il dovere di eliminare le sentenze che violano la legge, quindi la funzione cassatoria ( come ricostruita da Salvatore Satta e Piero Calamandrei ).

Il tutto per evitare la ribellione del giudice alla legge ( fenomeno che andrebbe ovviamente punito sul piano disciplinare ma che è enfatizzato richiamandolo spesso non a proposito quando si tratta invece di incertezze generate dallo stato della legislazione e si pensi alla materia dell’edilizia funestata dalle varie leggi di condono e da continue riforme che rimaneggiano le categorie di fondo della materia complicandole sempre più sul piano tecnico ).

La funzione cassatoria , riguardata alla luce della sua origine costituzionale, si presenta non tanto – a nostro avviso - come vagamente “autoritaria” ( come forse originariamente era) quanto come illusoria, demandata come è al vertice della giurisdizione, nell’illusione appunto che nelle leggi non vi sia nulla da interpretare ma solo questioni di applicazione al caso concreto .

Può richiamarsi forse la Constituio Tanta del 433 di Giustiniano con il suo divieto di interpretare il Corpus iuris.

Secoli dopo appare il Referé legislatif ( 1790) con la funzione di accentrare l’interpretazione nelle mani del legislatore.

Giustiniano e la Rivoluzione francese si prendono per mano.

Solo con le critiche di Portalis al Referé Legislatif nasce la Cassazione come organo giurisdizionale e la funzione nomofilattica si laicizza per divenire ciò che è oggi ossia un complesso procedimento per garantire la neutralità e la prevedibilità delle decisioni nel caos normativo post-moderno.

La nascita del giudice amministrativo e la sua costituzionalizzazione poi sganciano la funzione nomofilattica dalla funzione cassatoria, legandola alla posizione di vertice di plessi giurisdizionali differenti.

Lo snodo è l’art. 111 ult. comma della Carta che non consente alla Cassazione di andare oltre il sindacato sulla giurisdizione quando si tratti di sentenze del Consiglio di Stato se non a pena di vulnerare la divisione dei poteri costruita dal delicato sistema della giustizia nell’amministrazione.

Il punto è che – a fronte della crescita delle ipotesi di giurisdizione esclusiva – v’è tensione fra giudici ordinari e giudici amministrativi su come (e dove) tutelare i diritti fondamentali.

Il punto di caduta rappresentato da Corte Cost. n. 140 del 2007 e dalla sentenza n.6 de 2018 è ancora oggetto di vivo dibattito, i cui esiti matureranno sul piano storico.

 Non è facile ipotizzare se la Cassazione rifletterà sul coltivare la prospettiva dell’applicazione dell’art. 111 comma 7 Cost. su sentenze del Consiglio di Stato nelle rare ipotesi in cui sia violato un diritto incomprimibile o se far sorgere, nel caso di danni alla salute ed all’ambiente derivanti da localizzazioni industriali, una sorta di “doppia tutela” ammettendo di poter sempre verificare le condizioni di esercizio di impianti industriali indipendentemente dai procedimenti di localizzazione o se deciderà di ricondurre alla questione di giurisdizione da denegata giustizia le violazioni non dei diritti fondamentali tutti ma solo di quelli “incomprimibili” riproponendo al giudice delle leggi la rimeditazione di Corte Cost.n. 6 del 2018 o se ritaglierà in concreto segmenti di giurisdizione affidati all’AGO in materie di giurisdizione esclusiva o se deciderà di affidare tutto al giudice amministrativo in forza della maturazione di adeguate tutele in quest’ultimo ambito ( e per il giudice amministrativo quella della effettiva tutela dei diritti incomprimibili è la sfida del futuro ).

La questione è legata alla nota affermazione della bilanciabilità di tutte le posizioni giuridiche senza esistenza di diritti tiranni sorta a proposito del caso ILVA che successivamente è approdato ai giudici sovranazionali.

Una questione non certo facile e che meriterebbe una discussione politica alta che non si verifica da tempo non uscendo queste problematiche dallo stretto recinto degli addetti ai lavori per effetto delle logiche illogiche del sistema della comunicazione politica delle società democratiche.

Al Consiglio di Stato, comunque, le cui sentenze sono impugnabili in Cassazione solo per motivi di giurisdizione, spetta di dire l’ultima parola sull’interpretazione del diritto amministrativo e sempre più queste ipotesi si sono dilatate per effetto del dilatarsi degli ambiti di giurisdizione esclusiva ed implicano delibazione incidenti su diritti fondamentali.

In ciò l’importanza della sua funzione nomofilattica, consacrata dal citato art. 99 del cod. proc. amm. e dal crescente rilievo della giurisprudenza della Plenaria.

Le Corti supreme – ordinarie ed amministrative – divengono – nell’attuale fase storica - un auspicato antidoto alla dispersione e frammentazione della legge.

Ma appunto tale rimedio si appalesa illusorio come medicina che cura il sintomo e non la causa della malattia.

Il rimedio alla frammentazione della legge non può non essere politico e dipendere da una rinascita della rappresentanza politica.

Esso – per le caratteristiche del sistema – maturerà soprattutto nel nuovo spazio sovranazionale in fieri chiamato Costituzione europea.

Vanno evitati nel frattempo i rischi del conformismo giudiziario indotto da una concezione rigidamente illuministica del processo interpretativo.

La giurisprudenza deve essere stabile ma non troppo.

Alla luce di questo andrebbe costruito il ruolo dell’Adunanza Plenaria evitando i rischi di ossificazione del sistema.

Noti sono i vantaggi, nel diritto inglese, del metodo casistico-problematico, del sistema del precedente vincolante, dell’esistenza di un controllo diffuso e non accentrato di costituzionalità.

Una nomofilachia senza confini – nel diritto continentale - ha molto da apprendere da tale esperienza dovendosi inevitabilmente confrontare con essa per lasciare il giusto margine ai giudici di primo grado e delle Sezioni semplici ( evitando l’ horror vacui che porta a riempire tutti gli spazi interpretativi lasciando ai giudici solo la mera applicazione delle Plenarie rendendo così invisibile la concreta esperienza giurisprudenziale che matura in altri ambiti ).

Del pari gli interventi delle Plenarie vanno misurati onde evitare tentazioni o eccessi di creazionismo giurisprudenziale- paranormativo che determinino rischi di invasione del campo del legislatore.

Un’ ultima notazione : sempre più frequenti sono le cause risarcitorie contro lo Stato per violazioni di legge derivanti da giudicati nazionali che coinvolgono le Corti di ultima istanza che non abbiano rimesso questioni alla Corte di Giustizia UE ( di recente – su sollecitazione del Consiglio di Stato la Corte UE ha rivisto i presupposti della sentenza CILFIT ponendo le basi per una parziale sdrammatizzazione del problema non potendosi sindacare agli effetti risarcitori un’omessa rimessione quando dotata di seria motivazione).

Le cause risarcitorie finiscono paradossalmente per sottoporre i giudici della nomofilachia ai tribunali ordinari.

L’art. 2043 cod. civ. può divenire – nell’intento delle parti non certo nella realtà che configura la responsabilità solo negli estremi casi di violazione manifesta della legge ossia di casi in cui la legge non sia stata per nulla vista o correttamente letta ( il caso in cui la parola cane diviene la parola gatto ) - un tentativo di riportare la nomofilachia sul diritto amministrativo ai giudici ordinari.

E se per tali casi si prevedesse una specifica ipotesi legislativa di revocazione onde evitare tale rischio di incoerenza del sistema ? In tal senso si muove – sia pure timidamente e parzialmente - la legge delega di riforma del processo civile sia pure limitatamente alle sentenze sopravvenute della Corte europea dei diritti umani ( art. 1 comma 10 della legge n. 206 del 2021).

Le questioni più delicate riguardano la violazione dei principi del giusto processo ( di fronte a sentenze nel merito corrette ma intervenute tardivamente sarà esperibile la revocazione ? ) e i danni medio tempore verificatisi ( non sono rimediabili dalla revocazione ).

Altro problema è quello relativo alle sentenze della Corte UE è ragionevole escludere la violazione del giudicato della Corte Ue dalle ipotesi di revocazione una volta introdotta l’ipotesi della revocabilità delle sentenze passate in giudicato per contrarietà al diritto CEDU ?

 I tratti differenziali fra le due normative ( UE e CEDU ) sono ben noti ma i problemi che si aprono in questa prospettiva non sono di poco conto anche per la stabilità dei giudicati nazionali ( ipotesi di generalizzata revocazione conferirebbero in sostanza ai giudici nazionali la natura di giudici di grado inferiore rispetto alle Corte nazionali di fatto chiamando le Corti europee a valicare i confini loro assegnati dai Trattati e dalle convenzioni che postulano un ruolo solo di monopolio interpretativo della Corte Ue e di accertamento di illecito della Corte di Strasburgo ).

Inoltre non sarebbe il caso comunque le tali cause risarcitorie da responsabilità civile del giudice quando relative all’interpretazione del diritto amministrativo nazionale che venissero trattate dal Consiglio di Stato in unico grado e con competenza in Plenaria ?

Qui si apre uno spazio inedito di espansione della nomofilachia del giudice amministrativo e qui è opportuno fermarsi essendo una mera finestra sul futuro.

Un orizzonte certamente da considerare, non un’illusione.

**Giancarlo Montedoro**

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

Pubblicato il 9 marzo 2023