

BILANCIO COMUNITÀ PERSONA

RIVISTA GIURIDICA SEMESTRALE

n. 1 - 2022

BILANCIO COMUNITÀ PERSONA

Editore Associazione

DIRITTO & CONTI
— BILANCIO · COMUNITÀ · PERSONA —

Comitato Scientifico

<i>Vincenzo</i>	<i>Barba</i>
<i>Monica</i>	<i>Bergo</i>
<i>Chiara</i>	<i>Bergonzini</i>
<i>Gianluigi</i>	<i>Bizioli</i>
<i>Guido</i>	<i>Calabresi</i>
<i>Ignacio</i>	<i>Calatyud Prats</i>
<i>Francesco</i>	<i>Capalbo</i>
<i>Elisa</i>	<i>Cavasino</i>
<i>Aldo</i>	<i>Carosi</i>
<i>Ines</i>	<i>Ciulli</i>
<i>Carlo</i>	<i>Colapietro</i>
<i>Giovanna</i>	<i>Colombini</i>
<i>Barbara</i>	<i>Cortese</i>
<i>Giacomo</i>	<i>D'Angelo</i>
<i>Marcello</i>	<i>Degni</i>
<i>Francesco</i>	<i>Fimmanò</i>
<i>Massimo</i>	<i>Luciani</i>
<i>Nicola</i>	<i>Lupo</i>
<i>Vanessa</i>	<i>Manzetti</i>
<i>Simone</i>	<i>Mezzacapo</i>
<i>Vittorio</i>	<i>Occorsio</i>
<i>Giuseppe</i>	<i>Palmisano</i>
<i>Barbara</i>	<i>Pezzini</i>
<i>Eugenio</i>	<i>Picozza</i>
<i>Guido</i>	<i>Rivosecchi</i>
<i>Antonio</i>	<i>Saitta</i>
<i>Gino</i>	<i>Scaccia</i>
<i>Vincenzo</i>	<i>Sforza</i>
<i>Riccardo</i>	<i>Ursi</i>
<i>Giuseppe</i>	<i>Verde</i>

Direttore Responsabile

Laura d'Ambrosio

Vice Direttore

Francesco Sucameli

Responsabili di redazione

Giovanni Guida

Francesca Dimita

La rivista applica la procedura di referaggio reperibile sul sito www.dirittoeconomi.it

**Publicazione registrata presso il Tribunale di Roma decreto 185 del 22 novembre 2018
CODICE ISSN: 2612-4912**

Rivista di CLASSE A AREA 12 (Scienze giuridiche) e Scientificità AREA 13 (scienze statistiche ed economiche)

INDICE

Editoriale di Giuseppe Verde p. 4

DOTTRINA

Giacinto Della Cananea *La cassazione, i derivati e gli enti pubblici: verso una giurisprudenza costante*p.10

Camilla Buzzacchi *Le condizionalità finanziarie a salvaguardia dello Stato di diritto, o il rule of law a protezione del bilancio?*p.17

Maria Cristina Razzano *La nomofilachia nel codice di giustizia contabile*p.30

Chiara Bergonzini *Equità intergenerazionale e giurisprudenza costituzionale: le ricadute di sistema delle decisioni in materia contabile. Riflessioni a ritroso a partire dalla sentenza n. 235 del 2021*p.64

Maria Alessandra Sandulli *Il giudizio di parificazione del rendiconto generale delle regioni: note a margine del pensiero di Aldo Carosi. Inquadramento e analisi della fase istruttoria*p.82

Monica Bergo e Marcello Cecchetti *La parifica dei rendiconti regionali quale paradigma per l'individuazione delle "garanzie minime" di tutela degli enti territoriali nei procedimenti di controllo di legittimità-regolarità sui bilanci svolti dalla Corte dei conti*p.95

Giacomo Menegus *"Ceci ce n'est pas une pipe", ovvero sulla "ritrovata" natura giurisdizionale del giudizio di parificazione*p.122

Vanessa Manzetti *Brevi spunti di riflessione sul ruolo delle banche nazionali di promozione e l'esigenza di trasformazioni tecnologiche tra Stato e mercato*p.136

BILANCIO E TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI

Rubrica a cura di Giovanna Pistoriop.144

ATTUALITÀ E GIURISPRUDENZA

Leonardo Cinotti *L'indebito oggettivo e l'indebito contrattuale: un'irrisolta questione storica*p.149

Laura d'Ambrosio *Le autonomie locali dall'emergenza sanitaria al PNRR*p.159

STORIA DELLA DOTTRINA

Rubrica a cura di Guido Rivosecchi e Simone Pajno
Luigi Einaudi sul pareggio di bilancio, tra regole e principip.168

La nomofilachia nel codice della giustizia contabile¹

di Maria Cristina Razzano
Consigliere della Corte dei conti

SOMMARIO

1. La poliedrica nozione di “nomofilachia”.
2. La funzione nomofilattica nel quadro costituzionale.
3. La nomofilachia contabile: profili evolutivi.
4. Aspetti processuali.
5. Effetti del deferimento.
6. Effetti della pronuncia delle Sezioni riunite.
7. Le nuove tecnologie e la prospettiva della pronuncia “robotica”.

ABSTRACT

The nomofilachia (uniform interpretation) in the Code of accounting justice

The law attributes to the Court of Cassation the function of “nomofilachia” (uniform and generalized interpretation) aimed at guaranteeing “the exact observance and uniform interpretation of the law”, on the one hand, and “the unity of objective national law”. The issue, connected to the principle of legal certainty, is analyzed first in the doctrine and jurisprudence relating to ordinary law and then in the field of accounting law (and the related Code of accounting justice even if the principles had been outlined also before). The Constitution provides that the judge is subject only to the law (Article 101) thereby in Italy the value of previous cases is limited. With the 2009 reform of the Constitution, however, the principle of “fair trial” and its “reasonable duration” was enshrined. With this, the effect of the pronouncement of nomofilachia also changes. Uniformity of decisions represents an instrument for accelerating the timing of justice and allows to give substance to the binomial: rapid justice - just justice. The uniform interpretation function within the jurisdictional activities of the Court of Auditors finds its discipline in Articles 11 and 114 of the code of accounting justice. Art. 11 devolves the task of guaranteeing “the uniform interpretation and correct application of public accounting rules and other matters subject to accounting jurisdiction to the United Sections in the jurisdictional forum”. The panel is formed, based on the number of judges defined by law, through a ruling, by a decision of the President of the Court. The issue can be raised by the Appeal Section, by the President of the Court of Auditors, and by the Attorney General. If an appeal section does not agree to the decision it can comply and refer the matter again to the US. In conclusion, the article deals with the issue of the possibility that in the future there will be automatic judicial decisions emanating from forms of artificial intelligence that apply the precedent case and interpretation to similar cases.

¹ Lo scritto è stato presentato in occasione del seminario organizzato dalla Scuola di Alta Formazione presso la Corte dei conti, in data 15 febbraio 2022, “La nomofilachia delle SS.RR. in sede giurisdizionale”. L’articolo è sottoposto a referaggio a doppio cieco secondo la procedura pubblicata sul sito www.dirittoeconti.it

1. La poliedrica nozione di “nomofilachia”.

La “nomofilachia”² è locuzione ellittica, nella quale confluiscono concetti diversi, e tra loro, talora, antitetici. Nel sistema delle fonti, il ruolo di “custode delle leggi”³ continua ad essere regolato dall’art. 65 del r.d. 30 gennaio 1941 n. 12 (legge sull’ordinamento giudiziario), ossia da una legge ordinaria che lo attribuisce alla Corte di cassazione, nella duplice veste di organo preposto a garantire “l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge”, da un lato, e “l’unità del diritto oggettivo nazionale”, dall’altro⁴. Il sintagma “esatta osservanza” rinvia a un contesto storico, definitivamente superato, nel quale risulta demandato a ogni giudice il compito di dichiarare una volontà già definita e insita nella norma da applicare al caso concreto, mentre solo al “giudice supremo” spetta indicarne l’esatta portata. Il processo interpretativo si sostanzia, secondo tale impostazione, nella mera estrapolazione o estrazione dalla norma del suo unico significato, in un processo maieutico e deduttivo che lascia poco spazio alla creatività, tanto più che alla Corte di cassazione in qualità di vertice della giustizia ordinaria, compete l’annullamento delle sentenze dei giudici di “grado inferiore”, da considerare viziate se difformi dal principio di diritto enunciato in sede di legittimità. L’esatta osservanza viene, dunque, garantita dalla stessa costruzione piramidale impressa all’organizzazione della giurisdizione civile, e l’intera architettura processuale si regge su un’accezione “negativa” della funzione nomofilattica, innestata su un circuito meramente caducatorio, che aspira a una sorta di selezione (non) “naturale” della “migliore” esegesi possibile, compatibilmente con i canoni indicati dall’art. 12 disp. trans. c.c.. In tale ottica, l’esercizio nomofilattico rimane confinato entro i limiti propri della “giurisdizione” ed è consequenziale al vizio di violazione o falsa applicazione di legge, oggetto di ricorso per cassazione quale forma di impugnazione a critica vincolata (art. 360 c.p.c.), esercitabile nei termini e con esiti rigorosamente predeterminati (d’altra parte il codice di rito, approvato con r.d. 28 ottobre 1940, n. 1443, entra in vigore prima della legge sull’ordinamento giudiziario). All’accoglimento del rimedio impugnatorio, segue l’enunciazione del principio di diritto, con rinvio della decisione al giudice del “merito”, sul quale grava l’obbligo di

² Il termine è stato utilizzato da CALAMANDREI P., *La Cassazione civile*, II, in *Opere giuridiche*, a cura di CAPPELLETTI M., Napoli, 1976, vol. VII, che richiama la figura del nomofilace (*νομο-* “legge” e *φύλαξ* “custode”), magistrato della Grecia antica al quale era demandato il compito di custodire il testo ufficiale delle leggi, assicurandone la stabilità contro le tendenze a mutarla di assemblee popolari e demagoghi. SEVERINI G., *La sicurezza giuridica e le nuove implicazioni della nomofilachia*, in www.federalismi.it, 10 ottobre 2018, ricorda che, fino a Clistene (507 a.C.), era l’Aeropago, quale tribunale supremo, a vagliare preventivamente le proposte di legge e vietarne la presentazione per incostituzionalità o manifesta inopportunità, giungendo fino a denunciarne penalmente i proponenti e giudicarli. ARISTOTELE, *Politica* (VI, 8), li chiama istituzione aristocratica. Talora erano chiamati “tesmofilaci” (custodi delle leggi primordiali, ispirate dalla divinità: θεσμοί). Ad Atene i sette nomofilaci furono istituiti nel 462 a.C. e documentati dal 317 a.C. con la costituzione aristocratica di Demetrio di Falero. Così *ad vocem* V[INCENZO] A[RANGIO]-R[UIZ], in *Enc. italiana Treccani*, XXIV Roma 1934, 902. Per PLATONE, *Le Leggi* (VI, 755 A), i νομοφύλακες sono considerati magistrati supremi, tra i cinquanta e i settant’anni, che hanno la funzione di controllo di costituzionalità e, all’occorrenza, di correzione della legislazione vigente: BISCARDI A., “Nomophylakes”, in *Nov.ss.mo Dig. It.*, XI, Torino 1965, 313; BANFI A., *Sulla legislazione di Demetrio del Falero*, in *Boll. Ist. dir. rom. ‘V. Scialoja’*, III s., vol. XL-XLI, Milano 2010, 136. SHMITT C., *Il custode della costituzione*, trad. it., Milano 1981, 17, ricordava che il pensiero filosofico e giuridico tedesco del XIX secolo si rifà al paradigma degli efori di Sparta. CICERONE lamenta che non erano previsti a Roma (*De legibus*, III, 20: “*legum custodiam nullam habemus*”).

³ L’art. 65 ord. giud., tuttavia, non può considerarsi attuazione del pensiero del grande giurista. Per rafforzare e garantire la funzione nomofilattica, Calamandrei aveva auspicato che fosse sottratta alla Corte il sindacato sugli *errores in procedendo*, e che fossero introdotte misure tali da fissare un giusto rapporto tra il numero dei ricorsi da decidere e le capacità delle corti di provvedervi, tanto che arriva addirittura a scrivere che la Corte di cassazione “rende giustizia ai singoli soltanto nei limiti in cui ciò le possa servire per raggiungere il suo scopo di unificazione della giurisprudenza”. Il fascismo ripudia l’idea di una funzione nomofilattica “pura”, introducendo, nei diversi testi normativi (r.d. n. 1443/1940 e r.d. n. 12/1941 e), elementi spuri che premiano il controllo di legalità dei provvedimenti che incidono sui diritti, senza condizionare l’accesso alla suprema Corte con strumenti deflattivi. Per una ricostruzione, si veda SCARSELLI G., *Note sulla crisi della cassazione (civile) e sui possibili rimedi*, in www.judicium.it.

⁴ Al mito illuministico del primato della legge cui si lega l’istituzione nel 1790 del *Tribunal de cassation*, introdotto per far fronte alla ribellione del potere giudiziario a quello legislativo e rimediare al conflitto fra i giudici e la legge di cui, in coerenza con l’impostazione illuministica, occorreva in ogni caso assicurare il primato, rinvia PAJNO A., *Il recedente nel giudizio amministrativo. nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Contratto e Impr.*, 2021, 1, 1.

«uniformarsi» (art. 384 c.p.c.)⁵ La “uniforme interpretazione” della legge si pone, pertanto, quale diretto corollario della “esatta osservanza”, conseguenza ineludibile del vincolo al quale il giudice di merito rimane assoggettato, contribuendo, in tal modo, alla “certezza del diritto” e, di conseguenza, assicurando la “unità del diritto oggettivo nazionale”, quale valore fondante del giuspositivismo. L’uniformità diventa, pertanto sinonimo di “conformismo” giudiziale, e la cassazione è strumento di punizione del magistrato “ribelle”, in un angolo visuale che premia la verticalità della struttura giudiziaria, tipico dell’epoca, e che è fortemente accentuato dall’attribuzione del potere disciplinare al medesimo organo di vertice (come desumibile dagli artt. 206 e 217 della legge sull’ordinamento giudiziario).

Il meccanismo del rinvio al giudice del merito e il rispetto del principio di diritto avrebbero dovuto garantire che non vi fossero, alla lunga, voci dissonanti, e che, una volta fornita l’esatta esegesi della norma, ogni giudice dovesse ridurre il “giudizio” a un mero sillogismo: data la premessa maggiore (ossia la “norma” nella portata definita dai giudici di legittimità), e la premessa minore (ossia il caso concreto), avrebbe potuto trarsi una e una sola decisione, esautorando, per tale via, ogni possibile conflitto. Senonché, non solo la perimetrazione soggettiva ai soli giudici del rinvio dell’obbligo di conformazione al principio non è in grado di prevenire opzioni ermeneutiche contrastanti, da parte di giudici diversi investiti di questioni identiche (agevolmente gestibile con il circuito delineato nel codice di rito), innescando in tal modo un contrasto “verticale” non sempre componibile in sede impugnatoria (si pensi al meccanismo del passaggio in giudicato della sentenza per mancata impugnazione o per inammissibilità, improcedibilità ed estinzione della stessa), ma, in più, il contrasto è reso immanente nel sistema dalla stessa organizzazione della Corte in sezioni semplici, ciascuna delle quali potenziale portatrice di propri orientamenti nomofilattici e, di conseguenza, generatrice di conflitti “orizzontali”. L’esigenza di una *reductio ad unitatem* ha trovato solo parziale soddisfazione nella creazione di un più ristretto consesso, costituito dalle Sezioni Unite, al quale attribuire il potere di comporre i contrasti, al fine di restituire “unità” al diritto oggettivo nazionale. Le Sezioni Unite non integrano un organo giudiziario distinto dalla Corte di cassazione, ma una sua articolazione⁶, preposta, a mente dell’art. 374 c.p.c., a dirimere le questioni di giurisdizione nei casi previsti nel n. 1 dell’articolo 360 e nell’articolo 362, o quando, su iniziativa del primo presidente, a decidere «sui ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici, e su quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza». In tutti gli altri casi, la Corte di legittimità pronuncia a sezione semplici.

La competenza è funzionale, ma il ricorso può essere assegnato alle sezioni semplici, se sulla questione di giurisdizione proposta si sono già pronunciate le sezioni unite, tranne che nei casi di impugnazione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti. Il potere di “regolare” la giurisdizione sussiste quando la questione di giurisdizione viene proposta o con istanza di regolamento di giurisdizione (art. 41) oppure con ricorso contro la sentenza del giudice ordinario (art. 360, 1° co., n. 1), o con ricorso contro la sentenza del giudice speciale per motivi attinenti alla giurisdizione (art. 362, 1° co) o, infine, quando viene sollevato un conflitto di attribuzione o di giurisdizione (art. 362, 2° co.), ed è vincolante non solo per il giudice a quo (in caso di regolamento) o per il giudice *ad quem* (nell’ipotesi di cassazione con rinvio al giudice indicato come fornito di

⁵ CALAMANDREI. P., op. cit. dichiara che “quando si parla di una interpretazione vera, contrapposta ad una interpretazione falsa della stessa legge, si intende sempre riferirsi ad un concetto di verità o di falsità relativa, desunta cioè da un ragionamento che può essere più o meno persuasivo, ma che non può mai portare alla certezza assoluta ed inconfutabile”, non potendo considerarsi l’interpretazione proposta “un dato di fatto obiettivo, ma ... sempre il risultato di un apprezzamento eminentemente variabile ed incerto”. E, tuttavia, “se tutti i giudici, enunciando nella motivazione delle loro sentenze delle opinioni di massima, possono più o meno profondamente influire sull’orientamento della coscienza giuridica ... , la sola Corte di Cassazione ha ... il monopolio di enunciare l’unica interpretazione ufficialmente conforme alla legge, inquantoché essa sola ha il potere di considerare «violazione o falsa applicazione di legge» tutte le dottrine giuridiche, enunciate dai giudici di merito, che non siano conformi alle sue vedute, e di far prevalere ad esse, nel singolo processo, la sua unica interpretazione”.

⁶ Cass. civ. Sez. Unite, 15 giugno 2000, n. 440.

giurisdizione), ma per ogni altro giudice investito della medesima questione in futuri giudizi tra le stesse parti (si parla di “efficacia panprocessuale” della sentenza regolatoria).

Ben diversa sorte è stata assegnata alla pronuncia resa dalle Sezioni Unite sulle questioni di diritto decise in senso difforme dalle sezioni semplici o su quelle che presentano questioni di particolare importanza devolute alla cognizione del più ampio consesso su iniziativa del Primo Presidente della Suprema Corte. La disposizione ha, sicuramente, il roboante effetto di un annuncio, in quanto segna l’ingresso, nell’architettura processuale, della nomofilachia più autentica, quella davvero volta a comporre i contrasti giurisprudenziali o a fornire, al più alto livello, risposte interpretative autorevoli e persuasive, capaci di imporsi senza obbligo di conformazione⁷. Un effetto che deve ritenersi amplificato dal coordinamento con l’art. 376, comma 2, laddove è sancito che l’eventuale “errore” del Primo Presidente nell’assegnazione del ricorso alla sezione semplice, possa essere corretto dalla parte – cui viene attribuito il potere di proporre al primo presidente istanza di rimessione alle sezioni unite, fino a dieci giorni prima dell’udienza di discussione del ricorso, che ritiene di competenza delle sezioni unite un ricorso assegnato a una sezione semplice – e, alla stessa sezione semplice, che, all’udienza su richiesta del pubblico ministero o d’ufficio, con ordinanza inserita nel processo verbale, può disporre la detta rimessione. La finalità è, tuttavia, rimasta sostanzialmente frustrata. La pronuncia “nomofilattica”, fino alla riforma del 2006, non ha avuto effetti vincolanti, con la conseguenza che la nomofilachia “positiva” o “diretta”, ossia quella capacità di orientare gli interpreti a prescindere dalla pendenza di una controversia e a favore di un superiore interesse all’elaborazione di paradigmi normativi certi, è stata, a lungo, una mera aspirazione. E anche dopo l’inserimento nell’art. 374 c.p.c. del nuovo comma 3, con il d.lgs. 2.02.2006, n. 40, il vincolo delle sezioni semplici al precedente delle Sezioni Unite non ha affatto sortito l’esito sperato; né quello di dare certezza al diritto né quello di deflazionare il contenzioso. In realtà, solo qualora la sezione semplice ritenga di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, può rimettere a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso. Le sezioni semplici non hanno l’obbligo di conformarsi al contenuto del precedente della Sezioni Unite, bensì il divieto di emettere una pronuncia di contenuto difforme, dovendo convogliare il loro dissenso in un’eventuale ordinanza, e, tuttavia, la decisione difforme non è affetta da vizio né è impugnabile. La dottrina ha, pertanto, concluso che il vincolo ha contenuto processuale e meramente negativo⁸, considerato che il vincolo è al mero *principio di diritto*, cioè alla sola *regula juris* enunciata dalle Sezioni Unite, sicché, ove le sezioni semplici non intendano adeguarsi al vincolo, potranno valorizzare le differenze tra il caso da esse esaminato e quello deciso in sede nomofilattica, con possibili ricadute negative sulla durata del processo. Nessun reale contributo è, poi, giunto dalla riforma dell’art 363, comma 1, che, dopo la riscrittura del 2006, autorizza il Procuratore generale presso la Corte di cassazione a chiedere che la Corte enunci nell’interesse della legge il principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe

⁷ Scrive MICCOLIS G. Nomofilachia, *Sezioni Unite e questione di "particolare importanza* in www.questionegiustizia.it: «Se volessimo spiegare la funzione nomofilattica ai non addetti ai lavori potremmo semplificare il tutto definendo il giudice, che, al vertice della “catena giudiziaria”, nell’interpretare la norma giuridica, esercita tale funzione, influencer, mentre i giudici a cui è diretta l’interpretazione nomofilattica, followers. I primi, rendendo prevedibile la decisione finale, determinano una sorta di “imposizione psicologica” sui secondi, conseguente alla consapevolezza di questi ultimi che solo uniformandosi all’interpretazione nomofilattica della Corte suprema la loro decisione sarà confermata sino alla fine. Il che dovrebbe anche costituire un deterrente per le parti sin dall’origine della controversia». E al tempo stesso rileva che «la condizione attuale in cui versa la nostra Corte suprema non agevola l’esercizio della funzione nomofilattica. Questa, infatti, può essere assicurata da un’impugnazione straordinaria, al-l’interno di un “tempio” composto da venti “sacerdoti” che indicano una unica interpretazione delle “sacre scritture”, non già, come nel nostro caso, da un’impugnazione ordinaria costituzionalmente garantita per tutte le sentenze, nella forma e nella sostanza, all’interno di una “fabbrica” con circa 170 addetti alla “catena di montaggio” che sfornano circa 33/34.000 provvedimenti all’anno (a fine 2019 i giudizi pendenti nel settore civile/tributario erano circa 117.000)».

⁸ Ha visto un contrasto con il principio costituzionale secondo cui il giudice è soggetto solo alla legge, CHIARLONI S., *Prime riflessioni su recenti proposte di riforma del giudizio di cassazione*, in GI, 2003, 817, e CARRATTA A., *La riforma del giudizio in cassazione*, in RTDPC, 2006, 1118.

dovuto attenersi⁹. L'istituto avrebbe dovuto rinverdire la più autentica vocazione nomofilattica della Suprema Corte, sul presupposto che l'istanza sia promuovibile quando le parti non hanno proposto ricorso nei termini di legge o vi hanno rinunciato, ovvero quando il provvedimento non è ricorribile in cassazione e non è altrimenti impugnabile, e, dunque, a prescindere da qualunque contenzioso. L'iniziativa, tuttavia, è filtrata comunque dal Primo Presidente (al quale spetta la valutazione della particolare importanza della questione), ed ha avuto uno scarso riscontro applicativo. Analoga sorte è toccata al principio di diritto, enunciabile d'ufficio, quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, se la Corte ritiene che la questione decisa è di particolare importanza (art. 363, comma 3, c.p.c.).

La *nomopoiesi* è, dunque, non solo intrinsecamente annessa a ogni processo interpretativo - al punto da far supporre che la norma è tale solo quale epilogo dell'ermeneusi - ma è tollerata dal sistema processuale, e consente una continua generazione e rigenerazione di regole idonee a catalizzare nuove istanze sociali, nuovi interessi, nuove sensibilità: il processo ha in sé un'insopprimibile aspirazione nomotetica¹⁰, una spinta alla diversificazione e all'atomizzazione, in un solco già tracciato dalla primigenia nozione di *jurisdictio*¹¹. Il dissenso non solo è possibile ma riveste una funzione propulsiva del sistema, del quale impedisce la cristallizzazione e la cementificazione.

2. La funzione nomofilattica nel quadro costituzionale.

L'Assemblea costituente boccia la proposta di Pietro Calamandrei di costituzionalizzare la funzione nomofilattica "pura" o "positiva", posta al servizio dello *jus consitutionis*, e approva, al

⁹ Sul ruolo del Procuratore generale nei giudizi civili, cfr. CARRATTA A., *La riforma del giudizio civile in cassazione - il p.m. in cassazione "promotore" di nomofilachia*, Giur. It., 2018, 3, 772, ove si evidenzia il passaggio dal vecchio "ricorso nell'interesse della legge" al nuovo ricorso per l'affermazione del "principio di diritto nell'interesse della legge", per effetto della riscrittura dell'art. 363 c.p.c., con il d.lgs. n. 40/2006. Scrive l'a. «Il mutamento non soltanto lessicale rispetto al vecchio testo dell'art.363 è rilevante: il ricorso nell'interesse della legge - fedele alla sua origine storica - era finalizzato alla cassazione della sentenza viziata da illegittimità (pur senza effetti per le parti), ossia all'eliminazione di una decisione non conforme a diritto, naturalmente qualora la Corte avesse ritenuto fondato il ricorso. Ora, invece, la sentenza non viene più cassata: la Corte si limita a enunciare il principio di diritto, probabilmente anche nel caso in cui ritenga il ricorso infondato (benché si tratti del principio di diritto "al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi")». E tuttavia, il meccanismo introdotto nel 2006 «interessa non solo le sentenze ed i provvedimenti decisori e definitivi, di per sé impugnabili con ricorso per cassazione e non impugnati dalle parti legittimate a farlo nei termini di legge o rispetto ai quali le parti abbiano rinunciato al ricorso o abbiano manifestato acquiescenza, ma anche tutti quei provvedimenti che non sono impugnabili con ricorso per cassazione ad opera delle parti. Vale a dire - per ricordare le categorie più ampie di provvedimenti non decisori e non definitivi - i provvedimenti cautelari o quelli di giurisdizione volontaria. Tali provvedimenti, peraltro, sono suscettibili di essere coinvolti dallo strumento dell'art. 363 non solo con riferimento a soluzioni per così dire di merito, adottate dai giudici di merito e sulle quali il Procuratore Generale ritiene opportuna l'affermazione di un principio di diritto, ma anche con riferimento a profili squisitamente processuali che coinvolgono i procedimenti in questione. In questa direzione, in effetti, si è mossa finora la Procura Generale presso la Cassazione. Nel corso del 2016, infatti, sono state avanzate tre richieste di applicazione dell'art. 363 c.p.c.: a) in materia di sequestro preventivo in applicazione della legge sulla stampa di articolo pubblicato su giornale on line (13); b) in materia di riconoscimento all'adottato del diritto di conoscere la madre naturale (14) ; c) in materia di sospensione dei processi esecutivi in danno di vittime dell'usura».

¹⁰ Per CARBONE E., *Quattro tesi sulla nomofilachia*, in *Politica del diritto - Fascicolo 4, dicembre 2004*, «La funzione nomofilattica si esaurisce in una dimensione negativa; quella nomotetica si nutre di un'ambizione (pro)positiva. Viene naturale l'analogia con la diversità di ruolo che nella magistratura greca distingueva i nomofilachi, passivi custodi del testo originale delle leggi, dai nomoteti, consiglieri deputati in Atene alla revisione del *nomos*. Evocativa è pure l'aggettivazione "nomothetisch, che nella terza Critica kantiana viene negata al giudizio "determinante", non autonomo bensì meramente sussuntivo, applicativo, rispetto ad una legge data; e concessa, invece, al giudizio "riflettente", che, pensando in condizioni d'anomia, trova da sé la sua massima soggettiva ed apre così l'ulteriore riflessione sull'oggetto». Richiama la contrapposizione tra nomofilachia e nomotesia anche LONGAVITA F. M., *La nomofilachia nelle SS.RR. della Corte dei Conti in sede giurisdizionale*, in www.amcorteconti.it.

¹¹ Puntualizzano le fonti (Varr. de lingua Lat. 6.30), che l'esercizio della *iurisdictio* si manifestava nei *tria verba praetoris: do, dico, e addico*, che potevano esser pronunciati solamente nei giorni fasti (*dies fasti*).

contrario, la proposta di Giovanni Leone di inserire nel redigendo testo della Carta fondamentale il diritto di ogni cittadino al controllo di legalità, in ossequio allo *jus litigatoris*¹². La scelta sostenuta e appoggiata in seno alla Costituente, e autorevolmente difesa pur dopo gli interventi del 2006¹³, è stata, dunque, propensa a valorizzare la nozione di “nomofilachia indiretta”, espressa in seno al relativo mezzo di impugnazione, tale da impegnare la Corte a confermare o rimuovere una sentenza, e quindi a decidere le sorti di uno o più diritti soggettivi fatti valere in giudizio. Rimane emarginata, nel disegno costituzionale, come anche negli interventi successivi, la funzione di nomofilachia diretta, che si consegue a prescindere dalla singola controversia e che ha come obiettivo esclusivamente quello di tutelare l’unità del diritto oggettivo¹⁴.

In primo luogo, la funzione essenziale della Corte di cassazione nella Costituzione viene scolpita nell’art. 111 Cost., al fine di assicurare il controllo di legalità delle sentenze e dei provvedimenti che indicano sulla libertà personale (2° comma, nel testo vigente fino dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2). La previsione del ricorso straordinario per cassazione avverso i provvedimenti di carattere decisorio, non impugnabili con i mezzi ordinari, consacra definitivamente il ruolo eminentemente giurisdizionale dell’istanza di terzo grado, cui è servente anche l’obbligo di motivazione di cui al 1° comma.

In secondo luogo, il giudice amministra la giustizia in nome del popolo ed è assoggettato soltanto alla legge (art. 101 Cost.). L’amministrazione della giustizia «in nome» del popolo implica che anche il potere giurisdizionale trova la sua giustificazione ultima nella democrazia, e, dunque, nella sovranità popolare, ma essa non è soggetta - né direttamente né indirettamente - alle regole costituzionali che presiedono al circuito democratico, fondate, in linea generale, sulla legittimazione popolare di ogni funzione politicamente rilevante. L’uso dell’avverbio «soltanto» impiegato nella formulazione del 2° comma, poi, oltre a rafforzare la soggezione del giudice alla legge, costituisce il fondamento della sua indipendenza: il giudice, nell’esercizio delle sue funzioni, non incontra alcun vincolo che quello della legge, che è chiamato ad interpretare liberamente e ad applicare alla controversia da decidere. La disposizione, quindi, tutela il concreto esercizio della funzione giurisdizionale non solo nei confronti degli organi e dei poteri (in particolare quelli politici) esterni alla magistratura - che, infatti, costituisce un ordine indipendente «da ogni altro potere» (art. 104, 1°

¹² Secondo MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1923, II, «La corte di cassazione non è istituita per la difesa astratta del diritto obiettivo, ma per mezzo di tale difesa tende a reintegrare il diritto subiettivo dei litiganti, al pari di ogni altro organo della funzione giurisdizionale; giudica, cioè, de iure litigatoris et de iure constitutionis; e prima di quello che di questo, poiché il reclamo del cittadino che reputa leso il proprio diritto dalla sentenza del giudice inferiore è la causa normale che provoca l’esercizio della sua giurisdizione».

¹³ VERDE G., *In difesa dello ius litigatoris*, Riv. dir. proc., 2008, 18.

¹⁴ CARBONE E., *Quattro tesi sulla nomofilachia*, cit., 599; COCO G. S., *Esatta interpretazione e nomofilachia: appunti critici*, Legalità e giustizia, 2006, I, 7; MARINELLI V., *Ermeneutica giudiziaria e nomofilachia*, Riv. inter. Filosofia dir., 1998, 533). SCARSELLI G. evidenzia che la nozione di nomofilachia diretta non emerge dall’art. 111 Cost., ma «nemmeno si può rilevare da altre norme della nostra costituzione: aa) non dall’art. 24, che anzi, assicurando l’invulnerabilità del diritto di azione, se del caso afferma in via generale anche l’invulnerabilità dell’azione rappresentata dal ricorso per cassazione, così rafforzando il principio di cui all’art. 111 Cost., e così di nuovo consacrando il diritto di tutti al controllo di legalità dinanzi alla suprema Corte. bb) Non dagli artt. 101, 2° comma e 104, che anzi, assoggettando ogni giudice solo alla legge, e sancendo l’indipendenza, anche interna, della magistratura, certamente non valorizzano una funzione oggettiva di indirizzo giurisprudenziale, se non, appunto, nei limiti in cui essa serve a garantire il controllo di legalità delle sentenze secondo il principio già fissato nell’art. 111, 7° comma Cost. cc) Non, ancora, dall’art. 3, relativamente al principio di eguaglianza, poiché il trattamento paritario dei cittadini pretende non tanto che in astratto sia consentito alla cassazione di fissare la corretta interpretazione della legge, quanto che in concreto sia consentito a tutti la cassazione dei provvedimenti assunti in violazione di legge, poiché anzi niente sarebbe più in contrasto con l’art. 3 Cost. quanto la circostanza che, di fronte ad una medesima violazione di legge, solo in alcuni casi, e non in altri, si consentisse la cassazione dei provvedimenti ingiusti. dd) Non, infine, e se si vuole, dall’art. 2 Cost., che anzi, ponendo alla base dell’intero sistema “l’uomo” e non “l’istituzione”, induce ad una lettura della cassazione sotto il profilo del cittadino che chiede il controllo di legalità circa l’applicazione di un suo diritto soggettivo, e non sotto il profilo della Corte che deve fissare l’uniforme interpretazione della legge».

comma, Cost.) - ma anche rispetto a tutti gli altri giudici, dai quali non si distingue per gradi, ma «soltanto per diversità di funzioni» (art. 107, 3° comma, Cost.).

In terzo luogo, la Corte di cassazione è giudice di legittimità esclusivamente nell'*ordo judiciorum* suo proprio, posto che la previsione della ricorribilità dei provvedimenti emessi dal Consiglio di Stato e della Corte dei conti, per i soli motivi “inerenti” alla giurisdizione, ne determina il confinamento a giudice del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudici speciali, come stabilito dall’art. 111, 8° comma (che costituzionalizza quanto già disposto dall’art. 362 c.p.c.). La Corte costituzionale ha promosso una lettura restrittiva della norma,¹⁵ escludendo in radice che i “motivi inerenti alla giurisdizione” possano implicare un sindacato sugli *errores in procedendo* o *in iudicando*.¹⁶ Da tale impostazione si fa derivare la duplice conseguenza di negare la costituzionalizzazione di una “nomofilachia esterna” - dovendosi ritenere che la Corte di cassazione svolga il ruolo di mero regolatore dei conflitti - e, soprattutto, di attribuire ai giudici speciali, nel rispettivo ordine di competenze, il compito di stabilire quale sia l'esatta osservanza della legge¹⁷. La Costituzione, nell'accogliere il principio della pluralità delle giurisdizioni, non ha potuto che consacrare il “pluralismo nomofilattico”¹⁸, sul presupposto che la nomofilachia promana dall'esercizio del potere

¹⁵ Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 6.

¹⁶ L'impostazione sostenuta dai giudici remittenti non potrebbe, infatti, qualificarsi come un'interpretazione evolutiva, poiché non compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale; *«quest'ultima attinge il suo significato e il suo valore dalla contrapposizione con il precedente 7° comma, che prevede il generale ricorso in Cassazione per violazione di legge contro le sentenze degli altri giudici, contrapposizione evidenziata dalla specificazione che il ricorso avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti è ammesso per i “soli” motivi inerenti alla giurisdizione. Ne consegue che deve ritenersi inammissibile ogni interpretazione di tali motivi che, sconfinando dal loro ambito tradizionale, comporti una più o meno completa assimilazione dei due tipi di ricorso»*. Il Giudice delle Leggi ha concluso nel senso che l'«“eccesso di potere giudiziario” [...] va riferito [...] alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, [...] nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione». Secondo la Corte costituzionale, il “difetto assoluto di giurisdizione” sussiste *«quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (c.d. invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (c.d. arretramento)»*; il “difetto relativo di giurisdizione” sussiste, invece, *«quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici»*. Qualche mese dopo la menzionata decisione della Corte costituzionale, le Sezioni Unite (Cass. civ., Sez. un. 26 novembre 2018, n. 30526), hanno ribadito che *«il controllo della Corte di cassazione sulle pronunce giurisdizionali del Consiglio di Stato è limitato all'accertamento dell'eventuale sconfinamento dai limiti esterni della propria giurisdizione da parte del massimo organo della giustizia amministrativa, cui non è consentito invadere arbitrariamente il campo dell'attività riservata alla pubblica amministrazione attraverso l'esercizio di poteri di cognizione e di decisione non previsti dalla legge, con conseguente trapasso da una giurisdizione di legittimità a quella di merito, come può accadere, ad esempio, quando il giudice amministrativo compia atti di valutazione della mera opportunità dell'atto impugnato, sostituendo propri criteri di valutazione a quelli discrezionali della pubblica amministrazione, o adotti decisioni finali interamente sostitutive delle determinazioni spettanti all'amministrazione medesima Si è perciò affermato che l'eccesso di potere giurisdizionale, denunziabile sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, è configurabile solo quando l'indagine svolta dal giudice amministrativo, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, sia stata strumentale a una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione, procedendo ad un sindacato di merito che si estrinsechi in una pronuncia che abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa ...»*. In termini anche Cass. civ., Sez. Un., 16 maggio 2019, n. 13243.

¹⁷ In termini, SALAMONE V., *Il valore del precedente nella Giustizia amministrativa nel sistema del dialogo tra le Corti nazionali e sovranazionali*, in Norma. Quotidiano di informazione giuridica, 2020.

¹⁸ MORTATI C., verbale n. 309 della seduta pomeridiana del 27 novembre 1947 dell'Assemblea Costituente, in www.camera.it/dati/Costituente/Lavori/Assemblea/sed309/sed309.pdf ebbe a osservare *«Infatti, il criterio, la ragion d'essere, il significato della creazione di giurisdizioni speciali sta proprio in questo: nel ritenere, cioè, che il giudice ordinario non abbia quella preparazione, quella forma mentis, quelle attitudini necessarie per interpretare certe disposizioni di legge, ed applicarle a certi rapporti determinati. [...] Insomma, mi pare che creare una giurisdizione speciale e nello stesso tempo sottoporre le decisioni di questa giurisdizione speciale al controllo di un giudice che fa*

giurisdizionale, e che l'uniforme applicazione del diritto può essere assicurata soltanto “*da parte di quel giudice che quel diritto è chiamato ad applicare, cioè dal giudice munito di giurisdizione sulla controversia*”¹⁹. Proprio in ossequio al principio del *cuique suum*, la sovrapposizione tra area giurisdizionale e organo di nomofilachia ha consentito di strutturare e organizzare la funzione nomofilattica in piena autonomia per ciascun plesso.

Nel delineato quadro ordinamentale, due fattori irrompono sulla scena: l'introduzione del principio del giusto processo e della sua ragionevole durata, per effetto delle modifiche di cui all'art. 111 Cost. con l. cost. n. 2/1999: il rafforzamento dei vincoli che derivano dalla costruzione dell'*acquis communautaire*. I due fronti sono, in realtà, correlati.

Sul primo versante, accanto ai principi di terzietà e imparzialità del giudice nonché di rispetto e garanzia del contraddittorio, il secondo periodo del 2° comma del nuovo art. 111 prevede, quale ultimo corollario del principio del giusto processo, la ragionevole durata assicurata dalla legge. La norma, pur traendone spunto, non riproduce l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in quanto non attribuisce alle parti del processo un diritto soggettivo, ma stabilisce che sia il legislatore ad assicurare la ragionevole durata. A prescindere, in questa sede dalle implicazioni di una siffatta scelta, il legislatore costituzionale ha collegato in modo esplicito il carattere «giusto» del processo alla sua definizione tempestiva, pur senza riferirsi alla pura e semplice rapidità del processo. L'efficienza processuale non può, infatti, considerarsi un valore assoluto, ma deve bilanciarsi con le garanzie del «contraddittorio tra le parti in condizioni di parità», allo scopo di realizzare una giustizia che, seppure contenuta entro tempi congrui, non sia superficiale, affrettata, sommaria²⁰. Le implicazioni sulla nomofilachia sono evidenti: l'uniformità delle decisioni rappresenta strumento di accelerazione dei tempi della giustizia e consente dare concretezza al binomio: giustizia rapida – giustizia giusta. Il legislatore decide di adeguarsi al mutato quadro costituzionale, dando il via a una stagione di riforme del processo civile, a partire dal d.lgs. n. 40/2006²¹, orientate a restituire centralità al ruolo nomofilattico della Corte di

parte dell'ordine giudiziario ordinario, sia pure in grado supremo, sia una contraddizione. [...] Non credo neppure che si possa accettare, perché in contrasto con l'ordine di idee esposto, la proposta dell'onorevole Leone che vorrebbe fare distinzione tra alcune giurisdizioni speciali ed altre. Egli ammette che per il Consiglio di Stato e per la Corte dei conti il ricorso in Cassazione sia limitato esclusivamente all'eccesso di potere, inteso come difetto di giurisdizione, ma richiede che per le altre giurisdizioni speciali il sindacato sia più ampio, sia cioè esteso alla violazione di legge. Ribadisco, quindi che, a mio avviso, tutte le volte che si è presenza di una giurisdizione speciale, il sindacato della Corte si debba limitare soltanto all'eccesso di potere giudiziario, cioè alla mancanza o difetto assoluto di giurisdizione».

¹⁹ PATRONI GRIFFI F., *La funzione nomofilattica: profili interni e sovranazionali*, in *Rivista della Corte dei conti*, 1-2, 2018, parte IV.

²⁰ VERDE G., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo in materia civile*, a cura di Capponi-Verde, Napoli, Esi Ed., 2002, pag. 177 afferma «noi dobbiamo cominciare a chiederci se non abbiamo una cultura che ha elevato la garanzia a fine, e non la considera invece come strumento per rendere una migliore giustizia»; TROCKER N., *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 2, 2001, pag. 381, secondo cui «In sostanza, si mira a superare l'ambiguità concettuale di un processo che in termini strettamente tecnici e strumentali dovrebbe sempre essere neutro, non potendosi qualificare a rigore, né come “giusto”, né come “ingiusto”, poiché tali aggettivazioni sembrano proprie non già del mezzo, ma del risultato decisivo cui esso conduce».

²¹ L'obiettivo di valorizzare la funzione nomofilattica quale espressione dello *jus constitutionis* è stato dichiaratamente posto alla base dei seguenti interventi: a) rivitalizzazione del ricorso nell'interesse della legge, promuovibile dal Procuratore generale presso la Corte di cassazione; b) la modifica del primo comma dell'art. 384 c.p.c., con la connessa possibilità di enunciare il principio di diritto, non solo nelle ipotesi di ricorso proposto a norma dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c. ma anche “in ogni altro caso in cui, decidendo su altri motivi di ricorso, risolve una questione di diritto di particolare importanza”; c) l'introduzione del ‘vincolo’ delle sezioni semplici al principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, fissato nel nuovo art. 374 c.p.c.. Contemporaneamente sono state introdotte norme che hanno esteso lo *jus litigatoris*: a) ‘equiparazione’ del ricorso straordinario a quello ordinario, con la riforma dell'ultimo comma dell'art. 360 c.p.c. attraverso cui si sono resi omogenei i motivi e si sono definitivamente delegittimati gli orientamenti restrittivi che avevano escluso dall'espressione ‘violazione di legge’ dell'art. 111, comma 7, Cost., il motivo di cui al n.5 dell'art. 360 c.p.c.; ampliamento delle ipotesi di cassazione “sostitutiva” in forza del nuovo art. 384, comma 2, c.p.c..

cassazione, e sulla stessa scia si sono innestate le codificazioni che hanno investito il processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) e il processo contabile (d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174): Di recente, il Giudice delle leggi ha disegnato il nuovo volto della nomofilachia, evidenziando la piena convergenza tra l'art. 374 c.p.c., l'art. 99 c.p.a. e l'art. 117 c.g.c.: «La trasversalità di tali disposizioni, ispirate allo stesso principio, mostra la centralità del valore della certezza del diritto, pietra d'angolo del sistema di tutele giurisdizionali in uno Stato di diritto»²².

Sul secondo versante, l'adesione degli Stati membri all'unità dell'ordinamento europeo influenza l'esercizio della funzione giurisdizionale, in relazione all'obbligo di rispettare ed assecondare le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione Europea, aventi valore di vero e proprio precedente "legislativo" per tutti i soggetti giuridici della Comunità (Stati, enti pubblici, enti privati, persone fisiche). Gli effetti della sentenza resa *ex art. 267 TFUE* (*ex art. 234 del Trattato CE*) non sono limitati alla sola vicenda specifica, ma operano in ogni altra ipotesi in cui entri in gioco la medesima questione interpretativa affrontata dal giudice comunitario, considerata l'efficacia *ultra partes* delle pronunce rese in sede sia di interpretazione pregiudiziale sia di verifica della validità di una disposizione UE²³. La tenuta del sistema corre lungo il crinale della responsabilità dello Stato-giudice, nel caso di violazione del diritto UE da parte del giudice nazionale di ultima istanza, regolata dalle previsioni della l. n. 117/1998, come introdotte dalla l. n. 18/2015, nel caso di omesso rinvio pregiudiziale obbligatorio o per contrasto con l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia europea (art. 2, comma 3-bis)²⁴. Un nuovo livello nomofilattico si inserisce, pertanto, nel panorama giurisprudenziale, con strumenti essenzialmente preventivi ("nomofilachia comunitaria"), in nome della quale, peraltro, di recente, deve registrarsi il tentativo di impiantare una nomofilachia "esterna" anche sulle magistrature speciali. Con ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia europea, la Corte di cassazione ha rilanciato l'idea che la *primauté* del diritto europeo possa scalfire il principio di "autonomia procedurale" degli Stati membri, in forza del quale è rimessa ai singoli Stati l'individuazione degli strumenti processuali per assicurare tutela ai diritti riconosciuti dall'Unione. Secondo i giudici remittenti, la possibilità di dichiarare ammissibile il ricorso per cassazione sui motivi inerenti alla giurisdizione, e giudicarne il merito, sarebbe «ostacolata da una prassi interpretativa nazionale, che ha preso le mosse da una sentenza della Corte costituzionale (n. 6 del 2018) ... a prescindere da ogni valutazione circa la esistenza del denunciato contrasto della sentenza impugnata con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea» (§ 20). La nozione di motivi "inerenti" o "attinenti" alla giurisdizione, di cui agli artt. 111, comma 8, Cost. e 362, comma 1, c.p.c., recepita dalla giurisprudenza, comporterebbe che la violazione del diritto dell'Unione Europea da parte dei giudici amministrativi sia «irrimediabile nell'ordinamento nazionale». La Corte costituzionale, infatti, nella sentenza n. 6 del 2018, avrebbe riconosciuto che «specialmente

²² Corte cost. 20 gennaio 2022 n. 13.

²³ Sul punto, cfr. Corte dei conti, Sezioni riunite in speciale composizione, ord. 14 ottobre 2021 n. 13, che pone in evidenza il valore vincolante delle pronunce della Corte di Giustizia: «*Ad esse va attribuito il valore di ulteriore fonte del diritto comunitario, non nel senso che esse creino ex novo norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia erga omnes nell'ambito della Comunità (in termini, Cass. civ. 17 maggio 2019, n. 13425; Cass. civ. n. 22577/2012). La decisione pregiudiziale ha, dunque, sicuramente portata vincolante per il giudice remittente - determinando a suo carico l'ulteriore ed eventuale obbligo di discostarsi dalla diversa interpretazione offerta alla stessa normativa dal giudice nazionale di ultimo grado (v. CGE, 5 ottobre 2010, causa C-173/09, Elchinov e 15 gennaio 2013, causa C-416/10, Križan), ma vincola anche le giurisdizioni di grado superiore chiamate a pronunciarsi sulla medesima questione, al punto da consentire la diretta disapplicazione della norma interna contrastante con quella europea (Corte giust. 9 marzo 1978, causa 106/77, Simmenthal, punto 24; 4 giugno 1992, cause riunite C-13/91 e C-113/91, Debus, punto 32; 18 luglio 2007, C-119/05, Lucchini, punto 61; 27 ottobre 2009, C-115/08, ČEZ, punto 138; 19 novembre 2009, C-314/08, Filipiak, punto 81; 22 giugno 2010, C-188/10 e C-189/10, Melki e Abdeli, punto 43; 26 febbraio 2013, C-617/10, Åkerberg Fransson, punto 45).*» Che le decisioni della CGUE abbiano valenza di fonte del diritto trova conferma anche nella giurisprudenza costituzionale (Corte cost., 23 aprile 1985 n. 113).

²⁴ BARONE A., *Nomofilachia, corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, Diritto Processuale Amministrativo, fasc.3, 1° settembre 2020, pag. 557.

nell'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali, il problema indubbiamente esiste», ma avrebbe osservato che «deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione (quindi, di quella amministrativa per le sentenze dei giudici amministrativi), eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 c.p.c.». Tale rimedio, tuttavia, secondo i giudici di legittimità, non sarebbe previsto dal legislatore nazionale come strumento ordinario per porre rimedio alle violazioni del diritto dell'Unione, che siano addebitate agli organi giurisdizionali. La stessa Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni normative pertinenti, nella parte in cui non prevedono, tra i casi di revocazione, quello in cui essa si renda necessaria per consentire il riesame del merito della sentenza impugnata per la necessità di uniformarsi alle statuizioni vincolanti, rese, in quel caso, dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo (Corte Cost. 27 aprile 2018, n. 93); in altra decisione, ha dichiarato inammissibile una analoga questione sollevata dai giudici amministrativi (Corte Cost. 2 febbraio 2018, n. 19). Tale rimedio, comunque, non sarebbe agevolmente praticabile per i limiti strutturali dell'istituto della revocazione (sub paragrafo 15, in relazione all'art. 395 c.p.c.) e, specialmente, quando le sentenze delle Corti sovranazionali siano precedenti alla sentenza impugnata; è comunque dubbio che esso sia idoneo a paralizzare l'ammissibilità del ricorso per cassazione, non potendosi escludere che anche la sentenza emessa ipoteticamente in sede di revocazione possa incorrere in violazione dei limiti della giurisdizione. Il ricorso per cassazione sarebbe, pertanto, l'unico strumento per reagire a violazioni del diritto dell'Unione imputabili a sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con sentenze della Corte di giustizia (precedenti o successive). I giudici remittenti hanno anche ricordato che norma sulla giurisdizione è «non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Rientrerebbe, pertanto, nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, la eroghi concretamente»; e che «si è ritenuto ammissibile il sindacato delle Sezioni Unite sulle decisioni del Consiglio di Stato, per motivi inerenti alla giurisdizione, nei casi di radicale stravolgimento delle norme di rito, tali da implicare un evidente diniego di giustizia e un eccesso di potere giurisdizionale» (§ 23.1).

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea²⁵ ha riportato il dibattito nel solco dei principi consolidati, nel pieno rispetto dell'autonomia procedurale. Fatta salva l'esistenza di norme dell'Unione in materia, i giudici hanno confermato che spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità processuali dei rimedi giurisdizionali per assicurare ai singoli, nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, il rispetto del loro diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, ai sensi dell'articolo 19 TUE. Certamente, nel rispetto di tale spicchio di sovranità che lo Stato membro conserva, occorre garantire che le modalità non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe disciplinate dal diritto interno (principio di equivalenza), e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (principio di effettività). Il diritto dell'Unione, infatti, in linea di principio, non osta a che gli Stati membri limitino o subordinino a condizioni i motivi che possono essere dedotti nei procedimenti per cassazione, purché tali due postulati siano rispettati. Il principio di equivalenza sarebbe rispettato nella misura in cui la competenza del giudice del rinvio a trattare ricorsi avverso sentenze del Consiglio di Stato è limitata con le medesime modalità, indipendentemente dal fatto che essi siano basati su disposizioni di diritto nazionale o su disposizioni di diritto dell'Unione. Quanto al principio di effettività, la Corte ricorda che il diritto dell'Unione non produce l'effetto di obbligare gli Stati membri a istituire mezzi di ricorso diversi da quelli già contemplati dal diritto interno, a meno che non esista alcun rimedio giurisdizionale che permetta di

²⁵ Grande Sezione, 21 dicembre 2021, C-497/20,

garantire il rispetto dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione. Nel caso di specie, il rimedio giurisdizionale viene garantito, sicché non sussiste alcun elemento che consenta di concludere che è stato violato l'articolo 19 TUE né le disposizioni della direttiva 89/665 che, nel settore particolare dell'aggiudicazione degli appalti pubblici, obbligano gli Stati membri a garantire il diritto a un ricorso effettivo²⁶.

A un livello ancora più elevato si colloca poi il rapporto tra il sistema di diritto internazionale pattizio della CEDU e l'ordinamento nazionale. Pur dovendosi configurare il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali come rimedio *post judicatum*, tale da non travolgere automaticamente le pronunce dei giudici civili e amministrativi²⁷ e, solo in modo condizionato, il giudicato penale²⁸, l'art. 46, par. 1, CEDU impegna gli Stati contraenti «a conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle controversie di cui sono parti». Alla luce di quanto previsto dall'art. 41 della stessa Convenzione, quando la Corte constata una violazione, lo Stato convenuto ha l'obbligo giuridico non solo di versare agli interessati le somme attribuite a titolo di equa soddisfazione, ma anche di adottare le misure generali e/o individuali necessarie a garantire la *restitutio in integrum* in favore dell'interessato, ponendo, cioè, il ricorrente, per quanto possibile, in una situazione equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se non vi fosse stata una violazione della Convenzione²⁹, anche se la stessa Corte europea ad aver costantemente affermato che, in linea di principio, non spetta ad essa, tranne casi eccezionali, indicare le misure generali necessarie a porre fine alla violazione convenzionale, restando gli Stati membri liberi di scegliere i mezzi per l'adempimento di tale obbligo, purché le conclusioni contenute nelle proprie sentenze siano compatibili con la via risarcitoria (l'equo indennizzo di cui all'art. 41 CEDU)³⁰.

Il confronto con il diritto sovranazionale, anche di matrice giudiziale e di impronta nomofilattica, crea inevitabilmente un ulteriore momento di confronto e di raccordo, con tutti gli effetti di incertezza che derivano da sistemi giurisdizionali articolati su più livelli. La sicurezza giuridica, protetta nel diritto eurounitario quale fattore di sviluppo e di crescita (costituendo, per alcuni, un valore fondamentale della persona)³¹, viene ad essere gravemente compromessa dalla crescita esponenziale delle fonti del diritto e dei soggetti preposti a fornirne l'interpretazione, innescando processi “a

²⁶ Tuttavia, la Corte rileva che, alla luce del diritto a un ricorso effettivo garantito da tale direttiva e dall'articolo 47 della Carta, il Consiglio di Stato ha erroneamente considerato irricevibile il ricorso della Randstad Italia SpA dinanzi ai giudici amministrativi. A tal riguardo, la Corte ricorda, da un lato, che è sufficiente, per dichiarare ricevibile tale ricorso, che esista una possibilità che l'amministrazione aggiudicatrice, in caso di accoglimento del ricorso, sia indotta a ripetere la procedura di aggiudicazione di appalto pubblico. Dall'altro lato, in forza di detta direttiva, il ricorso può essere proposto solo dall'offerente che non sia ancora definitivamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, e l'esclusione di un offerente è definitiva solo se gli è stata comunicata ed è stata «ritenuta legittima» da un giudice indipendente e imparziale.

²⁷ Corte costituzionale, sentenza 26 maggio 2017, n. 123.

²⁸ Con la sentenza additiva n. 113 del 2011, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, CEDU, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo.

²⁹ E, tuttavia, l'indicazione della obbligatorietà della riapertura del processo è presente esclusivamente in sentenze rese nei confronti di Stati i cui ordinamenti interni già prevedono, in caso di violazione delle norme convenzionali, strumenti di revisione delle sentenze passate in giudicato (vengono richiamate le sentenze CEDU 5 febbraio 2015, Bochan contro Ucraina; 22 novembre 2016, Artemenko contro Russia; 26 aprile 2016, Kardoš contro Croazia; 26 luglio 2011, T.Ç. e H.Ç. contro Turchia; 20 dicembre 2007, Iosif e altri contro Romania; 20 dicembre 2007, Paykar Yev Haghtanak LTD contro Armenia; 10 agosto 2006, Yanakiev contro Bulgaria; 11 luglio 2006, Gurov contro Moldavia).

³⁰ Sui rapporti tra diritto interno e diritto pattizio, si veda Corte dei conti Sez. II centr. app. 4 febbraio 2002, n. 30.

³¹ BARONE A., op. cit., ricorda che «Sia nella prospettiva eurounitaria che in quella italiana libertà e sicurezza umana inverano valori primari. L'Unione Europea “realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali” (art. 67, par. 1, TFUE) e riconosce altresì i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali (art. 6, par. 1, del TUE). In particolare, con una previsione pressoché identica alla prima parte dell'art. 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea sancisce che “Ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza».

spirale” nei quali l’esigenza di una composizione del contrasto giurisprudenziale, a un più alto livello, genera a sua volta ulteriori contrasti³².

La stessa adesione alla tavola assiologica sottesa ai trattati europei assottiglia il confine tra ordinamenti di *common law* e ordinamenti di *civil law*, lasciando trasmigrare istituti dall’uno all’altro sistema, in un processo osmotico che acquista forza dirompente³³. In un ordinamento come quello italiano, nel quale la non vincolatività del “precedente” assurge a principio costituzionale - a mente dell’art. 101 Cost. il giudice è soggetto soltanto alla legge – la libera interpretazione del giudice patisce al cospetto della scelta di dover attuare il “giusto processo” assicurandone la ragionevole durata (art. 111 Cost.). Una versione attenuata dello “*stare decisis*” ha trovato spazio nel codice di rito come strumento di semplificazione della motivazione (art. 118, comma 1, disp. att. e 348 ter, comma 1, c.p.c.)³⁴, o come parametro di verifica dell’ammissibilità di un’impugnazione (art. 360 bis, comma 1, n. 1, c.p.c.)³⁵, o come giustificazione del “motivato dissenso” della sezione semplice della Corte di cassazione, la quale, ove non condivida un principio di diritto già enunciato dalle Sezioni Unite, non può contraddirlo ma è tenuta ad investirle nuovamente per un possibile ripensamento (art. 374, comma 3, c.p.c.)³⁶. Al tempo stesso, nel sistema statunitense e in quello inglese il *precedent* è *binding*, poiché in essi la *case law* è fonte del diritto, obbligatoria per tradizione o per legge; eppure, le tecniche del *distinguishing*³⁷ e dell’*overruling*³⁸ consentono ai giudici di non considerarsi vincolati

³² CANZIO G., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it 2017, rileva che “Evidentemente, il legislatore ha deciso di rilanciare questo concetto operativo in funzione di governo dell’impetuosa fluidità del diritto contemporaneo. La nomofilachia è la risposta legislativa alla postmodernità del discorso giuridico”.

³³ Incisive le parole adoperate da CARBONE E., op. cit., pag. 608, «*Nel governo di una realtà complessa, un progetto di radicale di semplificazione dei meccanismi regolativi – della legislazione antonomastica come di quella nomotetica – è un’infantile chimera. “Frammentazione e opacizzazione dei processi decisionali” sono cifre indelebili dei decenni che viviamo; non più la geometria euclidea, ma quella frattale – quella dei sistemi dinamici non-lineari, della fisiologica irregolarità di crinale tra ordine e caos – ne costituisce lo strumento privilegiato di lettura. La certezza giurisprudenziale del diritto resta un valore, ma sempre più diviene un valore “difficile” ed asintotico.*».

³⁴ L’art. 52, comma 5, l. 18 giugno 2009, n. 69 ha modificato l’art. 118 disp. att. c.p.c. proc. civ. che al primo comma dice: «*La motivazione della sentenza di cui all’art. 132, secondo comma, n. 4), del codice consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi.*». In senso analogo, l’art. 54 del d.l. 22 giugno 2012 n. 83 conv. in l. 7 agosto 2012 n. 134 ha introdotto l’art. 348 ter, prevedendo «*All’udienza di cui all’articolo 350 il giudice, prima di procedere alla trattazione, sentite le parti, dichiara inammissibile l’appello, a norma dell’articolo 348-bis, primo comma, con ordinanza succintamente motivata, anche mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e il riferimento a precedenti conformi. Il giudice provvede sulle spese a norma dell’articolo 91.*». Su tale ultima disposizione, GALLETTO T. “*Doppio filtro*” in appello, “*doppia conforme*” e danni collaterali, in www.judicium.it.

³⁵ L’articolo è stato aggiunto con l. 18 giugno 2009, n. 69, in vigore dal 4 luglio 2009 (art. 47) e recita «*Il ricorso è inammissibile: 1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l’esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l’orientamento della stessa; [..]*».

³⁶ L’articolo sostituito dall’art. 8 del decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40, stabilisce al comma 3, «*Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso.*».

³⁷ Il *distinguishing* consente al giudice, negli ordinamenti di *common law*, di non applicare un precedente vincolante al caso che deve decidere perché non sussistono i presupposti di fatto e di diritto che hanno giustificato l’adozione della regola che egli sarebbe tenuto ad applicare. Si evidenzia che l’elemento di identità del fatto nei due casi non è *in point*: il precedente sarà così *distinguished* e da *binding* declasserà a *persuasive*. L’opposto (USA) del *distinguishing* è il precedente *harmonized*: si fanno scomparire le differenze che sarebbe sufficienti per esercitare il *distinguishing*. Si tende a distinguere tra *genuine (non restrictive) distinguishing*: (rispetto al precedente da applicare, il caso da decidere evidenzia *in point*) differenze significative che rendono il precedente stesso non applicabile perché non pertinente, e *restrictive distinguishing (limited precedent* negli USA), quando il precedente autoritativo da applicare esprime una *ratio decidendi* troppo ampia rispetto alla fattispecie che le ha dato origine, e in questo caso il secondo giudice può interpretare la *ratio* in maniera più restrittiva e più aderente alla fattispecie originaria. La *ratio* già vincolante non comprenderà più una situazione esattamente corrispondente a quella originaria, e si aggirerà il precedente.

³⁸ L’*overruling* consente il definitivo superamento del precedente, in una sorta di abrogazione sostitutiva, con effetti retroattivi. Anche in questo caso si distingue tra *anticipatory overruling* (decisione assunta sulla base non di decisioni

dal precedente che non intendono seguire. Negli stessi ordinamenti di *common law*, il rispetto del precedente è ancora più stringente se inteso in senso verticale (le pronunce della *House of Lords* - dal 2009, la *Supreme Court* - vincola le corti inferiori: *Court of Appeal*, *Divisional Court of the High Court*, *High Court*, *Crown Courts*, *County Courts*, *Magistrates Courts*), mentre risulta più attenuato se inteso in senso orizzontale (la *Supreme Court*, dal 1966, sulla scorta del *Practice Statement*, non è più vincolata a precedenti propri o a precedenti di corti di pari grado)³⁹. E, dunque, se è vero, che «l'attenzione nei confronti del precedente è progressivamente aumentata proprio in relazione a tale funzione (n.d.r. nomofilattica) ed alla necessità di incrementarne l'esercizio»⁴⁰, è pur vero che, laddove il vincolo esiste ed è rigidamente predeterminato, si tende a sottrarsi alla conformazione pura e semplice, sia pure attraverso l'espedito di distinguere tra *ratio decidendi* e *obiter dictum*, senza poi contare sull'innegabile tendenza a conformarsi al “precedente autorevole”, dove l'autorevolezza può derivare da un complesso di elementi, estrinseci (il giudice che lo ha emesso, in quanto tale attributo appare direttamente proporzionale alla posizione del giudice nell'ordine giudiziario) e intrinseci (in quanto connessi alla qualità della motivazione del provvedimento che forma il precedente).

3. La nomofilachia contabile: profili evolutivi.

L'art. 4 del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214 (recante “Approvazione del testo unico delle leggi sulla Corte dei conti”) prevedeva che la Corte dei conti deliberasse a Sezioni riunite nei casi determinati da leggi o da regolamenti e quando il presidente lo reputasse opportuno, e che decidesse in grado di appello nei giudizi di cui all'art. 67 ed in prima ed ultima istanza sui reclami del personale della Corte stessa. La norma era diretta applicazione dell'art. 7 della legge istitutiva (l. 14 agosto 1862, n. 800), che, nel riparto interno, imponeva di deliberare in via ordinaria per sezioni separate, rinviando poi alla legge e ai regolamenti oppure a una valutazione di “opportunità” rimessa al presidente, per la deliberazione in Sezioni riunite. Il “deliberare” in Sezioni riunite era, in realtà, di pertinenza del controllo; lo stesso testo unico ne garantiva l'esercizio in sede di approvazione del rendiconto generale dello Stato (art. 40) o di registrazione con riserva dell'atto sottoposto a controllo preventivo di legittimità (art. 25). Nelle materie sottoposte alla giurisdizione contabile, alle Sezioni riunite spettava esclusivamente il ruolo di giudice d'appello (r.d. 13 agosto 1933 n. 1038, art. 98).

Si è dovuta attendere l'approvazione del r.d.l. 28 giugno 1941 n. 856, per l'avvio di un cammino di riforme di stampo marcatamente nomofilattico, venendo ad attribuire alle sezioni per le pensioni di guerra e a quelle per le pensioni ordinarie, il potere di rinviare, con ordinanza, la controversia alla adunanza plenaria (con il concorso di sette votanti), qualora il “punto di diritto”, sottoposto al loro esame, avesse dato luogo a precedenti decisioni tra loro difformi, d'ufficio o su richiesta delle parti. Del collegio erano chiamati a far parte tre consiglieri designati, al principio di ogni anno, con decreto reale, per ciascuna delle dette sezioni, insieme col presidente della Corte dei conti o il presidente di sezione da lui delegato (art. 3). Soltanto con il d.lgs. 6 maggio 1948, n. 655, il potere di rimessione

precedenti, ma di probabili decisioni future), che coinvolge lo *stare decisis* nella portata verticale in quanto una corte inferiore può rifiutare di applicare un precedente della Corte suprema se sia ragionevolmente certo che, sulla base delle sue pronunce, può dirsi che la Corte suprema stessa non seguirà più quel dato precedente, e *prospective overruling*, che opera a livello di Corte suprema, allorquando, pur modificando il precedente, in quanto non più adeguato a regolare una fattispecie, rivede la regola solo per i casi futuri, decidendo quello su cui deve pronunciarsi in base alla regola superata. In tale ultimo caso, si tende a bilanciare due interessi: la tutela dell'affidamento e della certezza del diritto (caso da decidere) con la necessità di mutare una *ratio* sbagliata (casi futuri).

³⁹ Osservazioni fondamentali sono state scritte da TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, Pisa, 2014, p. 38 ss.; *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2017; *Note sparse sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, 2018, p. 110 ss.; *Il vincolo giudiziale del passato*, a cura di Carleo, Bologna, 2018)

⁴⁰ PAJNO A., *Il precedente nel giudizio amministrativo. nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Contratto e Impr.*, 2021, 1, 1.

ha trovato spazio sia nei giudizi in materia di pensioni ordinarie, presso le sezioni centrali e la Sezione regionale siciliana, di neo-istituzione, sia per il contenzioso contabile.

Di vera e propria nomofilachia contabile, sia pure *in nuce*, può, tuttavia, parlarsi all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 4 della legge n. 161/1953 che, da un lato, ha ripreso la ipotesi del contrasto giurisprudenziale, su un "punto di diritto", quale presupposto per l'esercizio del potere di rimessione del "giudizio" alle Sezioni riunite; dall'altro, ha introdotto un analogo potere in capo al presidente della Corte dei conti, per la "risoluzione di questioni di massima di particolare importanza", su istanza delle parti o di ufficio, subordinandone l'esercizio al "consenso delle parti" per «i giudizi per i quali è ammesso l'appello». Si è giustamente notato⁴¹ che la disposizione era simile a quella dell'allora vigente art. 45 del r.d. n. 1054/1924, e, come quella, prevedeva due distinte legittimazioni alla rimessione del "giudizio": una della "sezione giurisdizionale" chiamata a decidere la controversia, e un'altra, da esercitare «prima della discussione», del "presidente della Corte dei conti". E come nella disposizione sul Consiglio di Stato, i presupposti erano diversi: "contrasti giurisprudenziali" per la sezione, una questione "di massima di particolare importanza" per il presidente. La previsione del consenso delle parti era limitata alle sole ipotesi in cui era consentito l'appello dinanzi alle Sezioni riunite avverso le decisioni delle sezioni centrali (che avevano competenza in primo grado nei giudizi di responsabilità e di conto), in quanto la rimessione della causa alle stesse avrebbe comportato la perdita di un grado di giudizio. Le Sezioni riunite, infatti, erano considerate giudici di merito nei cennati giudizi, ma, stante la più ampia composizione, erano deputate a dirimere anche i contrasti giurisprudenziali tra le (due, all'epoca) sezioni centrali, con pacifica convivenza della funzione nomofilattica con quella propria dello *jus dicere*. In via di ulteriore *self restraint*, la rimessione del giudizio da parte della sezione centrale alle sezioni riunite, per dirimere l'insorto contrasto di giurisprudenza, operava solo allorquando si fosse verificato un differente indirizzo fra le sezioni, non già nell'ipotesi di mutamento di giurisprudenza in seno a una medesima sezione, trattandosi, in questo caso, non di contrasto, ma di cambiamento o di evoluzione di giurisprudenza⁴². Diversamente, in materia di pensioni, la rimessione di giudizi per la decisione su punti di diritto controversi non comportava l'attribuzione alle medesime sezioni riunite dell'esame e della pronuncia sul merito dei ricorsi, in quanto l'appello era precluso avverso le sentenze pensionistiche⁴³.

Nel sistema emerso all'indomani della "regionalizzazione"⁴⁴ della giurisdizione contabile, con l'istituzione delle sezioni giurisdizionali regionali, l'appello è stato consentito avverso le sentenze di primo grado dinanzi alle sezioni centrali, ed esteso anche alle pronunce in materia pensionistica, dove era prima radicalmente escluso dal t.u. Corte dei conti (art. 67 r.d. n. 1214/1934). L'art. 1, comma 7, della l. 19/1994 ha devoluto alle Sezioni riunite la cognizione dei "conflitti di competenza" e delle "questioni di massima" deferite dalle sezioni giurisdizionali centrali e regionali, ovvero a richiesta del procuratore generale. La norma ha, da subito, posto un problema di compatibilità con l'art. 4 della l. n. 161/1953, che non era stato (come non risulta tuttora) abrogato espressamente da nessuna

⁴¹ IMPERIALI S., *Appunti sulla nomofilachia delle sezioni riunite della Corte dei conti in sede giurisdizionale*, in www.contabilità-pubblica.it, 2015.

⁴² Corte dei conti, 31 gennaio 1970, n. 27337.

⁴³ Corte dei conti Sez. riunite, 9 aprile 1974, n. 29

⁴⁴ Il processo di decentramento della funzione giurisdizionale è avvenuto in maniera graduale, dapprima con l'istituzione della Sezione per la Regione Sicilia (d.lgs. 6 marzo 1948 n. 655, cit.), e poi, successivamente, della Sezione per la Regione Sardegna (l. 8 ottobre 1984, n. 658), delle Sezioni per le Regioni Campania, Puglia e Calabria (d.l. 13 maggio 1991, n. 152 conv. in l. 12 luglio 1991, n. 203), queste ultime con competenza esclusivamente nelle materie di contabilità pubblica (escluso il contenzioso pensionistico). Soltanto con la legge 14 gennaio 1994 n. 19 (di conversione del d.l. 15 novembre 1993, n. 453) e con la l. n. 20 in pari data, la funzione giurisdizionale è stata radicata in ogni regione, e devoluta alle sezioni centrali la funzione di giudice d'appello. Con il d.l. 23 ottobre 1996 n. 543 conv. in l. 20 dicembre 1996 n. 639 è stata istituita la terza sezione centrale d'appello.

disposizione. Alle Sezioni riunite è spettato il compito di definire il perimetro della funzione “nomofilattica” all’interno del sistema della giustizia contabile.

Una delle prime tematiche affrontate ha riguardato la necessità del “consenso delle parti”, quale condizione dell’esercizio del potere di rimessione. Da subito si è chiarito che, essendo il deferimento della questione di massima divenuto uno strumento «preordinato a soddisfare esigenze di uniforme interpretazione della legge anche nell’ottica del rispetto dell’art. 3 della Costituzione ed in funzione di un interesse superiore a quello insito nel singolo caso - da un lato non dà luogo alla definizione totale del giudizio da parte delle Sezioni riunite stesse le quali decidono solo relativamente al punto di diritto oggetto della questione di massima (salvi i casi in cui la soluzione del punto di diritto possa anche concludere il giudizio senza passare al merito), e, dall’altro, che la sentenza di queste non si sostituisce a quella del giudice remittente »⁴⁵. Il divorzio delle Sezioni riunite dal “merito” della controversia è stato considerato, infatti, incompatibile con la sopravvivenza di una norma (quale appunto l’art. 4 della legge n. 161/1953, *in parte qua*) che subordinava la pienezza del potere del procuratore generale, di agire per l’affermazione di un principio di diritto, alla volontà o alla disponibilità delle parti.

Più problematica si è presentata la soluzione della questione relativa alle condizioni della rimessione. In disparte i conflitti di competenza (che non impattano sullo studio), i primi pronunciamenti delle sezioni riunite hanno escluso che le pronunce rese in sede nomofilattica potessero avere carattere astratto o di mero indirizzo, in quanto «legate ad un concreto presupposto e ad una concreta funzione»: condizionante è stata considerata l’esistenza di un rapporto «di pregiudizialità e connessione con l’esercizio della giurisdizione da parte del giudice remittente». Affinché una questione di diritto potesse essere deferita, la stessa avrebbe dovuto rivestire, nel giudizio in cui si innestava, carattere *lato sensu* pregiudiziale rispetto alla pronuncia da rendere, nella misura in cui avesse dato luogo o potesse dar luogo a incertezze interpretative «eccedenti quelle normali difficoltà che si incontrano nell’esercizio del potere-dovere di decisione»⁴⁶. Il carattere di generalità e obiettiva problematicità ha, pertanto, condizionato la natura “incidentale” della fase rimessa alla cognizione delle Sezioni riunite, di talché la soluzione non avrebbe potuto che essere funzionale alla definizione, in tutto o in parte, del giudizio nel quale fosse stata sollevata. I delineati sbocchi ermeneutici hanno rappresentato, in prima battuta, una perfetta fusione tra il dato normativo vigente fino al 1994 e quello successivo, continuando a limitare l’accesso alla nomofilachia alla pendenza del giudizio e alla sussistenza del requisito della “particolare importanza” della questione di massima sollevata, senza tener conto del mutato contesto normativo. L’importanza è stata anzi collegata alla oggettiva e particolare difficoltà d’interpretazione, recante in sé «il pericolo di indirizzi giurisprudenziali difformi»⁴⁷, con il risultato di saldare i piani normativi. Tra le “questioni di massima” alle quali rinviava l’art. 1, comma 7, l. n. 19/1994, e le “questioni di massima di particolare importanza” (intestate al solo Presidente della Corte dei conti ex art. 4, comma 2, l. n. 161/1953)

⁴⁵ In termini, SS.RR. n. 7/QM/1998 che precisano: “«*premessato che le nuove norme nulla disciplinano in ordine al consenso delle parti - e giustamente si ribadisce, essendo venuta meno la preclusione del doppio grado - non si vede come il diritto riconosciuto dalla legge al P.G. di adire le Sezioni riunite in modo incondizionato possa, invece, dall’interprete ritenersi subordinato al previo consenso altrui con conseguente vanificazione del diritto stesso*». SS.RR. n.16/QM/1998 rileva che «*il fondamento di tale condizione riposava nell’esigenza di tutela dell’interesse delle parti che con il deferimento della questione alle Sezioni riunite avrebbero sostanzialmente perso la praticabilità dell’impugnazione essendo allora le Sezioni riunite stesse l’esclusivo giudice d’appello ed appartenendo, quindi, al medesimo organo giurisdizionale - cosa che oggi non è più - sia la risoluzione della questione di massima che la decisione sull’appello. È logico, quindi, che venisse rimessa alla concorde volontà delle parti la scelta tra le due strade da seguire e che per valutare appieno la preferenza da accordare all’una o all’altra, le parti dovessero conoscere, innanzi tutto, natura e termini della questione di massima proponibile. Ancorché, dunque, taluno volesse ancora sostenere la permanenza di tale condizione - ossia del consenso delle parti - nell’attuale contesto normativo, anche in questo caso la valutazione della questione di massima ai fini della sua ammissibilità si presenterebbe con carattere di assoluta priorità*».

⁴⁶ SS.RR. n. 1/QM/1994; n. 16/QM/1995; n. 32/QM/1996; n. 5/QM/1998; n. 13/QM/1998; n. 8/QM/2004.

⁴⁷ SS.RR. n. 16/QM/1998.

nonché “il contrasto giurisprudenziale su punti di diritto” (ex art. 4, comma 1, l. n. 161 cit.), la prassi giurisprudenziale ha elaborato un percorso circolare, nel quale la verifica in concreto dell’uno o dell’altro presupposto è stata considerata quale condizione sufficiente per accedere alla pronuncia nomofilattica. Pur mancando, nella norma in commento, ogni riferimento al contrasto tra sezioni giurisdizionali nello stesso grado, questa situazione ha legittimato, comunque, il deferimento alle sezioni riunite: gli arresti giurisprudenziali hanno militato in tale direzione, attribuendo rilevanza «sia alle oscillazioni giurisprudenziali di altri giudici sia alla complessità della normazione in materia».⁴⁸

Ad analoghe conclusioni, tuttavia, non si è pervenuti in relazione ai soggetti legittimati al deferimento. In primo luogo, benché la norma del ’94 prevedesse espressamente la facoltà anche in capo alle sezioni regionali, ben presto si è fatta strada l’idea che la non uniforme soluzione, data a una medesima questione in prime cure rispetto al giudizio di appello, non avrebbe potuto essere assunta quale presupposto per il deferimento alle sezioni riunite di una questione di massima per contrasto giurisprudenziale, atteso che tali divergenze sarebbero state proprie della dinamica processuale e avrebbero trovato il loro naturale e fisiologico componimento nel grado d’appello⁴⁹. Il “contrasto verticale”, non sarebbe stato idoneo a raggiungere «il grado di diversità ermeneutica destinata ad arrecare pregiudizio alle esigenze di uniformità e giustizia legate alla pronuncia delle Sezioni riunite chiamate a pronunciarsi sul punto di diritto controverso»⁵⁰.

Più acutamente, si è osservato che proprio il decentramento delle funzioni giurisdizionali della Corte e l’istituzione di un doppio grado generalizzato di giurisdizione (seppure con limitazioni, per motivi di diritto, in materia pensionistica), avevano definitivamente mutato il quadro ordinamentale, con riflessi anche in ordine al formarsi di indirizzi giurisprudenziali. La scelta del legislatore di non inserire il contrasto giurisprudenziale come ipotesi di deferimento alle sezioni riunite, sarebbe dipesa, in definitiva, dalla natura “fisiologica” del conflitto, in concomitanza della diffusione degli organi giurisdizionali, soprattutto se confrontato con il sistema previgente, nel quale il contrasto giurisprudenziale era per le sezioni semplici l’unico veicolo di accesso alle sezioni riunite.⁵¹ Nella cornice così ricostruita, il potere di rimessione giammai avrebbe potuto utilizzarsi «per sovvertire i livelli di giudizio previsti dall’ordinamento»⁵², e, dunque, in caso di “contrasto verticale”. Al contrario, la questione di massima in ipotesi di difformità giurisprudenziale in primo grado, maturata prima di qualsivoglia pronuncia del giudice di appello, ben avrebbe potuto giustificare l’accesso alle sezioni riunite anche per il giudice territoriale, al fine di prevenire o dirimere (se già insorti) eventuali contrasti giurisprudenziali. I dubbi interpretativi avrebbero, infatti, potuto presentarsi sin dalle prime applicazioni, ancor prima del formarsi di un qualsivoglia indirizzo giurisprudenziale, abilitando, per ciò solo, il giudice di primo grado al deferimento, prospettando le varie e differenti soluzioni possibili secondo i divergenti criteri ermeneutici adottandi, nonché i contrastanti effetti di ricaduta sul caso al suo esame⁵³. Qualora, invece, il contrasto giurisprudenziale si fosse consumato in grado d’appello,

⁴⁸ SS.RR. n. 11/Q/1999. SS.RR. n. 22/QM/1999 chiarisce che «ogni questione interpretativa controversa che, pur non avendo dato luogo a contrasti giurisprudenziali sia nondimeno suscettibile di applicazione a fattispecie generalizzate ed esiga, perciò, una soluzione uniforme».

⁴⁹ SS.RR., n. 17/QM/2003, n. 3/QM/2004 e n. 6/QM/2006.

⁵⁰ SS.RR. n. 6/QM/2005.

⁵¹ SS.RR. n. 5/QM/2004: «La coincidenza in queste (sezioni riunite, n.d.r.) delle funzioni di giudice delle questioni di massima e di giudice di appello in materia di responsabilità rende evidente che il contrasto giurisprudenziale doveva riguardare decisioni delle sezioni semplici, così come in materia pensionistica il contrasto non poteva che riguardare decisioni delle sezioni semplici, giudici di unico grado relativamente alle quali poteva sussistere un contrasto giurisprudenziale di ordine orizzontale [...] la rimessione alle Sezioni riunite nel nuovo ordinamento della Corte dei conti è limitata alla soluzione delle “questioni di massima”. In quest’ottica il deferimento delle questioni di massima all’organo giurisdizionale di vertice va vista come bilanciamento tra il principio del libero convincimento del giudice anche in ordine alla interpretazione delle norme positive e l’esigenza della uniformità delle soluzioni giurisprudenziali in funzione di certezza del diritto. Il limite del deferimento è di conseguenza dato dalla effettiva portata della questione»

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*.

stante la definitività della pronuncia in tale grado, il deferimento alle sezioni riunite avrebbe rappresentato l'unico strumento idoneo a risolvere la questione di massima, anche se prospettato come "potenziale", cioè derivante dalla decisione del giudice remittente di ripensare la precedente giurisprudenza, proponendo soluzioni ermeneutiche nuove e diverse.

Ancora in punto di legittimazione attiva, il potere di rimessione attribuito al procuratore generale ha superato positivamente il vaglio di legittimità costituzionale sulla base della specificità della posizione del pubblico ministero che esercita l'azione di responsabilità e agisce sempre nell'interesse oggettivo dell'ordinamento, assumendo il ruolo di "organo di giustizia"⁵⁴. Senonché nei giudizi in materia di pensioni civili, militari e di guerra, in capo al procuratore contabile, l'art. 6, comma 6, della legge n. 19/1994 ha radicato il potere di ricorrere nell'interesse della legge, nonostante l'abrogazione delle disposizioni che prevedevano e disciplinavano l'intervento del procuratore generale. Stando al formante giurisprudenziale sviluppatosi sull'argomento, il deferimento alle sezioni riunite delle questioni di massima in materia pensionistica avrebbe dovuto prescindere dall'interesse delle parti, e perseguire l'interesse oggettivo «alla realizzazione dell'ordinamento giuridico e quindi l'interesse alla interpretazione uniforme della legge in una materia nella quale questo bene giuridico appare di fondamentale rilevanza per assicurare una risposta giuridica il più omogenea possibile a domande che investono l'ambito applicativo della legge e di impedire la violazione della legge

⁵⁴ Corte costituzionale 2 novembre 1996, n. 375 rammenta che l'art. 4 della legge 21 marzo 1953, n.161, contemplava la facoltà per le sezioni giurisdizionali della Corte dei conti di deferire alle sezioni riunite i giudizi per i quali il punto di diritto sottoposto al loro esame avesse dato luogo a contrasti giurisprudenziali ed analoga facoltà era prevista per il Presidente della Corte dei conti in ordine ai giudizi che rendessero necessaria "la risoluzione di questioni di massima di particolare importanza". Su tale disciplina, si è innestata la disposizione sospettata di incostituzionalità, secondo la quale «le sezioni riunite della Corte dei conti decidono sui conflitti di competenza e sulle questioni di massima deferite dalle sezioni giurisdizionali centrali o regionali, ovvero a richiesta del Procuratore generale». Secondo i giudici costituzionali, la questione è inammissibile per i profili attinenti alla pretesa violazione degli artt.3, 24 e 25, primo comma, della Costituzione. in quanto priva del requisito della "rilevanza": la pretesa di sindacare la conformità a Costituzione del potere conferito dall'ordinamento al Procuratore generale di adire le sezioni riunite, si risolve in realtà nel porre in discussione la legittima investitura di queste ultime in ordine alle materie previste dall'art. 1, comma 7, del decreto-legge n. 453 del 1993. In questi termini, la sede ove una siffatta questione potrebbe eventualmente rilevare è quella del giudizio innanzi alle sezioni stesse, al momento della verifica da parte di queste ultime dei presupposti della propria competenza. Come in sue precedenti pronunzie, la Consulta ribadisce che, per potersi ravvisare il requisito della rilevanza in concreto della questione proposta, è in ogni caso necessario che la norma impugnata sia applicabile nel giudizio *a quo* e non, invece, come nella specie, in una fase processuale anteriore (sentenza n. 247 del 1995). A riprova di ciò sta il fatto che gli atti compiuti in quest'ultima non sarebbero certamente resi inefficaci da un'eventuale pronuncia di incostituzionalità nei termini sollecitati dal rimettente, non avendo esso alcun potere di far caducare o comunque modificare la pronuncia emessa dalle sezioni riunite della Corte dei conti. Quanto, poi, all'art. 101, secondo comma, della Costituzione, la censura presenta due profili, dei quali l'uno, inammissibile, e l'altro ammissibile, ma infondato. Pur a prescindere da ogni questione sull'esatta individuazione della disposizione che conferisce carattere vincolante alle sentenze delle sezioni riunite, non è stato ritenuto violato l'art. 101, secondo comma, della Costituzione, in quanto la pronuncia del giudice rimane pur sempre sotto l'imperio della legge, anche se egli è tenuto a formare il suo convincimento con riguardo a ciò che ha deciso altra sentenza emessa nella stessa causa (sentenza n. 234 del 1976), mentre il deferimento alle sezioni riunite di una questione di massima -- preordinato ad esigenze di uniforme interpretazione della legge, nell'ottica dell'art. 3 della Costituzione e in funzione di un interesse palesemente trascendente quello del singolo caso - non dà luogo alla definizione del giudizio da parte delle sezioni stesse, che decidono soltanto in ordine al punto oggetto della questione medesima. Sotto altro aspetto, non può negarsi al giudice la facoltà di sollevare questione di legittimità costituzionale di norme di cui egli, a seguito di una sentenza emessa in una precedente fase, sia tenuto a fare applicazione (in tal senso v., da ultimo, sentenze n. 314 del 1996 e n. 247 del 1995). Tuttavia, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza di questa Corte, il principio del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione della giustizia attiene solo alle leggi che definiscono l'ordinamento degli uffici giudiziari ed il loro funzionamento sotto l'aspetto amministrativo, restando, per contro, estraneo alla tematica dell'esercizio della funzione giurisdizionale (sentenze n. 313 del 1995; n. 428 del 1993; n. 376 del 1993; n. 140 del 1992). Di qui l'inidoneità, a prescindere da ogni altra considerazione, dell'invocato parametro a sorreggere la prospettata questione.

nell'applicazione di principi di diritto»⁵⁵. In questo senso, in piena sovrapposibilità con il ricorso del procuratore generale presso la Corte di cassazione, come disciplinato dall'art. 363 c.p.c. dopo le modifiche di cui al d.lgs. n. 40/2006, il deferimento in esame è nato per perseguire una nomofilachia “pura”, protesa alla stabilizzazione degli orientamenti contrastanti, e, come tale, distinto nettamente dal ricorso nell'interesse dell'erario, disciplinato dall'art. 76 reg. proc., e rimesso all'iniziativa sia del procuratore regionale per i giudizi di pertinenza della sezione territoriale, sia al procuratore generale, per quelli di appello.

Nel nuovo corso, non ha avuto cittadinanza il previgente potere di deferimento attribuito al Presidente della Corte, ritenendosi che la nuova norma avesse perimetrato la legittimazione attiva alle sezioni giurisdizionali e al Procuratore generale, con implicita l'abrogazione dell'art. 4 cit., *in parte qua*. La natura abrogante della norma sopravvenuta (avallata anche dal Giudice delle leggi) ha trovato rimedio soltanto con l'art. 42, comma 2, della l. n. 69/2009 che, con tecnica additiva, ha inserito nell'art. 1, comma 7, della l. n.19/1994, i due seguenti periodi: «Il Presidente della Corte può disporre che le sezioni riunite si pronuncino sui giudizi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme alle sezioni giurisdizionali, centrali o regionali, e su quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza»; «Se la Sezione giurisdizionale, centrale o regionale, ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni riunite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del giudizio». Tralasciando per il momento l'analisi di questa seconda disposizione – che impatta sugli effetti delle pronunce nomofilattiche, di cui ci si occuperà in seguito – il ripristino del potere di deferimento in capo al Presidente della Corte ha suscitato un ampio dibattito. All'indomani della sua entrata in vigore, le stesse Sezioni riunite⁵⁶ hanno sollevato dubbi di legittimità costituzionale in ragione del possibile contrasto con il principio del giudice naturale precostituito per legge *ex art. 25 Cost.* nonché con il principio del giusto processo e di difesa di cui agli artt. 24 e 111 Cost. e di terzietà del giudice *ex art. 102 Cost.* Il Giudice delle leggi ha respinto i singoli profili di censura⁵⁷, evidenziando, anche alla luce dei lavori preparatori, che la

⁵⁵ La rimessione viene interpretata quale espressione della “generale azione nell'interesse della legge”, e, dunque, in chiave strettamente “nomofilattica”, allo scopo di “prevenire” possibili futuri contrasti interpretativi, pur in assenza della qualità di “parte processuale” (SS.RR. 6/QM/1998; poi anche, con qualche distinguo, SS.RR. 15/QM/2003); sul tema LONGAVITA F., op. cit. ricorda che il ricorso del procuratore *ex art. comma 6, della l. n.19/1994* ha funzione nomofilattica specifica, ossia vale a perseguire la “esatta” ed “uniforme” interpretazione della “legge” nella pensionistica pubblica.

⁵⁶ Ordinanza dell'8 aprile 2010, iscritta al n. 195 del registro ordinanze 2010 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 26, prima serie speciale, dell'anno 2010.

⁵⁷ Corte cost. 27 novembre 2011 n. 30, afferma: «*Orbene, se queste affermazioni valgono a giustificare lo spostamento di competenza da un organo giurisdizionale ad un altro, a maggior ragione consentono di superare il dubbio relativo alla violazione dell'art. 25, primo comma, Cost., avanzato con riferimento alla scelta compiuta dalla norma in esame. Tale norma, infatti, si limita a consentire il deferimento di una questione di diritto, avente carattere incidentale, ad un'articolazione interna della Corte dei conti, quali sono, in effetti, le Sezioni riunite. Dal momento che, secondo la giurisprudenza costituzionale (sent. 419 del 1998), il principio di precostituzione del giudice naturale non può operare nella ripartizione, tra sezioni interne, “dei compiti e delle attribuzioni” spettanti ad un determinato ordine giurisdizionale (ordinanza n. 181 del 2001), è evidente come la norma censurata - stabilendo a priori dei criteri generali di risoluzione delle questioni idonei ad individuare il giudice munito della potestà di fissare, in via incidentale, il principio di diritto relativo ad una questione di massima di dubbia interpretazione - si sottragga ai vizi di costituzionalità denunciati. In altri termini, il legislatore ha ritenuto, nell'esercizio della sua discrezionalità, che, in presenza di determinati presupposti puntualmente indicati, il Presidente della Corte possa, al fine di assicurare il fondamentale valore rappresentato dalla omogeneità nell'applicazione e nell'interpretazione del diritto, esercitare il potere di deferimento alle Sezioni riunite delle questioni di massima. E deve anche rilevarsi come, contrariamente a quanto sembra sostenere il giudice remittente, le Sezioni riunite, in sede giurisdizionale, nell'esercizio della loro funzione nomofilattica, si limitino a fissare il principio di diritto, demandando la decisione nel merito della controversia alle singole sezioni, salvo il potere di queste di non condividere il principio enunciato dalle Sezioni riunite e rimettere ad esse la decisione del giudizio. Non è, pertanto, esatto che il Presidente della Corte dei conti possa d'ufficio, e dunque a prescindere da qualsiasi impulso di parte, “prelevare” un giudizio pendente presso una sezione giurisdizionale e portarlo, per la decisione, innanzi alle Sezioni riunite. Il Presidente della Corte non ha, infatti, il potere di “trasferire” il giudizio da una sezione giurisdizionale alle Sezioni riunite; può soltanto deferire a queste ultime l'esame della questione di massima, fermo restando, tuttavia, che il*

ragione che ha ispirato la scelta legislativa è stata quella di aggiungere, al fine di potenziare il potere nomofilattico delle Sezioni riunite, un'ulteriore forma di accesso alle predette sezioni da parte del Presidente della Corte, in linea con quanto previsto dall'art. 374 c.p.c.

In modo del tutto innovativo, il Codice della giustizia contabile riconosce nelle Sezioni riunite in sede giurisdizionale della Corte dei conti l'Organo che assicura la «uniforme interpretazione» e la «corretta applicazione» delle norme di contabilità pubblica e delle altre sottoposte alla giurisdizione contabile. L'articolo 11 segna una chiara evoluzione rispetto al precedente quadro normativo. Pur mantenendo il sintagma “uniforme interpretazione” già proprio dell'art. 65 ord. giud.⁵⁸, alla garanzia della “esatta osservanza” si sostituisce quella della “corretta applicazione”. La prima locuzione rinvia, come detto, all'idea che ogni concetto definitorio della classe reca in sé un significato intrinseco e immutabile che, nel caso del precetto normativo, spetta al giudice “scoprire”; la qualificazione della fattispecie concreta e la successiva “sussunzione” nella fattispecie astratta altro non sono se non attività di identificazione e sovrapposizione tra il perimetro della norma e il perimetro del fatto: compiuta tale operazione, residua una e una sola “qualificazione corretta” e dunque esatta. La seconda locuzione parte dal presupposto che, al contrario, il linguaggio sia convenzione e che a ogni parola potrebbe essere attribuita una quantità infinita di significati: quando il giudice decodifica la norma per rintracciare in essa il fondamento regolatorio del fatto, abbina al fatto e contestualmente alla

*giudizio resta incardinato nella sezione davanti alla quale pende e alla quale - dopo la pronuncia delle Sezioni riunite - gli atti devono ritornare per l'ulteriore seguito, con la specificazione innanzi illustrata. Non possono, quindi, ritenersi violati da parte della norma censurata i principi di precostituzione e quello di terzietà del giudice. Né può ritenersi, come sostenuto dal remittente, che il potere di deferimento sia esercitato da una parte del processo. Sul punto è agevole rilevare come debba escludersi che al Presidente della Corte dei conti, quando esercita tale potere, possa essere attribuita la qualità "di parte" del processo. Al Presidente della Corte, anche nell'esercizio di detto peculiare potere di deferimento, deve essere riconosciuto senza dubbio la qualità di "giudice terzo e imparziale", la cui attività è esclusivamente diretta ad assicurare l'esatta osservanza della legge, nell'interesse, in definitiva, degli utenti del "servizio giustizia". Quanto, infine, alla dedotta violazione dei parametri costituzionali in esame, in ragione della asserita "autonomia" delle sezioni giurisdizionali della Corte, deve ribadirsi come sia fuori di dubbio che, quanto alle sezioni centrali di appello della Corte, che vengono in rilievo nel presente giudizio per le ragioni già dette, le Sezioni riunite non si trovano affatto nella situazione di differenziazione ordinamentale richiamata dall'ordinanza di rimessione. Dette sezioni, infatti, come si è già precisato, rappresentano una articolazione interna della Corte nella sede giurisdizionale di appello avverso le sentenze rese dai primi giudici in sede regionale. Né, agli indicati effetti, assume un particolare rilievo significativo la circostanza che la questione di massima sia portata all'esame di «un giudice costituito nominativamente dallo stesso Presidente della Corte ai sensi dell'art. 11, comma 7, della legge 4 marzo 2009, n. 15» (Delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e alla Corte dei conti). È sufficiente considerare, una volta ammesso che le Sezioni riunite rivestono, come si è sopra chiarito, la natura di articolazione interna del plesso giurisdizionale centrale della magistratura contabile, che non sussiste alcuna differenziazione nelle modalità di composizione delle Sezioni riunite con specifico riguardo alla ipotesi in cui il deferimento delle questioni di massima involga controversie rientranti nella competenza del giudice di appello». Sul tema, si veda CROCI M., *La lunga marcia* del precedente: la nomofilachia come valore costituzionale? in *Contratto e impresa*, 4-5/2011.*

⁵⁸ ROVELLI L., *Riflessioni sul tema del pluralismo delle giurisdizioni*, in www.questionegiustizia.it, 2021 ricorda che: «È stato acutamente individuato da Claudio Consolo nel testo dell'art. 65, n. 1, "un singolare, non casuale chiasmo": quello di assegnare alla Corte non il compito della custodia "della esatta interpretazione e della uniforme osservanza" – espressioni compatibili con il consueto compito giurisdizionale della tutela dei diritti applicando la legge –, ma "uniforme interpretazione... e quasi militarmente esatta osservanza"». L'osservazione vale a sottolineare la accentuata rilevanza della curvatura del disegno della funzione fondamentale della Corte verso la tutela di ciò che chiamiamo lo *ius constitutionis*. Ma appare possibile invece rilevare con Taruffo che, se l'espressione “esatta osservanza” è chiara eco della teoria formalistica del diritto, quasi a indicare il livello di assoluta certezza del risultato interpretativo correttamente svolto, perché il concetto di esattezza si lega a quello di calcolo, cioè di un'operazione deduttivistica che individua un unico significato esatto ed uno solo, l'altro compito, quello di perseguire “l'uniforme interpretazione”, incrina quella premessa e spinge piuttosto verso l'assunzione di scelte ben argomentate e per questo dotate di intrinseca capacità precedenziale. Il fatto che l'“uniformità” sia stata aggiuntivamente richiesta rispetto al testo del precedente regolamento generale giudiziario ha l'effetto di relativizzare il concetto stesso di esattezza, non potendo ciò che è ontologicamente esatto non comprendere in sé l'uniformità, la costanza del proprio predicato”.

norma uno dei possibili significati, che a sua volta è corretto o non corretto solo nella misura in cui è condiviso o non condiviso da altri giudici. Nella valutazione di correttezza, tuttavia, riportarsi a canoni di ragionevolezza esterni ed estranei alla norma da applicare, che possono a loro volta essere di ordine “formale” - in quanto il percorso argomentativo (*l'internal justification*) della decisione deve essere immune da vizi logici e da costruzioni astruse o fallaci – e di ordine sostanziale – in quanto il ragionamento (*l'external justification*) deve essere valido alla stregua degli interessi che la norma intende tutelare, in relazione anche ai valori espressi nella Carta costituzionale. La correttezza della decisione dipende, dunque, dalla sua “ragionevolezza”. Al giudice nomofilattico contabile spetta garantire che l’applicazione del sistema delle regole che presiedono alla contabilità pubblica sia “corretta”, cioè rispondente a canoni di ragionevolezza, anche sul piano dei beni-interessi di rango costituzionale, poiché le norme non sono né vere né false, la relativa verifica non si può basare sulla verità, ma sulla correttezza (*Richtigkeit*). Ogni decisione, tuttavia, se supera indenne il vaglio di “correttezza”, si pone come «come modello di decisione per i casi simili»⁵⁹, assumendo con ciò la forza di “precedente”. Il legislatore del 2016 assegna all’organo di vertice della magistratura contabile un compito di mero orientamento della produzione giurisprudenziale, ammettendo che la stessa vaghezza delle fonti, e l’intrinseca polisemia di espressioni lessicali mutuata dalle relazioni commerciali, determinano il rischio di molteplici registri interpretativi, tutti compatibili con la *ratio legis*, dei quali solo uno può essere adatto alle finalità perseguite in quel contesto e in quel momento.

L’interpretazione delle norme di contabilità pubblica e di quelle che governano tutti gli altri settori nei quali è riconosciuta la giurisdizione della Corte dei conti (art. 1 c.g.c.) diventa appannaggio esclusivo dell’organo di nomofilachia interna, che, tuttavia, non aspira a conferire “unità” al diritto oggettivo, ma a conformare, nel bilanciamento tra esigenze di certezza giuridica e libero convincimento del giudice, gli orientamenti giurisprudenziali secondo parametri costituzionali ed eurounitari. Al tempo stesso, la locuzione non può esaurire la sua portata nella dimensione interna della magistratura contabile, in quanto il suo tenore letterale getta le basi di un dialogo alla pari con la giustizia ordinaria e con quella amministrativa, nel convincimento che il policentrismo nomofilattico rappresenti un valore aggiunto⁶⁰, pur nella fluidità della produzione normativa e dei diversi livelli di interpretazione.

4. Aspetti processuali

La funzione nomofilattica nell’ambito delle attività giurisdizionali della Corte dei conti trova la sua disciplina negli artt. 11 e 114 ss. del codice della giustizia contabile. L’art. 11 devolve alle Sezioni riunite in sede giurisdizionale, come si è detto, il compito di garantire «l’uniforme interpretazione e la corretta applicazione delle norme di contabilità pubblica e nelle altre materie sottoposte alla giurisdizione contabile». Nello stesso contesto, le Sezioni riunite sono definite quale “articolazione” delle sezioni d’appello, con la conseguenza che va esclusa, in capo al legislatore delegato del 2016, la volontà di creare un nuovo organo all’interno della compagine organizzativa della magistratura contabile e soprattutto di sottrarre un ambito di competenza al giudice naturale preconstituito per legge. In ossequio ai canoni espressi dalla Corte costituzionale, infatti, il principio di certezza del giudice,

⁵⁹ Per FOLLIERI F. *Correttezza (richtigkeit) e legittimazione del diritto giurisprudenziale al tempo della vincolatività del precedente*, Diritto Amministrativo, fasc.01-02, 2014, pag. 265, la reiterazione di un determinato orientamento interpretativo e applicativo di una disposizione, tratto dalle *rationes decidendi* di casi simili, fonda la sua efficacia normativa. Ogni singolo atto giuridico della serie non produce la norma, ma propone la propria soluzione come decisione corretta (*richtig*).

⁶⁰ VIOLANTE L., *Per una concezione “non proprietaria” della giurisdizione*, in www.questionegiustizia.it, Vol. 1/2021 La pluralità delle giurisdizioni in un moderno ordinamento policentrico costituisce una ricchezza che corrisponde al pluralismo dei poteri e allo sviluppo dei diritti individuali e collettivi. Sarebbe perciò una dannosa cultura “proprietaria” della giurisdizione, quella che rivendicasse spazi di intervento a danno dell’altra e non considerasse che la pluralità delle giurisdizioni è un servizio per i cittadini e i poteri pubblici, non campo di rivendicazione per l’una o l’altra magistratura.

di cui all'art. 25, primo comma, Cost., è efficacemente espresso nel concetto di precostituzione del giudice, «vale a dire nella previa determinazione della competenza, con riferimento a fattispecie astratte realizzabili in futuro, non già, a posteriori, in relazione, come si dice, a una regiodicanda già insorta»⁶¹. La necessità che un giudice preesista, sia stato istituito dalla legge sulla base di criteri generali fissati in anticipo, non in vista di singole controversie, e non a posteriori in relazione a un fatto già verificatosi, è ampiamente rispettata nel caso di specie, laddove la norma si limita a stabilire *a priori* i criteri generali di risoluzione delle questioni, individuando il giudice munito della potestà di fissare, in via incidentale, il principio di diritto. L'art. 11, comma 1, c.g.c. non altera, dunque, il riparto di competenza interno ma si limita a consentire il deferimento di una questione di diritto ad un'articolazione interna della Corte dei conti, limitandosi a incidere (peraltro in perfetta continuità con il passato) sui «presupposti o i criteri in base ai quali deve essere individuato il giudice competente».

Le Sezioni riunite sono presiedute dal Presidente della Corte dei conti o da uno dei presidenti di sezione di coordinamento (art. 11, comma 2, c.g.c.): in realtà, per effetto della delibera n. 79/CP/2021 del 26 marzo 2021, come aggiornata dalla delibera n. 275 del 15 novembre 2021, la pianta organica prevede un posto di funzione per detto organo, con l'effetto che ormai le Sezioni riunite in sede giurisdizionale sono, di norma, presiedute dal Presidente di coordinamento, designato su apposito interpello. Ad esse è assegnato un numero di magistrati determinato all'inizio di ogni anno dal Presidente della Corte dei conti, sentito il Consiglio di presidenza: si tratta, pertanto, di un potere dell'organo di vertice della magistratura contabile, da esercitare in via monocratica, previo parere (obbligatorio ma non vincolante) del Consiglio di presidenza. La norma primaria si preoccupa anche di individuare il numero dei magistrati che vanno a comporre il collegio giudicante (sei magistrati, oltre al presidente), «individuati all'inizio di ogni anno, preferibilmente tra quelli in servizio presso le sezioni giurisdizionali di appello, sulla base di criteri predeterminati». L'indicazione di una precisa cadenza temporale appare il chiaro sintomo della volontà di stabilire una contestuale rotazione annuale, con la conseguenza di porre rimedio alla deprecabile prassi di decreti presidenziali che prorogano, di anno in anno, la composizione delle sezioni riunite, con inevitabili riflessi anche sulla composizione dei collegi giudicanti. E, tuttavia, è stato rilevato⁶² che la composizione del contingente posto a disposizione dell'organo sia rimasto, sostanzialmente, appannaggio esclusivo del Presidente della Corte, al quale compete stabilire, di anno in anno, i “criteri” che egli stesso predetermina, essendo in ciò limitato esclusivamente dall'avverbio “preferibilmente” utilizzato per indicare che la scelta dei magistrati deve avvenire tra i giudici in servizio presso le sezioni d'appello (restando cioè del tutto legittimo l'inserimento di magistrati in servizio presso le sezioni regionali). Alle delineate lacune si è posto rimedio con due recenti interventi normativi: uno di fonte primaria; l'altro, di fonte interna⁶³. Il primo è rappresentato dalla locuzione “mediante interpello” aggiunta all'art. 11, comma

⁶¹ Corte costituzionale, sentenza n. 30/2011 cit. che rinvia alla propria sentenza n. 88 del 1962 e n. 452 del 1997, n. 419 del 1998, n. 237 del 2007. Sulla natura “interna” dell'organo di nomofilachia, EVANGELISTA P., in *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni e controlli*, Aa.Vv. a cura di Tenore V., Milano, Giuffrè 2004, pag. 465 e ss.).

⁶² Mi sia consentito il rinvio a RAZZANO M. C. in *Codice della giustizia contabile, commentato articolo per articolo*, Maggioli Ed., 2016, sub. art. 11, pag. 70 ss.

⁶³ Peraltro, all'interno dell'Ufficio, rimane del tutto privo di regolazione l'assegnazione dell'affare. La Corte costituzionale, con sentenza n. 257 del 2017, ha notato che, nel respingere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 33, comma 1, del codice di procedura penale, aveva già precisato che i «criteri di assegnazione degli affari nell'ambito di tali organi esulano dalla nozione generale della loro capacità» e che nel «disegno normativo, è dunque evidente la differenza tra le condizioni di capacità del giudice ed i criteri di assegnazione degli affari», ha conclusivamente affermato che tutto questo però «[...] non significa che la violazione dei criteri di assegnazione degli affari sia priva di rilievo e che non vi siano, o che non debbano essere prefigurati, appropriati rimedi dei quali le parti possano avvalersi» (sentenza n. 419 del 1998). La giurisprudenza di legittimità, sia civile (ex plurimis, Corte di cassazione, sezione lavoro, 25 gennaio 2017, n. 1912; Corte di cassazione, terza sezione, 3 ottobre 2016, n. 19660; Corte di cassazione, sesta sezione, 14 gennaio 2013, n. 727; Corte di cassazione, seconda sezione, 14 dicembre 2007, n. 26327; Corte di cassazione, terza sezione, 18 gennaio 2000, n. 489) che penale (Corte di cassazione, quarta sezione, sentenza 12 maggio 2017, n. 35585;

5, per effetto del primo correttivo al codice della giustizia contabile (d.lgs. 7 ottobre 2019, n. 114, art. 5, comma 1, lett. b): è stata, per tale via, introdotta una selezione degli aspiranti mediante una procedura aperta e accessibile. Il secondo ha seguito la strada della normazione regolamentare, in quanto con delibera 267/CP/2021, del 3 novembre 2021, lo stesso organo di amministrazione della giustizia contabile ha precisato che il contingente cui attingere per la formazione dei collegi delle Sezioni riunite in sede giurisdizionale è formato da n. 30 Consiglieri e/o Primi referendari, dei quali fanno parte: n. 17 Consiglieri in servizio, in assegnazione principale, presso le Sezioni giurisdizionali di appello, centrali e siciliana, e n. 13 Consiglieri o Primi referendari in servizio, in assegnazione principale, presso le Sezioni giurisdizionali regionali, che abbiano maturato almeno cinque anni di anzianità e due anni consecutivi di esperienza nell'area giurisdizionale, giudicante e/o requirente. E dunque, l'anzianità di servizio di almeno 5 anni e l'esperienza in area giurisdizionale almeno biennale costituiscono esplicite condizioni per l'accesso all'esercizio della funzione nomofilattica. Al fine, poi, di rendere quanto più possibile oggettivi i criteri di selezione, è stata prevista la formazione di una graduatoria sulla base dei seguenti punteggi: 1 punto per ogni anno di servizio; 0,50 di punto, per ciascun componente del Consiglio di presidenza, per l'attribuzione del punteggio discrezionale (per

Corte di cassazione, sesta sezione, sentenza 12 marzo 2015, n. 13833; Corte di cassazione, sezione feriale, sentenza 1° agosto 2013, n. 35729; Corte di cassazione, sesta sezione, sentenza 15 novembre 2012, n. 46244; Corte di cassazione, sesta sezione, sentenza 4 maggio 2006, n. 33519), ha poi ritenuto che le decisioni assunte in contrasto con le disposizioni di assegnazione delle cause all'interno dell'ufficio non integrano un vizio di costituzione del giudice, ma comportano una violazione di carattere interno che, in difetto di un'espressa sanzione di nullità, non incide sulla validità degli atti né è causa di nullità del giudizio o della sentenza. Conforme risulta l'orientamento del giudice contabile (Corte dei conti, seconda sezione d'appello, 6 ottobre 2008, n. 315). «4.3.– Quanto alla tematica dei criteri obiettivi e predeterminati da parte degli organi di autogoverno per l'assegnazione degli affari e per l'esplicitazione dei poteri organizzativi dei capi degli uffici giudiziari (sentenza n. 272 del 1998), si deve rammentare che per la giurisdizione ordinaria la relativa disciplina prevede «[...] l'applicazione del c.d. sistema delle tabelle e, più recentemente, a seguito di specifica disposizione legislativa, l'indicazione da parte del consiglio superiore della magistratura, in via generale, dei criteri obiettivi sia per l'assegnazione degli affari penali (art. 7-ter della legge sull'ordinamento giudiziario aggiunto dall'art. 4 del d.P.R. n. 449 del 1988), sia per l'applicazione dei magistrati (art. 1 della legge 16 ottobre 1991, n. 321 di modifica dell'art. 110 della medesima legge sull'ordinamento giudiziario)» (sentenza n. 272 del 1998); parimenti è avvenuto anche per la giustizia amministrativa e per la giustizia tributaria, con le disposizioni recate rispettivamente dall'art. 13, comma 1, numeri 5), 6) e 6-bis), della legge n. 186 del 1982 e dagli artt. 6 e 24, comma 1, lettere f) e g), del d.lgs. n. 545 del 1992. Con specifico riferimento al Consiglio di presidenza della Corte dei conti, organo di autogoverno della magistratura contabile istituito dall'art. 10 della legge 13 aprile 1988, n. 117 (Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati), questa Corte, con la sentenza n. 272 del 1998, ha sostenuto che il soddisfacimento delle predette esigenze di tutela di indipendenza e imparzialità non comportasse di per sé l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 3, lettera a), del d.l. n. 453 del 1993, ma ben potesse avvenire attraverso l'esplicitazione dei criteri per l'assegnazione degli affari da parte dell'organo di autogoverno della magistratura contabile, con modalità analoghe a quelle della giurisdizione ordinaria, non potendovi essere alcun dubbio «sull'importanza delle garanzie dell'indipendenza e terzietà della funzione anche per la magistratura della Corte dei conti, alla stregua della previsione dell'art. 108 della Costituzione, tant'è che per essa risulta istituito (art. 10 della legge 13 aprile 1988, n. 117) un Consiglio di Presidenza al quale sono affidate le deliberazioni sulle assunzioni, assegnazioni di sedi e di funzioni, trasferimenti e promozioni e su ogni altro provvedimento riguardante lo stato giuridico dei magistrati» e che tanto potesse «[...] aver luogo proprio nell'ambito di detti poteri discrezionali, quale manifestazione ed esercizio dei medesimi, senza necessità né di una specifica previsione legislativa né, tantomeno, di un intervento additivo di questa Corte» (sentenza n. 272 del 1998). Occorre tuttavia evidenziare che la situazione considerata da questa Corte in occasione della predetta decisione è significativamente mutata a seguito dell'entrata in vigore della legge 4 marzo 2009, n. 15 (Delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e alla Corte dei conti). Infatti, per effetto dell'art. 11, comma 7, della legge n. 15 del 2009, gran parte delle competenze prima riconosciute all'organo di autogoverno della magistratura contabile sono state trasferite a un organo monocratico, il Presidente della Corte dei conti, qualificato «organo di governo dell'istituto», e tale disposizione, al successivo comma 8, oltre ad aver definito il Consiglio di presidenza della Corte dei conti non più organo di autogoverno bensì «organo di amministrazione del personale di magistratura», afferma che lo stesso «esercita le funzioni ad esso espressamente attribuite da norme di legge», mentre, parallelamente, il comma 7 del medesimo articolo prevede che il Presidente della Corte dei conti «esercita ogni altra funzione non espressamente attribuita da norme di legge ad altri organi collegiali o monocratici della Corte».

un totale di 5,5 punti), secondo i criteri previsti dall'art. 6, comma 1, lettera c), della delibera n. 231/CP/2019, del 5 novembre 2019, ss.mm.ii..

La disposizione codicistica conferma la legittimazione attiva in capo a tre organi: le sezioni giurisdizionali d'appello, il Presidente della Corte e il Procuratore regionale, che la esercitano in modo del tutto autonomo e “concorrente”, in quanto l'unico limite può rinvenirsi nel rispetto del principio del *ne bis in idem*, ossia nella impossibilità di provocare una nuova pronuncia sullo stesso tema, in assenza di novità normativa o di nuova prospettata interpretazione⁶⁴. Scompare, di contro, il ricorso nell'interesse della legge e la rimessione su iniziativa delle sezioni regionali. Sotto quest'ultimo aspetto, nonostante la sopravvivenza formale dell'art. 1, comma 7, della legge 14 gennaio 1994, n. 19, alle sezioni regionali deve ritenersi precluso il deferimento, risultando tale facoltà incompatibile con il nuovo assetto definito nel codice della giustizia contabile⁶⁵, e con «un primo essenziale ruolo nomofilattico di armonizzazione e consolidamento interpretativo del diritto vivente»⁶⁶, assegnato alle sezioni d'appello. Quanto alla possibile permanenza del ricorso nell'interesse della legge, da parte (anche) del pubblico ministero nella materia pensionistica, l'art. 171 c.g.c. ne attesta la sopravvivenza nel nuovo sistema: anzi, proprio la totale estraneità ai giudizi pensionistici della parte pubblica, consente di prescindere dall'interesse di parte (e quindi dal suo presupposto, ossia dalla soccombenza in giudizio) e sancirne il “*fine di tutelare l'interesse oggettivo alla realizzazione dell'ordinamento giuridico, impedire la violazione della legge nell'applicazione di principi di diritto e ottenerne l'interpretazione uniforme*”. E, tuttavia, si tratta di un'ordinaria impugnazione che deve riconoscersi in via principale innanzi alle sezioni giurisdizionali d'appello, con la conseguenza che la decisione rimane circoscritta al singolo giudizio, con i limiti soggettivi e oggettivi che esso presenta.

Tra la rimessione decisa dalle sezioni d'appello e quella su iniziativa del Presidente o del Procuratore Generale sussistono, tuttavia, molteplici differenze.

Alle sezioni d'appello è intestato il deferimento sulle sole “questioni di massima” (art. 114, comma 1, c.g.c.): come già nelle riforme del 1994-1996, non v'è traccia del “punto di diritto” sottoposto al loro esame, che possa aver dato luogo o in futuro dar luogo a decisioni tra loro difformi. Di tale locuzione rimane, infatti, traccia nel testo dell'art. 99 c.p.a. sul presupposto che l'adunanza plenaria possa ancora decidere l'intera controversia, salvo che ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente. Le Sezioni riunite, al contrario, pur essendo articolazione delle sezioni d'appello, sono state private di ogni decisione di merito e, a differenza anche delle Sezioni unite della Corte di cassazione – alle quali pure è attribuito il potere di enunciare il principio di diritto e decidere del merito della controversia, qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto, *ex art. 384 c.p.c.* – una volta indicato il principio di diritto, devono rimettere la decisione di merito alle sezioni d'appello. La decisione sulla rimessione rimane discrezionale, non essendo previsto alcun obbligo a carico dei giudici dell'impugnazione ad affidare la decisione della questione al consesso allargato, e, tuttavia, tale scelta non può prescindere dalla pendenza di un giudizio di impugnazione. Si assiste, pertanto, a un'ibridazione di strutture processuali: diversamente

⁶⁴ In termini già SS.RR. n. 14/QM/1998; di recente SS.RR: n. 2/QM/2018.

⁶⁵ SS.RR. 1/QM/2018 che perviene alla conclusione anche in forza della «relazione illustrativa al codice di giustizia contabile (paragrafo n. 10.1) che fa espresso riferimento ad una ridefinizione, operata dal Legislatore, della precedente disciplina sul deferimento delle questioni di massima e giustifica l'esclusione, da parte delle Sezioni giurisdizionali territoriali, della possibilità di deferire questioni di massima alle Sezioni riunite della Corte con la necessità di riportare la c.d. “difficoltà verticale” nell'ambito, più propriamente fisiologico, della divergenza tra orientamenti giurisprudenziali e con lo scopo di valorizzare, in ragione del principio di ragionevole durata del processo, il vaglio del Giudice di appello». Nella pronuncia, tuttavia, i giudici auspicano un ripensamento da parte del Legislatore considerando che al giudice di primo grado non è preclusa la partecipazione ai collegi nomofilattici delle stesse Sezioni riunite, né la legittimazione ad adire la Corte europea per l'interpretazione del diritto comunitario, né tanto meno a promuovere questioni di legittimità costituzionale.

⁶⁶ SS.RR. n. 10/QM/2011; nello stesso senso, n. 1/QM/2010 e n. 8/QM/2010.

dal giudizio per cassazione – nel quale l'enunciazione del principio germina nell'ambito del ricorso per cassazione, e opera entro i confini del rimedio impugnatorio, con la conseguenza che laddove accolgano il ricorso e non facciano uso del potere di decisione nel merito di cui all'art. 384, comma 2, cit., le sezioni semplici devono rimettere al giudice di pari grado a quello che ha adottato la sentenza cassata – nel processo contabile le Sezioni riunite svolgono ormai una funzione più precipuamente “nomofilattica”, in quanto all'indicazione del principio di diritto si perviene per il tramite sì di una causa pendente in grado d'appello (e, dunque, di una impugnazione), ma ad esso non si accompagna una pronuncia destinata *ex se* ad incidere sulla sentenza impugnata. Come nell'ipotesi contemplata dall'art. 99, comma 4, c.p.a. – allorché l'adunanza plenaria si limita a enunciare il principio di diritto e rimette la causa alla sezione semplice - gli effetti di un giudizio impugnatorio non hanno modo di verificarsi: a valle dell'enunciazione del principio di diritto, in relazione al quale soltanto si producono gli effetti *pro iudicato*, il giudice è nuovamente investito in modo pieno della *potestas decidendi*, e il processo può riprendere secondo il corso suo proprio. La disciplina processuale conferma tale impostazione. La rimessione può avvenire d'ufficio o anche a seguito di istanza formulata da ciascuna delle parti (art. 114, comma 1), presupponendo con ciò la pendenza di un processo. Sulla nozione di “questione di massima”, le pronunce nomofilattiche⁶⁷ successive all'entrata in vigore del nuovo codice, si sono innestate sulla scia interpretativa tracciata dalla giurisprudenza precedente, riproponendo modelli concettuali già elaborati, sostanzialmente riconducibili alle seguenti categorie tipologiche: a) “difficoltà interpretative di particolare rilevanza per la necessità di risolvere un punto di diritto specificamente controverso”, anche in assenza di un contrasto giurisprudenziale sul punto dedotto; b) “problematiche giuridiche di particolare importanza ed obiettiva complessità”, per le quali la difficoltà interpretativa «può presentarsi sin dalle prime applicazioni di una norma», e «ancor prima del formarsi di un qualsivoglia indirizzo giurisprudenziale», oppure «in ipotesi di difformità giurisprudenziale in primo grado»; c) “questione di diritto di non poco momento”⁶⁸, che può presentare «profili di generalizzata applicazione ad un numero potenzialmente indefinito di vertenze», imponendo pertanto una “soluzione uniforme”, al fine di evitare inammissibili differenziazioni tra vicende processuali identiche. Il contrasto orizzontale tra le sezioni d'appello è stato talora configurato come alternativo alla prospettazione di una «questione connotata da oggettiva particolare complessità e da specifica valenza innovativa» o di una «questione di per sé idonea ad essere riferita ad una ampia platea di giudizi»⁶⁹; in altri casi, viene in rilievo come sintomatico delle difficoltà interpretative o, addirittura, ad esse coesistente⁷⁰, tale da giustificare di per sé, pur in assenza di un'espressa previsione normativa, l'ammissibilità del deferimento. In realtà, il tenore letterale e la *ratio* stessa della norma depongono nel senso che non occorre affatto un contrasto tra le sezioni d'appello, al fine di rimettere la questione in sede di nomofilattica: i giudici del gravame potrebbero, infatti, evitare il deferimento, pur rilevando la giustapposizione tra le diverse sezioni, e decidere la causa alla stregua del proprio convincimento; la decisione di segno contrario è dunque indotta dalla volontà di perseguire un superiore interesse alla nomofilachia, ossia alla definizione generalizzata e definitiva della questione di diritto che, proprio per questa sua attitudine, diventa “di massima” (grande o minima che sia l'importanza dalla stessa

⁶⁷ SS.RR. nn. 19/QM/2016; 22/QM/2016; 2/QM/2017.

⁶⁸ SS.RR. n. 8/QM/2015.

⁶⁹ SS.RR. n. 2/2018: nel caso sottoposto all'attenzione delle Sezioni riunite la questione, insorta nell'ambito di un giudizio pensionistico, per stessa ammissione della sezione remittente, non aveva dato luogo ad un consolidato contrasto di orientamenti giurisprudenziali in appello, bensì esclusivamente nell'ambito della stessa sezione; ciò nonostante, il punto controverso si caratterizzava per profili di novità anche rispetto alla giurisprudenza delle sezioni di appello più risalente nel tempo e, dunque ammissibile, in quanto: suscettibile di applicazione ad un numero indeterminato di casi e intrinsecamente complessa, tenuto conto che sulla materia risultano possibili - o anzi, già elaborate - soluzioni ermeneutiche (e conseguenti provvedimenti applicativi), opposte (a vantaggio o a detrimento dei soggetti beneficiari), ove si condivida l'uno o l'altro disegno sistematico elaborato dalle parti in controversia.

⁷⁰ SS.RR. n. 21/QM/2018.

rivestita). In quest’ottica la disposizione tende a collocare l’intervento regolatorio del supremo consesso fuori dallo *jus litigatoris*, nonostante l’incidentalità del giudizio, per avvicinarlo massimamente allo *jus constitutionis*, con l’intento di dare certezza e stabilità al diritto oggettivo.

Tale obiettivo tendenziale diventa addirittura segno distintivo del diverso potere di deferimento, intestato al Presidente della corte e al Procuratore Generale, che ha un ben più vasto campo di intervento, abbracciando, oltre alle questioni di massima⁷¹, anche le questioni di diritto che abbiano dato luogo, già in primo grado, ad indirizzi interpretativi o applicativi difformi (art. 114, comma 3, c.g.c.). In entrambi i casi, l’astrazione della funzione nomofilattica dal caso sottostante è ancora più accentuata, ma non prescinde del tutto dalla soluzione del caso concreto.

Quanto alla rimessione disposta dal Presidente della Corte, deve sicuramente escludersi che possa essergli attribuita la qualità di “parte” del processo, mentre gli va riconosciuta la qualità di “giudice terzo e imparziale”, la cui attività è esclusivamente diretta ad assicurare l’esatta osservanza della legge, nell’interesse, in definitiva, degli utenti del “servizio giustizia”⁷². L’atto di deferimento, tuttavia, non prescinde dalla pendenza di un giudizio, come testimoniato dall’art 115 c.g.c. comma 3 («L’atto di deferimento del Presidente della Corte dei conti è comunicato, a cura della segreteria delle Sezioni riunite, unitamente al decreto di fissazione d’udienza, al Procuratore Generale e agli avvocati delle parti costituite»), comma 5 («Il Procuratore generale e le parti hanno facoltà di presentare memorie non oltre cinque giorni prima dell’udienza»), e comma 6 («L’atto di deferimento è comunicato, altresì, al giudice della causa in relazione alla quale la questione è sollevata; il giudice sospende il giudizio e trasmette, su richiesta della segreteria delle Sezioni riunite, il fascicolo processuale»)⁷³. La facoltà delle parti di depositare memorie scritte, peraltro, se esclude, da un lato, la necessità di un vero e proprio atto di costituzione in quella che abbiamo definito una mera “fase” dello stesso giudizio *a quo*, appare sufficiente a escludere che le parti possano rappresentare le proprie deduzioni e conclusioni in via orale, nel corso dell’udienza e per effetto della mera comparizione in essa.

Analogamente, l’iniziativa del Procuratore Generale, sebbene sussumibile sotto la più ampia fattispecie dell’iniziativa del Procuratore Generale presso la Corte di cassazione per l’enunciazione di un principio nell’interesse della legge di cui al nuovo art. 363 c.p.c.⁷⁴, se ne discosta in

⁷¹ Tramonta il riferimento alla “questione di massima di particolare importanza”. In realtà, come rilevato da MICCOLIS G., *Nomofilachia, Sezioni Unite e questione di "particolare importanza"*, in www.questionegiustizia.it, 2020, «non sembra possa avere una qualche rilevanza la differenza tra la “questione” dell’art. 363, comma 2, cpc e la “questione di massima” dell’art. 374, comma 2, cpc vuoi perché per entrambe, se di “particolare importanza”, la decisione è rimessa dal Primo Presidente alle sezioni unite, vuoi perché l’individuazione di un criterio distintivo appare impresa davvero impossibile. Forse la distinzione riguarda l’angolo visuale del Primo Presidente, il quale nelle decine di migliaia di ricorsi proposti dalle parti ogni anno ha necessariamente una percezione della “questione” solo “di massima”, mentre nelle pochissime istanze proposte dal Procuratore generale, anche in considerazione della eccezionalità dell’istituto e dell’autorevolezza istituzionale dell’istante, la percezione della “questione” che ne ha il Primo Presidente è ben più approfondita e non soltanto “di massima”».

⁷² Corte costituzionale sentenza n. 30/2011 cit.

⁷³ SS.RR. n. 10/QM/2019.

⁷⁴ SS.RR. n. 27/QM/2021. L’art. 363 c.p.c., dopo la riscrittura per effetto del d.lgs. n. 40/2006, reca la significativa rubrica ‘Principio di diritto nell’interesse della legge’, e dispone che «Quando le parti non hanno proposto ricorso nei termini di legge o vi hanno rinunciato, ovvero quando il provvedimento non è ricorribile in cassazione e non è altrimenti impugnabile, il Procuratore generale presso la Corte di cassazione può chiedere che la Corte enunci nell’interesse della legge il principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi» (comma 1). La disposizione ha sostituito quella previgente, che ammetteva la possibilità, per il Procuratore Generale presso la Corte, di proporre ricorso per chiedere la cassazione della sentenza nell’interesse della legge, soltanto in caso di mancata impugnativa delle parti o di rinuncia alla impugnazione proposta. Prima della riforma, il ricorso del P.G. nell’interesse della legge portava alla cassazione della sentenza impugnata; mentre ora la pronuncia della Corte - che tende alla enunciazione del principio di diritto - «non ha effetto sul provvedimento del giudice di merito» (comma 4). La ricerca del principio di diritto è affidata dalla medesima norma, oltre che al Procuratore Generale, anche all’iniziativa d’ufficio della stessa Corte, quando sia stata

considerazione della natura incidentale che continua a connotarla. L'art. 114, al comma 4, stabilisce, infatti, che l'atto di deferimento del Procuratore Generale è notificato a cura di quest'ultimo, unitamente al decreto di fissazione d'udienza, agli avvocati delle parti costituite. Si pone, piuttosto, il problema della compatibilità di siffatta facoltà con la rimessione disposta dalla sezione d'appello, considerato che tale decisione può essere sollecitata da "ciascuna" delle parti del giudizio, e, dunque, anche dalla Procura generale costituita nel secondo grado. Il coordinamento delle due disposizioni impone una barriera temporale, dovendosi ipotizzare che, in pendenza di gravame, il potere di deferimento da parte della Procura generale possa esercitarsi *in limine litis*, «prima della discussione», come recitava l'art. 4 della l. n. 161/1953. Una volta discussa la causa, la decisione sull'istanza promossa dalla parte pubblica soggiace alla valutazione e al giudizio della sezione d'appello, con la conseguenza che l'ulteriore potere di stimolare l'intervento nomofilattico in via autonoma non può tradursi in uno strumento di impugnazione sulla mancata rimessione.

Sia per il Presidente della Corte sia per il Procuratore generale è ammesso il deferimento anche nell'ipotesi in cui si registri un conflitto orizzontale tra le sezioni di primo grado. Il codice ha quindi recuperato quel *vulnus* che poteva attribuirsi alla perdita del potere di rimessione intestato a queste ultime. La formulazione testuale della norma sembra scindere nettamente le due ipotesi: a) per le questioni di massima, la nozione ricalca quella maturata nel contesto normativo previgente, comprensiva del conflitto anche potenziale tra i possibili sbocchi interpretativi di una norma; b) per i contrasti si rimanda letteralmente alle questioni di diritto che abbiano dato luogo, già in primo grado, ad indirizzi interpretativi o applicativi difformi, con ciò volendo riferirsi a conflitti giurisprudenziali già maturati anche in fase applicativa di precedenti orientamenti nomofilattici («applicativi»).

Il codice, insomma, attribuisce a queste due figure istituzionali, proprio in relazione all'obiettivo di promuovere e stimolare la nomofilachia, un potere sostitutivo rispetto alle sezioni centrali d'appello, qualora nuove interpretazioni proposte in primo grado possano trovare spazio ed essere accolte anche in appello, in un'ottica più propositiva che non conservativa.

5. Effetti del deferimento

Se il deferimento promana dalla sezione d'appello, questa, con l'ordinanza di deferimento, dispone anche la rimessione del fascicolo d'ufficio alla segreteria delle sezioni riunite (art. 114, comma 2). Il presidente delle sezioni riunite provvede a fissare l'udienza con decreto da emanarsi entro dieci giorni dalla comunicazione dell'ordinanza alla segreteria delle sezioni riunite. Almeno venti giorni prima dell'udienza, il decreto è comunicato, a cura della segreteria delle sezioni riunite, al procuratore generale e alle parti costituite nella causa in relazione alla quale la questione è sollevata (art. 115, commi 1 e 2). Se, invece, il deferimento proviene dal Presidente della Corte deve essere dapprima depositato; poi entro il termine di 10 giorni dal deposito deve essere fissata l'udienza di discussione con decreto presidenziale che viene, successivamente, comunicato, a cura della segreteria delle sezioni riunite, unitamente all'atto di deferimento, al procuratore generale e agli avvocati delle parti costituite (art. 11, comma 3). Solo nel caso in cui la rimessione provenga dal Procuratore generale è suo onere provvedere alla notifica dello stesso, unitamente al decreto di fissazione d'udienza, agli avvocati delle parti costituite nel giudizio a quo (art. 115, comma 4).

L'atto di deferimento del Presidente e del Procuratore generale è comunicato, altresì, al giudice della causa in relazione alla quale la questione è sollevata; il giudice sospende il giudizio e trasmette, su richiesta della segreteria delle sezioni riunite, il fascicolo processuale. Analoga ipotesi di sospensione non è prevista esplicitamente nel caso in cui il deferimento avvenga su iniziativa della sezione d'appello e tuttavia in tal senso si sono attestate le sezioni remittenti (cfr. Sez. Sicilia app. ord. n. 9/2020; I Sez. app. ord. n. 31/2021). La pendenza della fase dinanzi alle sezioni riunite e in

adita con ricorso dichiarato inammissibile, ed ove ritenga che la questione decisa sia di "particolare importanza" (comma 3).

attesa della decisione, tutti gli altri giudici hanno facoltà di disporre un rinvio della discussione della causa. La temporanea quiescenza del processo deve qualificarsi come “sospensione impropria” ben diversa da quella regolata dall’art. 106 c.g.c.: oggetto del giudizio dinanzi alle Sezioni riunite, infatti, è una questione di diritto, vertente sull’interpretazione della norma da applicare al caso concreto, e soltanto in questo senso assume carattere “pregiudiziale”, cioè tale da condizionare le sorti del processo in corso⁷⁵. Non sono, pertanto, riscontrabili i presupposti propri della sospensione per pregiudizialità tecnica, in quanto al giudice contabile non spetta la verifica sulla pendenza di una controversia, dinanzi a sé o altro giudice, avente a oggetto un “rapporto pregiudiziale” tale se costituisce il necessario antecedente dal quale dipenda la decisione della causa pregiudicata e il cui accertamento sia richiesto con efficacia di giudicato.

A riprova della constatazione che le sezioni riunite rappresentano un’articolazione delle sezioni d’appello, e che il giudizio volto alla definizione di una questione di massima non rappresenta un grado del processo ma una fase di esso, l’art. 116 stabilisce che le modalità di svolgimento dell’udienza, della decisione e della deliberazione sono disciplinate dalle disposizioni previste per l’appello, in quanto applicabili. La sentenza che risolve la questione deferita è depositata in segreteria entro sessanta giorni dalla conclusione della camera di consiglio nella quale è stata deliberata (non è prevista la lettura del dispositivo). La segreteria comunica la sentenza al procuratore generale e agli avvocati delle parti costituite, nonché al giudice della causa in relazione alla quale la questione è sollevata il quale, con decreto da emanarsi entro dieci giorni dalla comunicazione della sentenza delle sezioni riunite, fissa la data dell’udienza di discussione e contestualmente assegna alle parti un termine non inferiore a venti giorni per il deposito di memorie e documenti. L’aver previsto la possibilità di depositare «memorie e documenti» nel termine non inferiore a 20 giorni prima dell’udienza fissata per la discussione, successivamente alla prosecuzione del giudizio sospeso, implica che esclusivamente con riferimento all’esito del giudizio incidentale, le parti hanno facoltà di controdedurre osservazioni. La pronuncia sulla questione di massima o sulla questione di diritto che abbia dato luogo a contrasti interpretativi o applicativi, infatti, non può rappresentare l’occasione per superare il divieto dei *nova* in appello o per recuperare decadenze ormai maturate a carico delle parti in primo grado⁷⁶.

6. Effetti della pronuncia delle sezioni riunite.

Come già per l’art. 1, comma 7, della l. n. 19/1994, per effetto delle modifiche apportate dal comma 2 dell’art. 42, l. 18 giugno 2009, n. 69, anche nel codice di giustizia contabile, il legislatore delegato opta per l’introduzione di un sistema di vincolo attenuato della pronuncia nomofilattica. Prima del 2016, la sezione giurisdizionale, centrale o regionale, che ritenesse di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni riunite, era obbligata a rimettere a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del giudizio; dall’entrata in vigore del d.lgs. n. 174/2016, lo stesso vincolo si impone alla sezione giurisdizionale di appello dinanzi alla quale il processo sia stato riassunto nei

⁷⁵ La “sospensione impropria” è stato oggetto di analisi in SS.RR. 4/QM/2021, con la quale si è posto in evidenza che, pur in assenza di una norma generale di riferimento, l’istituto ha trovato pieno diritto di cittadinanza nelle pronunce dei giudici di legittimità, tutte le volte in cui lo stesso processo continua in altra sede per l’accertamento di una “questione” avente carattere “pregiudiziale”, e si rende opportuno attendere l’esito di quel giudizio (*ex multis*, Cass. civ. Sez. VI 26 febbraio 2015, n. 3915). Cfr. anche RAZZANO M.C., *La sospensione del processo contabile*, in Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile, E.F. Schlitzer, C. Mirabelli (a cura di), Editoriale Scientifica, 2018.

⁷⁶ Così ad es. dopo la sentenza n. 2/QM/2018, alla ripresa del processo, gli appellanti – che nell’atto di gravame avevano dedotto un unico motivo di gravame relativamente all’applicabilità al personale transitato negli organismi di sicurezza della legge 335/95 con riferimento agli artt. 1-43 DPR 29.12.1973 n.1092 e all’art. 18 DPCM n.8/1980 che escludeva la pensionabilità delle indennità di funzione e operativa – con le memorie depositate ai sensi dell’art. 116 avevano ampliato il *thema decidendum* con nuovi e ulteriori profili di doglianza che sono stati dichiarati inammissibili.

termini e nei modi prescritti dall'art. 115 c.g.c.⁷⁷ L'introduzione della regola del precedente vincolante è in linea con gli interventi legislativi che, negli ultimi anni, hanno marciato in favore di un deciso potenziamento delle funzioni delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (art. 374, comma 3, c.g.c.) e di quello dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (art. 99, comma 3, c.p.c.). L'abbandono del "sistema" del precedente persuasivo, un tempo elemento distintivo dei sistemi di *civil law*, ha pervaso anche il sistema processuale penale, con la riforma Orlando (legge n. 103 del 2017), che ha consentito l'interpolazione di due commi dell'art. 618 c.p.p. In particolare, con il comma 1-bis si è previsto che se una sezione della Corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, rimette a queste ultime, con ordinanza (e quindi con motivazione adeguata), la decisione del ricorso. E, dunque, se un contrasto nelle decisioni dei giudici del merito può essere superato con le impugnazioni, quello che si consuma in seno agli organi di vertice delle singole magistrature non è arginabile e apre il varco alla regola dello *stare decisis* "attenuato"⁷⁸.

Nel processo contabile, già all'indomani delle riforme del 2009, se ne rinnegava la portata innovativa, ribadendo che il principio di diritto spiega efficacia esclusivamente nel giudizio *a quo*.⁷⁹ La disposizione del codice ora precisa che è "la sezione d'appello" a dover esprimere, ove lo ritenga, il motivato dissenso, con una chiara allusione al giudice dinanzi al quale pende la causa che ha dato origine alla "questione di massima". Rimangono, pertanto, escluse le sezioni territoriali, anche qualora, per effetto dell'iniziativa del procuratore generale o del presidente della corte, l'incidente volto alla soluzione della questione di massima o del contrasto di giurisprudenza, sia stata oggetto di deferimento proprio nell'ambito di un giudizio di primo grado. La possibilità di adire le Sezioni riunite dal basso, sia pure con l'intermediazione dei vertici istituzionali, è perfettamente compatibile con la prevista rimessione per le questioni di diritto che abbiano dato luogo, già in primo grado, ad indirizzi interpretativi o applicativi difformi (art. 114, comma 3, c.g.c.). In tal caso, infatti, la decisione difforme dal principio di diritto potrebbe essere oggetto di gravame non certo per lo scostamento da esso, quanto piuttosto per la violazione o la falsa applicazione della norma sulla cui corretta interpretazione le Sezioni riunite si sono espresse. La stessa sezione d'appello, d'altra parte, potrebbe adottare una soluzione ermeneutica difforme, andando di contrario avviso rispetto alle Sezioni riunite e disattendendo il precetto di cui all'art. 115 c.g.c. La violazione della norma processuale che impone il rispetto del principio di diritto, salva la nuova rimessione motivata, non si riverbera sulla sentenza in termini di nullità né è contemplato uno strumento di reazione a siffatta illegittimità (si ipotizza nel processo civile una mera sanzione disciplinare a carico del collegio). La repressione di tale atto di disobbedienza, infatti, si tradurrebbe in un'inammissibile violazione del principio di cui all'art. 101 Cost.

La regola dello *stare decisis* perde, infine, ogni efficacia al cospetto di leggi interpretative che risolvano il problema in termini opposti a quelli indicati dall'organo nomofilattico, ovvero, negli stessi termini, nel caso di intervento della Corte costituzionale che dichiari l'illegittimità di una norma quale risultante dalla interpretazione affermata dalle sezioni unite. Il problema ha già trovato risposta

⁷⁷ L'art. 115 c.g.c. prescrive: «1. Le modalità di svolgimento dell'udienza, della decisione e della deliberazione sono disciplinate dalle disposizioni previste per l'appello, in quanto applicabili. 2. La sentenza che risolve la questione deferita è depositata in segreteria entro sessanta giorni dalla conclusione della camera di consiglio nella quale è stata deliberata. 3. La segreteria comunica la sentenza al procuratore generale e agli avvocati delle parti costituite, nonché al giudice della causa in relazione alla quale la questione è sollevata il quale, con decreto da emanarsi entro dieci giorni dalla comunicazione della sentenza delle sezioni riunite, fissa la data dell'udienza di discussione e contestualmente assegna alle parti un termine non inferiore a venti giorni per il deposito di memorie e documenti».

⁷⁸ CANZIO G., op. cit., sottolinea che questa concezione "procedurale" si ispira alla teoria discorsiva elaborata da Jürgen Habermas. La decisione giudiziale è un "agire comunicativo orientato all'intesa", retto da una "etica del discorso" basata sulla forza degli argomenti e non sugli argomenti della forza.

⁷⁹ SS.RR. n. 7/QM/2009: «Le disposizioni aggiunte dall'art. 42 della L. n. 69/2009, in tema di giudizi delle Sezioni riunite della Corte dei conti su questioni di massima, nulla hanno innovato sulla natura ed efficacia di tali giudizi allorché il deferimento avvenga in base alle norme preesistenti rimaste immutate; pertanto, in tali casi, il giudizio su questione di massima conserva il suo carattere incidentale con valenza di giudicato solo interno nel processo a quo».

in quell'orientamento giurisprudenziale per il quale il giudice di rinvio non è tenuto a dare applicazione alla *regola iuris*, fissata dalla Corte di cassazione, se il quadro normativo sia mutato per effetto dello *jus superveniens*, per un intervento della Corte costituzionale, per una legge interpretativa, o anche di una decisione della Corte di giustizia della Comunità europea. Se il giudice di rinvio in situazioni del genere può discostarsi dall'enunciato della sentenza di annullamento, per coerenza sistematica deve ritenersi, in linea di principio, che anche la sezione semplice possa autonomamente decidere, senza rimettere la questione alle Sezioni unite, essendo la prima verosimilmente vincolata - come il giudice di rinvio - dall'interpretazione adeguatrice operata dalla Corte costituzionale o dal legislatore⁸⁰.

Ulteriore limite proviene dall'adozione del *prospective overruling*, in quanto i mutamenti di giurisprudenza, a fronte del legittimo affidamento, possono valere solo per il futuro. Stando agli arresti della Suprema Corte, quando una diversa interpretazione di una norma processuale corregge quella precedentemente accolta, la nuova regola si applica solo per il futuro quando implica una decadenza, o una preclusione, che erano escluse in base alla precedente interpretazione, e soltanto quando l'*overruling* consista in un «mutamento di giurisprudenza nell'interpretazione di una norma giuridica o di un sistema di norme dal carattere, se non proprio repentino, quantomeno inatteso o privo, comunque, di preventivi segnali anticipatori sul suo manifestarsi; segnali che possono essere quelli di un, pur larvato, dibattito dottrinale o di qualche significativo intervento giurisprudenziale sul tema oggetto di indagine»⁸¹. Sebbene la giurisprudenza di legittimità e amministrativa abbia fin qui escluso l'applicazione della detta forma di tutela alle norme di diritto sostanziale, una recente sentenza dell'adunanza plenaria ha affermato – in generale – il potere del giudice di modulare gli effetti delle sentenze interpretative rese (anche) su norme sostanziali, al fine di tutelare beni costituzionalmente protetti⁸².

⁸⁰ In termini, Corte dei conti, Sez. giur. app. Sicilia, 14/01/2002, n. 2/A Le sentenze delle sezioni riunite della Corte dei conti fanno stato nel giudizio nel quale è avvenuto il deferimento soltanto quando non siano intervenuti fatti in grado di elidere il principio di diritto enunciato, quali, ad esempio, la pubblicazione sulla G.U. di una norma interpretativa, la dichiarazione di incostituzionalità della norma ovvero una generale e pacifica interpretazione della norma da parte di tutte le sezioni, sicché una diversa interpretazione determinerebbe inammissibili disparità di trattamento nonché un grave *vulnus* ai principi di autonomia e indipendenza del giudice che, per il solo fatto di avere rimesso la questione alle sezioni riunite non può - in assenza di una precisa disposizione di legge che in tal senso lo vincoli - ritenersi spogliato della pienezza della cognizione sul giudizio pendente.

⁸¹ Così Cass., sez. un., 12 ottobre 2012, n. 17402. Come è stato precisato (CALZOLAIO E., *Mutamento giurisprudenziale e overruling*, in Riv. trim. dir. proc. civ., fasc. 3, 2013, pag. 899), nell'esperienza di *common law* (fatta eccezione, in parte, per il diritto statunitense) la decisione con la quale si modifica un precedente, ha effetto retroattivo in quanto essenzialmente legato alle dinamiche di un diritto (di fonte) giurisprudenziale, che è concepito come autonomo rispetto a quello di fonte legislativa. Al contrario, la Corte di Cassazione, nel delineare i tratti caratterizzanti dell'*overruling* nostrano (irretroattivo), muove dalla premessa, radicalmente diversa, che il diritto è esclusivamente di fonte legislativa (Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144). I giudici sono, infatti, «*estranei al circuito di produzione delle norme giuridiche*», sono soggetti alla legge (art. 101, comma 2, Cost.), ma anche «*soltanto*» ad essa, sicché «*è fatto divieto a qualsiasi altro soggetto od autorità di interferire, in alcun modo, nella decisione del caso concreto*». Poiché la legge continua ad essere (percepita come) fonte formalmente superiore e a costituire il punto di partenza imprescindibile del «diritto vivente», nel sistema delle fonti non è tanto il precedente (inteso come decisione di uno specifico caso) ad assumere rilievo, quanto piuttosto un orientamento costante e consolidato circa l'interpretazione di una norma, riferito (e come tale applicabile in futuro) ad una pluralità di ipotesi analoghe. Il problema ha investito norme processuali (nel caso esaminato dalla S.C. la nuova «interpretazione» dell'art. 645 c.p.c.) e i criteri di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

⁸² Cons. Stato, ad. plen., 22 dicembre 2017, n. 13. La decisione è stata oggetto di critiche. CONDORELLI M. e PRESSACCO L., *Overruling e prevedibilità della decisione*, in www.questionegiustizia.it, 2018: contestano gli aa. l'idea che «*il giudice debba tenere conto dei costi di transazione legati all'imprevedibilità della nuova interpretazione, nel decidere se far decorrere gli effetti dell'overruling solo pro-futuro. Un'impostazione siffatta, per quanto seducente, non pare condivisibile. Innanzitutto, dal punto di vista pratico, un'indagine sulle conseguenze economiche della sentenza imprevedibile sembra porsi al di là dell'ambito delle possibilità del giudice. Per conoscere le effettive conseguenze della retroazione del nuovo principio di diritto, il giudice dovrebbe avere contezza di tutte le situazioni potenzialmente*

La debolezza dello *stare decisis* degrada la pronuncia nomofilattica a mero “precedente”, con l’effetto che il legislatore processuale è stato indotto a ricercare meccanismi idonei a incentivare e garantire la coerenza, l’uniformità e la prevedibilità delle risposte alla domanda di giustizia⁸³. Come già per il processo civile e per quello amministrativo, anche al giudice contabile viene offerta la possibilità di una motivazione mediante rinvio al precedente (art. 17 n.t.a. c.g.c. e art. 167, comma 4, c.g.c.)⁸⁴. Il rinvio al precedente diventa, infatti, strumento di semplificazione, e risponde, senz’altro, all’esigenza di contenere i tempi della giustizia, in attuazione del principio di ragionevole durata del processo; al tempo stesso, tuttavia, consente al giudicante di standardizzare il costrutto motivazionale, conferendo al precedente una forza conformante, soprattutto se “autorevole”⁸⁵.

7. Le nuove tecnologie e la prospettiva della pronuncia “robotica”

L’entrata in vigore della Carta costituzionale ha già posto le condizioni per la crisi della “prevedibilità” delle decisioni, imprimendo nel tessuto costituzionale «una svolta pluralistica che mette definitivamente in crisi statalismo e legalismo, baluardi dell’assetto politico borghese», con una «coerente traduzione del pluralismo dal piano socio-politico a quello giuridico»⁸⁶. Il dovere di conformarsi a principi, e non più a norme, per di più collocati al vertice della gerarchia delle fonti, conferisce al giudice il potere di creare la “norma del caso concreto”⁸⁷, in un delicato bilanciamento

coinvolte: ebbene, tale operazione pare situarsi al di fuori dal campo delle possibilità offerte dall’istruttoria processuale. In secondo luogo, in assenza di parametri predeterminati l’adozione del metodo consequenzialista proposto rischia di dar luogo a pronunce fondate sulla mera convenienza economica di un’applicazione retroattiva del nuovo principio di diritto; nel nostro ordinamento, la valutazione dell’impatto della modifica dell’ordinamento sugli interessi pubblici e privati coinvolti pare essere, piuttosto, appannaggio del legislatore o dell’amministrazione. Una chiave per uscire dall’impasse potrebbe essere quella di riconoscere, in continuità con quanto già fatto dalla Corte di cassazione, il diritto della parte a non vedersi applicato il nuovo principio di diritto imprevedibile ogni qualvolta questa potesse vantare un diritto fondamentale alla sicurezza giuridica».

⁸³ CURZIO P. *Il giudice ed il precedente*, in www.questionegiustizia.it, 2021

⁸⁴ Art. 167, comma 4, c.g.c. «Nel caso in cui ravvisi la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, il giudice decide con sentenza in forma semplificata. La motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo, ovvero, se del caso, ad un precedente conforme. In ogni caso, il giudice provvede anche sulle spese di giudizio». Art. 17 n.t.a. - Motivazione della sentenza. 1. «La motivazione della sentenza di cui all’articolo 39 del codice consiste nella concisa esposizione dei fatti decisivi e dei principi di diritto su cui la decisione è fondata, anche con esclusivo riferimento a precedenti conformi ovvero mediante rinvio a contenuti specifici degli scritti difensivi o di altri atti di causa».

⁸⁵ «Pur in assenza di un obbligo di conformazione, vi è un’innegabile influenza del precedente “autorevole”: l’autorevolezza può derivare da una serie di elementi, estrinseci o intrinseci. Quelli estrinseci concernono il giudice che lo ha emesso. A parte le sentenze che possono incidere direttamente sulle previsioni legislative, come quelle della Corte costituzionale o della Corte di giustizia dell’Unione europea, è indubbio che, di massima, si attende che l’autorevolezza cresca in relazione alla posizione del giudice nell’ordine giudiziario e che le decisioni della Corte di cassazione abbiano una particolare valenza come guida nell’interpretazione della legge, siccome rese dall’organo funzionalmente preposto alla nomofilachia e collocato al vertice del sistema delle impugnazioni. Quelli intrinseci attengono alla qualità della motivazione del provvedimento che forma il precedente: il grado di persuasività degli argomenti, la sua chiarezza e linearità; per persuadere occorre essere certamente chiari, ma anche adottare argomenti congruenti e che si facciano carico, se possibile, anche delle tesi contrastanti, offrendo una soluzione ragionata e meditata, quand’anche opinabile, auspicabilmente finalizzata alla risoluzione del caso concreto, sia pure facendo chiara enunciazione di principi generalizzabili».

⁸⁶ GROSSI P. *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto post-moderno*, in www.questionegiustizia.it, 2018.

⁸⁷ SCODITTI E., *Giurisdizione per principi e certezza del diritto*, in www.questionegiustizia.it, 2018, scrive «Ai fini della disciplina del caso, i principi devono, pertanto, essere bilanciati e la regola del caso risulta da questo bilanciamento, il quale si traduce nell’applicazione dell’un principio fino alla soglia di ponderazione con l’altro principio, secondo nessi di prevalenza e soccombenza. Il principio soccombente recede nei limiti del criterio di proporzionalità. Il bilanciamento impedisce che vi sia un sacrificio integrale di un principio a favore dell’altro e risponde a una logica chiaroscurale di applicazione fino a un certo limite. La regola è, invece, disciplina esclusiva del caso, per cui l’applicazione dell’una regola al caso impedisce l’applicabilità delle altre. A differenza dei principi, le regole hanno la forma del collegamento

dei beni-interessi costituzionalmente protetti. L'apertura dei mercati, la costruzione di società fluide, l'ingresso di fonti sopranazionali ha accentuato la corsa a una sorta di "soggettivismo" giuridico, che rischia di disgregare completamente il valore della certezza. La riscoperta della nomofilachia rappresenta la risposta all'esigenza di certezza che nasce dalla paura dall'ignoto: l'uniforme interpretazione «siccome diretta a conferire coerenza e prevedibilità nell'esegesi delle norme, mediante la creazione di decisioni destinate a costituire "precedenti" per la soluzione di future controversie in casi simili o analoghi, costituisce un valore per la collettività⁸⁸, pur avvertendosi che "non è un valore assoluto ma metodologico" e, nell'inarrestabile evoluzione della giurisprudenza, confluisce dinamicamente nel dovere funzionale di ragionevole mantenimento della soluzione ragionevolmente conseguita»⁸⁹. Il nucleo essenziale del dialogo tra le Corti nazionali e transnazionali si identifica con il valore della "certezza giuridica", quale prevedibilità degli esiti del comportamento umano, a sua volta fondamento della nozione di "responsabilità"⁹⁰, ed espressione di libertà e uguaglianza. Uno dei punti del Memorandum sottoscritto nel maggio 2017 dai rappresentanti delle tre magistrature prevede di esaltare i già presenti "raccordi organizzativi e funzionali", ed anzi di crearne di nuovi, al fine di prevenire il rischio di nomofilachie divergenti o comunque appartate l'una dall'altra, che l'art. 111 Cost. con le sue attuali scelte non vale a scongiurare del tutto.

E, tuttavia, è stato esattamente notato che «... diversamente dagli altri prodotti umani ... la norma giuridica (una volta che è presente) non è affatto indipendente dal comportamento degli uomini a cui essa si riferisce ... le norme giuridiche non vengono immesse nel flusso della storia come prodotti finiti dello spirito umano»⁹¹. Questa riflessione spinge a valutare con attenzione i rischi connessi a una ricerca spasmodica della "prevedibilità", nelle forme di una vera e propria "giustizia predittiva" (che rappresenta una delle tante applicazioni della cosiddetta "Intelligenza artificiale"). Il mondo del diritto non è estraneo all'uso di strumenti che consentono un accesso all'informazione, non solo più largo e diversificato, ma anche più interattivo: i giudici, gli avvocati e gli altri professionisti possono già "navigare" tra le diverse informazioni e trovare più rapidamente le soluzioni ricercate. Soprattutto, l'uso delle tecnologie informatiche è ormai un dato acquisito nelle prassi giudiziarie e favorisce l'accelerazione dei processi: si pensi al "processo telematico" o alla "formazione digitale" degli atti processuali, con conseguente standardizzazione (dal punto di vista formale) dei provvedimenti del giudice e degli atti dell'avvocato.

L'interrogativo è se l'Intelligenza artificiale possa essere anche usata per proporre modelli o estratti di una decisione che siano in correlazione coi risultati della ricerca, rendendo così più rapida la redazione da parte del giudice. La "decisione robotica", proveniente da "robogiudici", si riferisce a «sistemi di intelligenza artificiale che instancabilmente applicano gli stessi elevati standard legali a

degli effetti giuridici a determinati presupposti di fatto per cui, in presenza della verifica di quei presupposti, non possono che conseguire gli effetti previsti da quella regola – e soltanto da quella.»

⁸⁸ La nomofilachia diventa uno strumento utile a corrispondere all'esigenza di "calcolabilità del diritto" formale, teorizzata da Max Weber, che – offrendo la prevedibilità dell'esito delle controversie - razionalizza e assicura lo sviluppo economico: sul punto, SEVERINI G., *La sicurezza giuridica e le nuove implicazioni della nomofilachia*, cit. che rinvia a IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016; e, *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, Bologna 2017

⁸⁹ BORRÉ G., *L'evoluzione della Corte nel diritto commerciale e del lavoro, nel diritto pubblico e processuale civile*, in La Corte di Cassazione nell'ordinamento democratico, Giuffrè, 1996, 252, richiamato da CANZIO G., *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in Foro it., Vol. 135, n. 10, 2012).

⁹⁰ Sul punto, interessanti spunti di riflessione sono derivati dall'intervento del prof. LUCIANI M. *Certezza del diritto e responsabilità* al Convegno organizzato dalla Scuola di Alta formazione presso la Corte dei conti "Studi in onore di Angelo Buscema" in data 11 febbraio 2022.

⁹¹ HUSSERL G., *Diritto e tempo*, Milano 1998, pp.35 ss. «*Il complesso sistema di massime di azione, forme di pensiero, misure di valutazione, decisioni di volontà, utensili spirituali, routine procedurale, che chiamiamo diritto, non è una teoria. È piuttosto una prassi vitale degli uomini ... è sempre ciò che gli uomini, a cui esso si riferisce, fanno di lui.*»

ogni giudizio, senza cadere vittime di errori umani come pregiudizi, stanchezza o carenza di conoscenze aggiornate»⁹².

Nel sistema penale statunitense, ha fatto molto discutere la sentenza, emessa dalla Corte Suprema del Wisconsin il 13 luglio 2016, a seguito dell'appello avanzato dal sig. Eric L. Loomis, contro la pena a sei anni di reclusione inflitta dal Tribunale circondariale di La Crosse⁹³. I giudici, pur avendo escluso la vincolatività all'esito predittivo, hanno, tuttavia, escluso la lesione del diritto di difesa, affermando che Loomis avesse, comunque, la possibilità di contestare i risultati finali di calcolo del rischio. L'impossibilità di confutare scientificamente l'uso dei dati processati da COMPAS - in quanto la copertura del brevetto e del segreto industriale avrebbe impedito alla difesa di accedere alle informazioni ed ai meccanismi di rielaborazione attuati dal software - il manuale spiegava che i punteggi erano basati in gran parte su dati statistici (relativi a esempio alla condotta criminale), con uso limitato di variabili dinamiche (come a esempio l'uso di stupefacenti).

In Francia, il sistema *Predictice*, inventato nel 2016 da un gruppo di imprenditori nel settore giuridico e digitale, viene utilizzato dalle magistrature delle Corti d'appello di Rennes e Douai come anche il *Case Law Analytics*, che permette di stimare la cifra dei danni a cui si potrebbe venir condannati, nel settore del diritto pubblico, commerciale, finanziario, di famiglia e della proprietà intellettuale.

In Italia, nel maggio 2020, ha preso ufficialmente forma la piattaforma di giustizia predittiva della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, orientata allo sviluppo di una metodologia di analisi del materiale giurisprudenziale, con un mix di tecniche di "machine learning" e analisi dei "big data"⁹⁴.

Il 4 dicembre 2018 la Commissione europea per l'efficacia della giustizia (CEPEJ) del Consiglio d'Europa ha emanato la Carta etica europea sull'utilizzo di essa nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi. La Carta proviene da un autorevole organismo internazionale ed è rivolto in maniera indistinta a soggetti pubblici e privati, ma si rivolge anche «ai legislatori chiamati a stabilire una cornice normativa all'interno della quale tali strumenti vanno sviluppati, verificati e utilizzati»: in quest'ottica costituisce un esempio di *soft law*, che induce a riflettere sui limiti e sulle potenzialità di tutti i sistemi computazionali che stanno varcando i confini e attirando l'attenzione di studiosi e tecnici. È una nuova frontiera nella quale le scienze umanistiche (alle quali appartiene la

⁹² TEGMARK M., *Vita 3.0 Essere umani nell'era dell'Intelligenza Artificiale*, trad. it. di Life 3.0: *Being Human in the Age of Artificial Intelligence*, New York 2017, a cura di V.B. Sala, Milano, cui si riferisce CARRATTA A. *Decisione robotica e valori del processo*, Riv. Dir. Proc., 2020, 2, 491.

⁹³ La pena era stata, infatti, inflitta sulla scorta delle valutazioni di elevato rischio di recidiva elaborate dal programma "COMPAS" (*Correctional offender management profiling for alternative sanctions*). L'algoritmo si basa sui dati ottenuti dal fascicolo dell'imputato e dalle risposte fornite nel colloquio con lo stesso e formula la predizione comparando le informazioni ottenute dal singolo con quelle relative ad un gruppo di individui con caratteristiche assimilabili. La Corte Suprema, dopo aver stabilito che l'uso di COMPAS può essere legittimo nell'ambito dei giudizi di determinazione della pena, ha indicato i limiti e le cautele che devono accompagnare tale impiego da parte degli organi giudicanti. Si è infatti stabilito che tali software possono essere considerati fattori rilevanti in questioni quali 1) la comminazione di misure alternative alla detenzione per gli individui a basso rischio di recidiva; 2) la valutazione della possibilità di controllare un criminale in modo sicuro all'interno della società, anche con l'affidamento in prova; 3) l'imposizione di termini e condizioni per la libertà vigilata, la supervisione e per le eventuali sanzioni alle violazioni delle regole previste dai regimi alternativi alla detenzione. Ribadendo la necessità che il giudice applichi i risultati COMPAS facendo esercizio della propria discrezionalità sulla base del bilanciamento con altri fattori, la Corte ha confermato che l'uso dello strumento non può riguardare il grado di severità della pena sulla base di circostanze attenuanti od aggravanti, né la decisione sull'incarcerazione dell'imputato. Ha specificato infatti che lo scopo di COMPAS è quello di individuare le esigenze del soggetto che deve scontare la pena e di valutare il rischio di reiterazione del reato.

⁹⁴ Sono in atto cinque progetti in via di sperimentazione, presso singoli uffici giudiziari: uno della Corte d'appello di Venezia con l'Università Ca' Foscari e la società Deloitte, uno della Corte di Appello di Bari, uno del Tribunale di Firenze, uno dei Tribunali di Genova e Pisa con l'Università S. Anna di Pisa, ed uno di Corte e Tribunale di Brescia con la locale Università. Il progetto di Brescia nasce da una convenzione del 6 aprile 2018 sottoscritta da Corte di Appello di Brescia, Tribunale di Brescia e Università di Brescia. Sulla stretta interconnessione tra "predittività" e "prevedibilità delle decisioni" si veda Castelli C., *Giustizia predittiva*, in www.questionegiustizia.it 8.02.2022.

“giurisprudenza” come studio del diritto) si confrontano, subendone il fascino, con le scienze matematiche. «L’algoritmo sembra portare a compimento il desiderio, mai sopito, di dare solidità matematica alle decisioni giudiziali»⁹⁵, beneficiando degli enormi vantaggi garantiti dal trattamento automatizzato di enormi quantità di dati, con tempi e costi ridottissimi. Non ci si riferisce a un mero strumento di divulgazione presso il pubblico delle decisioni giudiziarie, o di supporto al *decision-making* giurisdizionale, ma addirittura di un vero e proprio sussidio alla risoluzione del contenzioso⁹⁶.

I cinque principi in essa enunciati sull’utilizzo dell’intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi, ruotano attorno al rispetto dei diritti fondamentali, al principio di non discriminazione, di qualità e sicurezza, di trasparenza, imparzialità ed equità, di pieno controllo da parte dell’operatore⁹⁷. Il primo di essi rinvia direttamente a situazioni giuridiche soggettive, sostanziali e processuali, consolidate nella Convenzione europea dei diritti dell’Uomo, e, tra queste, quelle che investono la tutela giudiziaria e le garanzie che presidiano l’esercizio della corrispondente funzione. Appare, tuttavia, chiaro che gli attuali assetti ordinamentali europei sono già caratterizzati dalla significativa presenza di norme poste a garanzia del giusto processo, dell’imparzialità del giudice, del diritto di difesa, con la conseguenza che, da un lato, le ‘raccomandazioni’ rivolte al legislatore come agli operatori del diritto superano la soglia del mero invito, dovendosi tener conto dell’impatto che la cogenza delle disposizioni, anche di rango costituzionale, ha sull’effettività della tutela processuale, e che, dall’altro, l’introduzione di banche date ‘aperte’, predisposte alla soluzione di singoli casi, anticipa scenari inquietanti. L’impatto sui sistemi giuridici di *civil law* potrebbe segnare il definitivo sgretolamento, acquistando il ‘precedente’ progressivamente sempre più una forza, basata non necessariamente sull’autorevolezza né sul grado di persuasività ma esclusivamente sulla ‘ripetitività’⁹⁸. Ulteriore potenzialità lesiva potrebbe essere offerta dall’esternalizzazione del servizio, affidato a soggetti privati in grado di raccogliere, custodire, gestire i dati: da tale punto di vista, il primo principio deve trovare necessario completamento negli altri, soprattutto nella trasparenza e nella ‘qualità e sicurezza’ del *cyber* spazio nel quale sono allocati i “casi” giudiziari da catalogare, schematizzare e rielaborare. Il legislatore nazionale deve essere pronto a recepire e attuare le indicazioni di *fairness*, imponendo stringenti divieti, obblighi e limiti al

⁹⁵ Parla di “invidia del linguaggio matematico” BARBUJANI E., in *La giustizia predittiva e l’incalcolabile*, www.cassaforenze.it 1/2020.

⁹⁶ QUATTROCOLO S. *Intelligenza Artificiale e Giustizia: nella cornice della Carta Etica Europea. Gli spunti per un’urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, La legislazione penale 22.03.2018.

⁹⁷ 1. PRINCIPIO DEL RISPETTO DEI DIRITTI FONDAMENTALI: assicurare l’elaborazione e l’attuazione di strumenti e servizi di intelligenza artificiale siano compatibili con i diritti fondamentali.

2. PRINCIPIO DI NON-DISCRIMINAZIONE: prevenire specificamente lo sviluppo o l’intensificazione di discriminazioni tra persone o gruppi di persone.

3. PRINCIPIO DI QUALITÀ E SICUREZZA: in ordine al trattamento di decisioni e dati giudiziari, utilizzare fonti certificate e dati intangibili con modelli elaborati multidisciplinariamente, in un ambiente tecnologico sicuro.

4. PRINCIPIO DI TRASPARENZA, IMPARzialità ED EQUITÀ: rendere le metodologie di trattamento dei dati accessibili e comprensibili, autorizzare verifiche esterne.

5. PRINCIPIO “DEL CONTROLLO DA PARTE DELL’UTILIZZATORE”: precludere un approccio prescrittivo e assicurare che gli utilizzatori siano attori informati e abbiano il controllo delle loro scelte.

⁹⁸ Ci ricorda Barbujani, op. cit. che “L’elemento del controllo è fondamentale in materia di giustizia predittiva. Come visto, uno degli aspetti critici più indagati riguarda l’assenza di trasparenza del risultato dell’elaborazione della macchina. Il giudice non sa perché la macchina ha ottenuto un certo risultato, ma si fida che la programmazione e gli assiomi da cui parte (i dataset oggetto di apprendimento) siano conformi al risultato atteso. In tale senso, si pone il problema sotto una logica prettamente analitica, matematica, ad oggi difficilmente risolvibile: come può il giudice o l’avvocato, che possono utilizzare il proprio intelletto per effettuare un numero limitato di analisi, di calcoli, competere e quindi controllare un elaboratore capace di un numero di analisi considerato infinito? Come è possibile controllare un numero talmente ampio di variabili, quando la logica dei Big Data nasce proprio per offrire all’uomo relazioni tra dati non attese? Sotto tale prospettiva, il confronto è impari, e c’è chi affretta oracoli sulla futura sostituzione dei giudicanti con macchine intelligenti”.

ricorso all'IA nel settore giudiziario, inventando nuove ipotesi di invalidità di provvedimenti emessi in violazione dei nuovi precetti. Soprattutto la progressiva erosione del principio a un 'processo equo', ossia ritagliato sul caso concreto, sulle sfumature del corredo probatorio, sul margine di valutazione nel quale si inverte il 'prudente apprezzamento' codificato anche nel codice della giustizia contabile (art. 95, comma 3), rischia di svuotare completamente la fase dell'istruttoria, con progressivo impoverimento della varietà e della vastità proprie della casistica giudiziaria. Occorre, pertanto, mettere in conto che, a fronte di un'apparente semplificazione e accelerazione, siano in agguato profonde e irreversibili trasformazioni, intrise di un elevato coefficiente di ambiguità e complessità.

In definitiva, una giustizia immune da errori, nella quale alla prevedibilità o calcolabilità del diritto si accompagni la predittività dell'esito decisorio, è un mito. «Un diritto troppo calcolabile è un diritto cristallizzato e cementificato. Un diritto assolutamente calcolabile incoraggia il giudice a conformarsi, a omologarsi al flusso di decisioni passate, producendo automaticamente risultati sempre identici a sé stessi (effetto "performativo"): le *performances* diventano misurabili in termini meramente quantitativi e sono premiati in ragione dell'efficientamento della "macchina giustizia" che ne consegue, soprattutto se diventa costante l'inserimento della motivazione succinta o *per relationem* al precedente. A tale risultato perviene, sicuramente, in tempi molto più rapidi e matematicamente ineccepibili rispetto alla mente umane, un algoritmo. Gli effetti del conformismo giudiziale non vanno affatto sottovalutati; quest'ultimo - come rileva molto opportunamente e molto criticamente ancora Antoine Garapon – «*renforce la culture, l'idéologie dans le sens de Ricoeur, au détriment de l'utopie*». «Portare a compimento totale il miraggio positivista del giudice-robot significa null'altro che rinforzare le soluzioni dominanti, lo stato dell'arte, il "come stanno le cose" - l'"ideologia" - a scapito del pensiero utopico. Il giudice, storicamente, ha sempre svolto - interstizi interpretativi più o meno ampi lasciati dal legislatore, nelle fessure che le parole lasciano aperte e nella misura del consentito – una attività interpretativa volta a garantire una decisione giusta, ma giusta nel senso di "giusta nel caso concreto", cioè in questa ipotesi qui, irripetibile nella sua singolarità, *hic et nunc*, davanti a queste, e non altre, persone. Come già rilevava ... Carnelutti, la giustizia – se è veramente tale – è sempre giustizia del caso singolo»⁹⁹. L'umanità della decisione e quindi la sua mutevolezza non è solo legata alla improbabile sovrapposibilità del fatto, alla valutazione degli atti del processo e delle prove raccolte, ma anche a elementi del tutto estranei al processo, all'intuizione del singolo magistrato, alla sua capacità di cogliere la diversità del caso concreto e di modificare la rigida meccanica del sillogismo. Senza accedere al teoria del puro soggettivismo, e senza cadere nelle aporie delle tesi "oggettivizzanti", occorre bilanciare il valore della certezza giuridica con l'esigenza di progressione delle decisioni giudiziali al pari di qualunque altro prodotto umano: anche perché una giustizia "giusta" è quella che aspira all'uguaglianza "formale" tra i cittadini e alla regolazione omologa dei loro diritti, ma, al tempo stesso, assicura l'eguaglianza "sostanziale" e contribuisce alla rimozione degli ostacoli che «limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». La mutevolezza della decisione è, dunque, essa stessa fattore di progresso sociale e crescita umana. «*Sbagliare è l'unico privilegio umano su tutti gli organismi viventi. A forza di sbagliare si arriva alla verità. Sbagliare a modo proprio è quasi meglio di una verità detta a modo altrui*» (F. Dostoevskij).

⁹⁹ GIABARDO C.V., *Il giudice e l'algoritmo (in difesa dell'umanità del giudicare)*, in www.giustiziainsieme.it, 2021.