

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Centro di ricerca coordinato “Studi sulla Giustizia”

47

**GARANZIE ED EFFICIENZA
NELLA GIUSTIZIA IN UNA
PROSPETTIVA MULTIDISCIPLINARE**

a cura di

FRANCESCA BIONDI e ROBERTO SACCHI



G. Giappichelli Editore

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Centro di ricerca coordinato “Studi sulla Giustizia” - 47

REGOLAMENTO DEL CENTRO DI RICERCA COORDINATO
STUDI SULLA GIUSTIZIA

Art. 2 - Finalità e scopi

Il Centro ha lo scopo di promuovere studi e ricerche sulla giustizia (costituzionale, civile, ecclesiastica, penale, amministrativa, internazionale), nelle sue varie dimensioni e proiezioni relative all'ordinamento, alle regole processuali, al funzionamento: sia in prospettiva storica, economica, filosofica e sociologica, sia nell'analisi critica della normativa della dottrina e della giurisprudenza nazionale e internazionale in Italia, nell'Unione Europea e nei singoli Paesi interni ed esterni all'Unione, sia infine nell'elaborazione di proposte di riforma.

GARANZIE ED EFFICIENZA NELLA GIUSTIZIA IN UNA PROSPETTIVA MULTIDISCIPLINARE

a cura di

FRANCESCA BIONDI e ROBERTO SACCHI



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2024 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0861-3

ISBN/EAN 979-12-211-5855-7 (ebook - pdf)

Il presente volume è stato realizzato con il contributo del Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto, del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale e del Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria".

Composizione: Voxel Informatica s.a.s. - Chieri (TO)

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE SOMMARIO

	<i>pag.</i>
<i>Autori</i>	XI
FLORENT GARNIER – ANNAMARIA MONTI	
<i>Litiganti, garanzie ed efficienza della giustizia dal medioevo all'età moderna</i>	1
DARIO IPPOLITO	
<i>Efficientismo versus garantismo. La giustizia penale nel contratto sociale</i>	31
GIULIO M. SALERNO	
<i>Efficienza della giustizia nella giurisprudenza della Corte costituzionale: alcune riflessioni</i>	51
FRANCESCA BIONDI	
<i>Certezza del diritto ed efficienza della giustizia</i>	71
GIANROBERTO VILLA	
<i>La prova nelle controversie tra privati tra celerità del processo e accuratezza della decisione</i>	91
FILIPPO DANOVÌ	
<i>Efficienza ed effettività nella riforma della giustizia civile: valori indipendenti o "complanari"? Gli obiettivi generali, la giustizia complementare e la "nuova" giustizia familiare e minorile</i>	101
STEFANO A. VILLATA	
<i>Efficienza ed effettività nella riforma della giustizia civile: valori indi-</i>	

	<i>pag.</i>
<i>pendenti o “complanari”? Uno sguardo alla riforma del processo di cognizione e delle impugnazioni</i>	125
NICOLA SELVAGGI	
<i>La riforma del sistema penale nel prisma dell’efficienza. Note tecniche e di metodo sul d.lgs. n. 150/2022</i>	145
GIAN LUIGI GATTA	
<i>Efficienza dell’esecuzione penale ed effettività della pena. La riforma Cartabia e il sistema sanzionatorio</i>	155
MITJA GIALUZ	
<i>La tecnologia al servizio dell’efficienza nella riforma del processo penale</i>	167
LUCA LUPÁRIA DONATI	
<i>Giustizia tecnologica versus tecnologia giudiziaria. La sottile linea tra inabissare o rendere migliore il processo penale</i>	185
DIANA CERINI	
<i>Un’idea di giustizia nella giurisprudenza in ottica comparata: applicazioni nel diritto assicurativo</i>	197
FABIANO DI PRIMA – MARCELLO TOSCANO	
<i>Il principio di bilateralità in espansione: la cooperazione tra istituzioni pubbliche e comunità di fede (verso un’efficiente garanzia di tutela degli interessi religiosi)</i>	221
ALDO TRAVI	
<i>Garanzie ed efficienza nel processo amministrativo</i>	263
LUIGI PELLECCHI	
<i>Fortuna iudex: il sorteggio e i suoi spazi nel processo civile romano</i>	273
LORENZO GAGLIARDI	
<i>Τὰ δικαστήρια κληροῦσιν οἱ ἄρχοντες: il sorteggio e i tribunali dell’Atene classica</i>	295

	<i>pag.</i>
VINCENZO PINTO <i>Operazioni gestorie di “interesse primordiale” e diritti degli azionisti</i>	309
ANDREA VICARI <i>“Garanzie ed efficienza” nel diritto societario: sviluppo dei mercati e nuove forme di tutela dei soci (in particolare nelle operazioni straordinarie)</i>	329
ANDREA BOLLANI <i>Giustizia e certezza nel diritto del lavoro</i>	345
ARMANDO TURSI <i>L’incertezza della norma giuslavoristica e la malintesa discrezionalità del giudice</i>	359
JACOPO ALBERTI <i>Le udienze dibattimentali nei pregiudiziali italiani, da Lisbona a oggi</i>	365
CECILIA SANNA <i>La garanzia del “termine ragionevole” e l’efficienza decisionale nei processi dinanzi ai giudici dell’Unione europea</i>	401
FRANCESCA ROMANIN JACUR <i>Garanzia ed efficienza della giustizia nel contenzioso in materia di cambiamento climatico: aspetti di diritto internazionale</i>	417
ANGELICA BONFANTI <i>Garanzie ed efficienza della giustizia climatica: prospettive evolutive del contenzioso contro imprese</i>	443

FRANCESCA BIONDI

CERTEZZA DEL DIRITTO
ED EFFICIENZA DELLA GIUSTIZIA

1. *Premessa*

Lo scopo di questo breve contributo è riflettere sulla relazione, affatto scontata, tra certezza del diritto ed efficienza della giustizia, per verificare se oggi il modo in cui è prevalentemente intesa la connessione tra questi due valori sia capace di determinare ricadute sull'indipendenza funzionale del giudice e sul diritto di difesa.

A tal fine è opportuno chiarire, preliminarmente, qual è il significato di certezza del diritto e a quale obiettivo è funzionale questo valore.

Come noto, la letteratura sulla “certezza del diritto” è sterminata¹ e suscita timore a chiunque intenda anche solo fare richiamo a tale nozione.

Alcuni assunti possiamo, però, darli per acquisiti e condivisi.

In primo luogo, quella di certezza del diritto è una nozione connaturata al positivismo giuridico, che la definisce anzitutto come capacità di prevedere le conseguenze giuridiche di un atto o di un fatto². La certezza è un valore perché la prevedibilità delle conseguenze del proprio agire consente ai cittadini di conoscere quali siano i propri spazi di libertà. Ed è un valore tipicamente liberale, connaturato alla nozione ottocentesca di stato di diritto, poiché volto a garantire la sicurezza del cittadino di fronte alla legge, di

¹ Non si possono tuttavia non ricordare il lavoro di F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968; E. ALLORIO, *Certezza del diritto dell'economia*, in *Rivista del diritto dell'economia*, 1956, p. 1198; M. LONGO, *Certezza del diritto*, in *Novissimo Digesto italiano*, III, Torino, Utet, 1974, p. 124 ss.; M. CORSALE, *Certezza del diritto. I) Profili teorici*, in *Enciclopedia giuridica*, VI, Roma, Istituto della enciclopedia italiana, 1988; L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto (voce)*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, II, Torino, Utet, 1988, p. 274 ss.; F.F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, Napoli, ESI, 2018, p. 59 ss.

² G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, Giappichelli, 2005.

fronte al potere, ad assicurare cioè il principio di eguaglianza formale. In secondo luogo, la certezza del diritto così intesa presuppone la conoscibilità del contenuto del diritto, affinché il soggetto possa decidere liberamente e consapevolmente. Questa accezione è particolarmente intensa nel diritto penale, tanto da trovare presidio nell'art. 25 della Costituzione³.

Negli ultimi anni è però convinzione sempre più diffusa che la certezza del diritto sia anche uno dei presupposti perché un ordinamento possa garantire le posizioni giuridiche in modo efficace e, dunque, che il sistema-giustizia possa dirsi efficiente. In questa prospettiva, l'incertezza del diritto acuisce, infatti, "lo scarto", "la distanza", tra fatto e diritto, alimentando il contenzioso e rendendo i processi più lunghi⁴, peraltro con ricadute sull'efficienza economica⁵. Ecco, dunque, definito il nesso che la dottrina più recente, in modo più o meno consapevole, ha individuato tra certezza del diritto ed efficienza della giustizia.

2. Chi deve garantire certezza

L'aspetto di maggiore interesse è definire chi debba assicurare la certezza del diritto, e con quali modi.

A parere di chi scrive, quando Norberto Bobbio scrisse il noto saggio *La certezza del diritto è un mito?*, pubblicato nella *Rivista internazionale di filosofia del diritto* del 1951, e affermò che il diritto o è certo e prevedibile o non è diritto, muoveva dal presupposto che la certezza del diritto fosse un carattere ontologico del diritto prodotto dal legislatore.

In questo passo egli aderisce infatti al giuspositivismo originario, secondo cui la certezza è un carattere essenziale e formale (perché conta che il diritto sia certo, non giusto) del diritto, e spetta dunque al legislatore il compito di garantire certezza. Al fondo, peraltro, vi è una chiara opzione

³Particolarmente importante è la sent. n. 364/1988, con cui la Corte costituzionale affrontò il tema della effettiva conoscibilità del precetto penale quale presupposto per la dichiarazione di colpevolezza. La decisione suscitò ampio dibattito poiché, da un lato, essa affermò che deve essere garantita la conoscibilità, dall'altro lato, implicitamente riconobbe l'impossibilità di garantire tale conoscibilità solo attraverso la legge generale e astratta. Per tutti, v. D. PULITANO, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1988, p. 721.

⁴M. CORSALE, *Certezza del diritto. I) Profili teorici*, cit., p. 2; L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto (voce)*, cit., p. 277.

⁵Si rinvia qui a M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista Aic* 4/2012, p. 41.

ideologica, ossia la necessità dello Stato moderno di concentrare la decisione politica in capo al legislatore, anziché lasciarla a funzionari o ad altri soggetti non controllabili.

In questa prospettiva, solo un ordinamento giuridico caratterizzato da norme legislative generali e astratte, formulate con un linguaggio chiaro, raccolte in un sistema coerente e completo, può offrire una risposta prevedibile: pertanto, la garanzia della certezza del diritto richiede che le fonti non siano numericamente eccessive, che le disposizioni siano generali e astratte, non siano retroattive, siano scritte con un linguaggio chiaro, con poche clausole generali, che siano dotate di una certa stabilità nel tempo, che le eventuali antinomie siano risolte all'interno di un *sistema* delle fonti organizzato intorno al principio gerarchico, ossia in base alla forza formale delle fonti del diritto⁶ (più che – come invece è oggi – a quello della competenza). Del giudice, chiamato a interpretare in modo formale la legge, il giuspositivista originario meno, e poco, si occupa, proprio perché la certezza del diritto è obiettivo, e compito, che riguarda il legislatore, tanto che, se la norma pone dubbi interpretativi, si afferma che spetta al legislatore stesso risolverli con norme interpretative. All'art. 73 dello Statuto albertino, inserito nel capo dedicato all'ordine giudiziario, era infatti stabilito che «L'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo».

In questa parte si riscontra un evidente richiamo al modo di concepire il giudice e la sua funzione originato durante la Rivoluzione francese, quando il giudice fu proclamato indipendente sul presupposto teorico (evidentemente errato, ma condiviso) che la funzione giudiziaria si risolvesse in una meccanica applicazione della legge⁷, e si cercarono strumenti per limitare o abolire il potere interpretativo dei giudici allo scopo di evitare la distorsione del significato della legge espressiva della volontà generale (in via preventiva con l'istituto del *référé législatif* introdotto con decreto 16 agosto 1790, in via successiva con l'istituzione, nello stesso anno, del *Tribunal de Cassation*, chiamato a garantire che i giudici applicassero il testo espresso dalla legge attraverso l'annullamento delle sentenze contenenti una *contravention expresse au texte de la loi*). Del resto – come ha osservato Cala-

⁶Che lo schema gerarchico regga bene in ordinamenti relativamente semplici, quali quelli che caratterizzano il primo affermarsi, nel continente europeo, dello "Stato moderno" rappresentativo è esemplarmente ricordato da V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, Cedam, 1984, pp. 202-203.

⁷Per tutti, R. GUASTINI, *La funzione giurisdizionale nella Costituzione dell'anno III*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 555.

mandrei – l'esigenza di uniformare la giurisprudenza non si pone a chi nega l'esistenza stessa della giurisprudenza⁸.

Nel periodo liberale, non si era però ingenui; vi era, in realtà, consapevolezza delle potenzialità dell'attività interpretativa. E, infatti, pur dichiarando che l'interpretazione spetta al potere legislativo, si scelse di incorporare la magistratura nella struttura statale, proprio perché si riteneva che un corpo burocratico formato da tecnici fosse più incline a interpretare la propria funzione come attività meramente tecnica di ritrovamento della norma adatta al caso concreto e a rimanere così estraneo al processo di governo⁹. E, dal canto suo, la dottrina rimase in prevalenza ancorata a quella concezione "neutra" della funzione giudiziaria, perché dell'assunto della neutralità del giudice si nutrivano anche le aspirazioni all'indipendenza dal potere politico (il quale, appunto, può essere indipendente perché non esercita un potere discrezionale)¹⁰.

Infine (siamo ormai entrati nel XX secolo), anche grazie al passaggio dalla teoria imperativista a quella normativista di stampo kelseniano, pure i giuspositivisti (ormai post-positivisti) riconoscono che l'interpretazione è operazione solo in parte conoscitiva e che la certezza del diritto, valore cardine dell'ordinamento giuridico, più che un carattere essenziale del diritto, spesso si rivela, realisticamente, un obiettivo da raggiungere.

E così la dottrina, consapevole che nell'applicazione della legge sussiste sempre un margine di incertezza, inizia ad ampliare la propria riflessione alla possibilità di controllare razionalmente, con il diritto, i processi di interpretazione, argomentazione e applicazione delle disposizioni giuridiche. Insieme al persistente richiamo alla necessità che le norme siano astratte e generali, chiare nelle loro formulazioni, e coerenti e razionali tra loro, si tenta di usare il diritto per regolare il procedimento (mentale) di interpretazione del diritto stesso (si fa qui riferimento, evidentemente, all'art. 12 delle preleggi, approvate nel 1942¹¹), e a fissare ulteriori criteri (non solo più la gerarchia) per sciogliere le antinomie nel *sistema* delle fonti.

Cambia anche il ruolo della Corte di cassazione, alla quale viene affidato non più solo il compito, guardando al passato, di garantire l'esatta os-

⁸P. CALAMANDREI, *Cassazione civile*, I, Milano-Torino-Roma, Fratelli Bocca, 1920, p. 433.

⁹G. REBUFFA, *La funzione giudiziaria*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 69 e 87.

¹⁰Sia consentito qui rinviare a F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 53 ss.

¹¹Il lavoro di analisi più ampio e completo è certamente quello di R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale. Art. 10-15*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1974, p. 194 ss.

servanza della legge annullando la decisione errata in diritto (secondo la nozione originaria della nomofilachia), ma anche quello di assicurare *pro futuro* l'uniforme interpretazione della legge (art. 65 del r.d. n. 12/1941)¹². Nella relazione al progetto che diverrà il r.d. n. 12/1941, si legge che le decisioni della Corte di cassazione «non hanno naturalmente valore normativo, poiché, come ogni pronuncia giurisdizionale, non possono che affermare la volontà della legge nel caso concreto», ma che la giurisprudenza della Corte stessa «serve di guida costante alle magistrature inferiori, ed ha quindi un valore esegetico che, se non è quello della interpretazione autentica, molto a questa si avvicina». La certezza del diritto inizia timidamente a divenire anche un problema di cui deve farsi carico la magistratura.

È in questo clima giuridico-culturale che è stata scritta la nostra Costituzione.

Mi azzarderei tuttavia ad affermare che i costituenti fossero ancora legati perlopiù al primo positivismo giuridico, più vicini alla tradizione di quanto lo fosse il legislatore degli anni Quaranta. Non solo erano decisamente contrari ad ogni apertura alle correnti antiformalistiche, ossia ad attribuire anche ai giudici e all'amministrazione il compito di concorrere alla produzione del diritto, ma evitarono accuratamente ogni riferimento alla giurisprudenza. Scelsero un modello a produzione normativa accentrata (nelle mani degli organi politico-rappresentativi), garantendo solo il ricorso in Cassazione "per violazione di legge". La proposta di Calamandrei di inserire in Costituzione una disposizione che assegnasse alla Corte di cassazione anche il compito di garantire l'uniformità giurisprudenziale fu rigettata¹³.

Nel contempo, essi, forse inconsapevolmente, fecero scelte che avrebbero cambiato il volto dell'ordinamento giudiziario e il modo di esercitare la funzione giudiziaria.

Anzitutto, volendo eliminare ogni incrostazione di gerarchia istituzionale e funzionale all'interno dell'ordine giudiziario, fu assicurata la piena indipendenza di ciascun giudice nel decidere le questioni a lui assegnate (artt. 101, comma 2, e 107, comma 4, Cost.).

¹² V. E. LUPPO, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione e l'indipendenza funzionale del giudice* e A. NAPPI, *L'interpretazione tra nomofilachia e indipendenza*, in *L'indipendenza della magistratura oggi*, a cura di N. Zanon e F. Biondi, Milano, Giuffrè, 2020, pp. 98-103.

¹³ Si fa qui riferimento all'art. 12, comma 2, del progetto presentato da Calamandrei, in data 17 ottobre 1946, alla II Sottocommissione dell'Assemblea costituente. La disposizione era così formulata: «Al vertice dell'ordinamento giudiziario, unica per tutto lo Stato, siede in... la Corte di cassazione, istituita per mantenere l'unità del diritto oggettivo nazionale attraverso l'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale e per regolare le competenze fra i giudici».

In secondo luogo, è l'avvento stesso della Costituzione a determinare un ampliamento del ruolo della giurisdizione e dei margini interpretativi¹⁴. Quando infatti i principi costituzionali entrano nel processo di interpretazione delle fonti primarie e, soprattutto, i giudici sono invitati a interpretare le fonti primarie alla luce della Costituzione, l'incertezza inevitabilmente aumenta.

Ma è soprattutto in tempi più recenti che quest'ultima ha assunto livelli inaspettati.

Il progressivo indebolimento della democrazia rappresentativa, intesa come incapacità delle forze politiche rappresentate in Parlamento di comporre i conflitti, contrastare i particolarismi e assumere decisioni di lungo periodo o su temi sensibili, ha contribuito al peggioramento della qualità della legislazione (spesso oscura perché frutto di approvazione in tempi stretti o di mediazioni al ribasso), alla frammentazione e all'instabilità del diritto (con decreti-legge "che si rincorrono", decreti legislativi che integrano e correggono quelli entrati in vigore pochi mesi prima, norme retroattive spesso sotto la veste di norme di interpretazione autentica, norme temporanee, derogatorie o provvedimentali). Anche la mancata assunzione di decisioni crea incertezza, poiché costringe il giudice a ricorrere all'analogia e ai principi generali del diritto per risolvere i casi concreti.

Se a tutto ciò aggiungiamo l'apertura al diritto sovranazionale, e soprattutto alla giurisprudenza sovranazionale, si comprende plasticamente perché abbiamo assistito sia a un ampliamento del ruolo della giurisdizione, sia all'aumento dell'incertezza del diritto.

Si tratta di un fenomeno in parte inevitabile, ma che la dottrina stessa ha favorito, esaltando il diritto giurisprudenziale, il diritto prodotto dal giudice, la giustizia del caso concreto, con aperture al realismo giuridico. Si è autorevolmente sostenuto che legislatore e giudici "reperiscono" il diritto in una posizione di parità e che l'art. 101, comma 2, Cost. garantisce l'indipendenza, mentre non segna il limite dell'interpretazione rispetto a ciò che la legge prevede¹⁵. Si è giunti a sostenere che la certezza non è solo un "mito", ma forse neppure un ideale da perseguire, in quanto la certezza di matrice illuministica impedirebbe l'adozione della "giusta" decisione "caso per caso"¹⁶. Ovviamente, l'effetto ultimo è che diritto e politica non si di-

¹⁴ G. PINO, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, in *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, a cura di A. Apostoli e M. Gorlani, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, p. 18 ss.

¹⁵ Cfr. P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2017.

¹⁶ F. RIMOLI, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in AA.VV., *Trasformazioni della funzione legislativa*, a cura di F. Modugno, II, Milano, Giuffrè, 2000, spec.

stinguono, e che siano gli interpreti, soprattutto i giudici, ad assumere decisioni *lato sensu* politiche¹⁷.

In questo contesto, oggi, parlando di certezza del diritto, inevitabilmente si allarga lo sguardo dalla produzione legislativa e dalla tecnica di redazione delle norme¹⁸ al modo in queste ultime sono interpretate e applicate¹⁹. Poiché la coerenza delle decisioni giudiziarie produce certezza, pretendiamo certezza dal giudice, anziché dal legislatore.

La prospettiva appare dunque radicalmente diversa rispetto a quella originaria, poiché la certezza non è più un valore che guida anzitutto il legislatore, ma finisce per riguardare quasi esclusivamente il modo in cui il diritto è interpretato e applicato dall' autorità giudiziaria²⁰: ma se la nozione di certezza non implica più solo prevedibilità *ex ante* delle conseguenze giuridiche di un' azione come definita dal legislatore, ma anche e soprattutto prevedibilità della decisione giudiziaria, l' attenzione inevitabilmente si sposta dalla qualità della normazione alle controllabilità *ex post* della decisione giudiziaria stessa.

p. 81 e p. 92. Secondo P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari-Roma, Laterza, p. 52, la certezza del diritto sarebbe una "mala sorte".

¹⁷ A questa dottrina si rivolge criticamente anche Massimo Luciani, in *Ogni cosa a suo posto*, Milano, Giuffrè, 2023, passim, ma spec. pp. 47-49, 59-60, anche se l' A., in realtà, va anche oltre, non limitandosi a stigmatizzare la dottrina che ha esaltato la funzione giudiziaria, ma anche quella che abdicato al proprio compito di fare ordine. Duramente critico nei confronti della dottrina fu anche CALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, in *Riv. dir. commerciale*, 1942, I, p. 341 ss., e ora in appendice al volume di F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, pubblicato da Giuffrè nel 1968, pp. 173-179. Calamandrei già allora osservava, rispetto all'incertezza prodotta dai giudici, che «l' opera distruttiva della dottrina può essere, a lungo andare, più penetrante, perché è più ragionata e continuativa: e perché l'incertezza che può essere ingenerata dalle dispute della dottrina non si limita necessariamente all' esegesi di singole norme, ma può, teorizzando, attaccare addirittura la forma in cui ogni diritto si manifesta, e cancellare così nelle coscienze l' idea stessa di diritto».

¹⁸ Sull'incertezza prodotta dal linguaggio normativo, cfr. C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999.

¹⁹ Cfr. la ricostruzione della dottrina più recente da parte di S. BERTEA, *La certezza del diritto nel dibattito teorico-contemporaneo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2001, p. 131 ss., spec. p. 147 ss.

²⁰ Pur giungendo poi a conclusioni parzialmente differenti da quelle proposte nel testo, questo passaggio è evidenziato anche da M. VOGLIOTTI, *Indipendenza del giudice e rispetto del precedente*, in *Legislazione penale*, 19 ottobre 2020, p. 32 ss., spec. p. 41.

3. Recenti “tendenze” normative: certezza come coerenza giurisprudenziale

In tale contesto, sembra che il legislatore stesso abbia preso atto (consapevolmente o, con maggiore probabilità, inconsapevolmente) della propria incapacità di garantire certezza del diritto e, di converso, del ruolo sempre più rilevante della giurisdizione e che, alla pressante richiesta di prevedibilità, non stia dando una risposta cambiando il modo di produrre il diritto, bensì solo tentando di uniformare gli orientamenti giurisprudenziali: dunque agendo, anziché “a monte”, esclusivamente “a valle” del problema. Incapace cioè di assicurare un sistema normativo chiaro, coerente e completo, il legislatore affida ai giudici, spingendoli a formulare e poi seguire orientamenti giurisprudenziali uniformi, il compito di garantire certezza.

Quanto detto traspare anzitutto dalle riforme processuali con cui, negli ultimi anni, è stata valorizzata ed enfatizzata la funzione nomofilattica della Corte di cassazione (in particolare, delle Sezioni unite) e degli altri vertici funzionali delle magistrature (Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e Sezioni riunite in sede giurisdizionale della Corte dei conti).

Il primo segnale in questa direzione è costituito dalla riforma, realizzata nel 2006, dell’istituto del ricorso in Corte di cassazione nell’interesse della legge. Da quel momento, l’art. 363 c.p.c. consente alle Sezioni unite della Corte di fissare un principio di diritto, a prescindere dall’esistenza di un giudizio concreto in cui tale principio possa trovare applicazione immediata. È il Procuratore generale della Corte di cassazione a poter chiedere, qualora ritenga che la questione sia di particolare importanza, che le Sezioni unite enuncino un principio di diritto al quale il giudice di merito «avrebbe dovuto attenersi». Il principio di diritto può inoltre essere pronunciato dalla Corte di cassazione d’ufficio, quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile ed essa ritenga che la questione sia di particolare importanza. Il principio di diritto così enunciato non produce effetti immediati su una controversia di merito, ma serve prevalentemente a orientare i giudici, in altri futuri giudizi, nell’interpretazione di una determinata disposizione normativa. La Corte costituzionale, nella sent. n. 119/2015, ha definito tale competenza «massima espressione della funzione nomofilattica che la stessa Corte di cassazione è istituzionalmente chiamata a svolgere», come se – appunto – il compito di quest’ultima fosse anzitutto quella di orientare *pro futuro*, anziché annullare le decisioni *contra legem*.

Sempre agendo sulle norme processuali, il legislatore ha poi stabilito che, se le Sezioni semplici della Corte di cassazione non condividono il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite, “devono” rimettere a

queste ultime la decisione del ricorso, mentre, in precedenza, erano solo “facoltizzate” a farlo (art. 374, comma 3, c.p.c., modificato dal d.lgs. n. 40/2006, e art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p., introdotto dalla l. n. 103/2017). L’obbligo non sussiste solo se le Sezioni semplici ritengono che il principio di diritto contrasti con un principio costituzionale: in tale ipotesi, possono sollevare questione di legittimità costituzionale di fronte alla Corte costituzionale (sentt. n. 33/2021 e n. 13/2022).

È stato correttamente osservato come tale disposizione sia volta a contenere i contrasti “dentro” la Corte di cassazione (decisamente aumentati dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso²¹), così che essa possa esprimersi con una voce unica, proprio per esercitare al meglio la funzione nomofilattica²²; tuttavia, resta sintomatica dell’attenzione prestata alla necessità che la giurisdizione si attesti verso orientamenti giurisprudenziali uniformi.

Disposizioni simili sono contenute anche nel codice del processo amministrativo (art. 99 c.p.a.)²³ e, con riferimento al ruolo delle Sezioni riunite della Corte dei conti, all’art. 1, comma 7, d.l. n. 453/1993, nonché, in seguito della riforma della giustizia contabile, agli artt. 11²⁴,

²¹ Come evidenziato nel lavoro monografico di A. ESPOSITO e G. ROMEO, *I mutamenti nella giurisprudenza costituzionale della Cassazione (142 casi di contrasto nel quadriennio 1991-1994)*, Padova, Cedam, 1995.

²² E. LUPO, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione e l’indipendenza funzionale del giudice*, cit., e A. NAPPI, *L’interpretazione tra nomofilachia e indipendenza*, cit., risp. pp. 97 e 133. Cfr. anche G. CANZIO, *Legalità penale, processi decisionali e nomofilachia*, in *Sistema penale*, 29 giugno 2022, p. 11, il quale – con riferimento a queste ipotesi – utilizza la formula di “precedente orizzontale”.

²³ L’art. 99 c.p.a. prevede, al comma 1, che «La sezione cui è assegnato il ricorso, se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o d’ufficio può rimettere il ricorso all’esame dell’adunanza plenaria», al comma 2 che, «Prima della decisione, il presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d’ufficio, può deferire all’adunanza plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali». Al comma 3 è stabilito che «Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall’adunanza plenaria, rimette a quest’ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso». Infine, al comma, 4, che, «se ritiene che la questione è di particolare importanza, l’adunanza plenaria può comunque enunciare il principio di diritto nell’interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l’estinzione del giudizio. In tali casi, la pronuncia dell’adunanza plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato». Come si vede, il sistema è ricalcato su quello vigente all’interno della giurisdizione ordinaria.

²⁴ Secondo quanto dispone l’art. 11, d.lgs. n. 174/2016, «Le sezioni riunite in sede giurisdizionale della Corte dei conti, quali articolazione interna della medesima Corte in sede d’appello,

114²⁵ e 117²⁶ del d.lgs. n. 174/2016, con cui è stata nuovamente disciplinata in modo organico la materia. L'obiettivo, nel complesso, è quello di indurre i vertici delle magistrature ordinaria e speciali ad esprimersi in modo coerente, dal momento che l'eccesso di contenzioso ha reso difficile assicurare nomofilachia proprio agli organi che vi sono espressamente preposti.

Ancora, si muove nel solco del rafforzamento della funzione nomofilatica della Corte di cassazione, oltre che di una riduzione del carico di lavoro di tale organo, la riforma, ad opera della l. n. 69/2009, dell'art. 360-*bis* c.p.c., in base al quale il ricorso in Cassazione è inammissibile quando il provvedimento impugnato ha deciso questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte stessa e l'esame dei motivi adottati dal ricorrente non offra elementi per confermare o mutare tale orientamento. Per un avvocato, è diventato oggi molto più difficile riuscire a convincere un giudice a ripensare un orientamento consolidato.

Infine, non può non essere menzionato l'art. 363-*bis* c.p.c. (introdotto dal d.lgs. n. 149/2022), che consente al giudice di merito, dopo aver sentito le parti costituite, di sospendere il processo e disporre il rinvio *pregiudiziale* alla Corte di cassazione per la risoluzione di una questione di diritto. Quest'ultima deve essere necessaria alla definizione anche parziale del giudizio, non deve essere stata ancora risolta dalla Corte di cassazione, deve presentare gravi difficoltà interpretative e deve essere suscettibile di porsi in numerosi giudizi. L'ordinanza con cui il giudice dispone il rinvio pregiudiziale deve essere motivata e illustrare le «diverse interpretazioni pos-

sono l'organo che assicura l'uniforme interpretazione e la corretta applicazione delle norme di contabilità pubblica e nelle altre materie sottoposte alla giurisdizione contabile» e «Le sezioni riunite in sede giurisdizionale decidono sui conflitti di competenza e sulle questioni di massima deferite dalle sezioni giurisdizionali d'appello, dal Presidente della Corte dei conti, ovvero a richiesta del procuratore generale».

²⁵ All'art. 114, comma 1, del d.lgs. n. 174/2016 è previsto che «Le sezioni giurisdizionali d'appello possono deferire alle sezioni riunite in sede giurisdizionale la soluzione di questioni di massima, d'ufficio o anche a seguito di istanza formulata da ciascuna delle parti», al comma 2 che «La sezione, con l'ordinanza di deferimento, dispone la rimessione del fascicolo d'ufficio alla segreteria delle sezioni riunite», infine, al comma 3, che «Il presidente della Corte dei conti e il procuratore generale possono deferire alle sezioni riunite in sede giurisdizionale la risoluzione di questioni di massima oppure di questioni di diritto che abbiano dato luogo, già in primo grado, ad indirizzi interpretativi o applicativi difformi».

²⁶ L'art. 117 del d.lgs. n. 174/2016 stabilisce che «La sezione giurisdizionale di appello che ritenga di non condividere un principio di diritto di cui debba fare applicazione, già enunciato dalle sezioni riunite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione dell'impugnazione».

sibili». Il Primo presidente della Corte di cassazione, ricevuti gli atti, se ritiene sussistenti i presupposti previsti dall'art. 363-*bis* c.p.c. per la proposizione del rinvio pregiudiziale, assegna la questione alle Sezioni unite o alle Sezioni semplici; in caso contrario, dichiara inammissibile la questione con decreto.

Tale recente istituto merita qualche riflessione aggiuntiva.

Secondo quanto sin qui detto, infatti, la norma sembrerebbe ascrivere allo stesso disegno di quelle precedenti: da un lato, tenta di rinforzare la funzione nomofilattica della Corte di cassazione latamente intesa (ossia, non controllo sull'esatta osservanza della legge da parte del giudice, ma orientamento dei giudici che ancora si devono pronunciare), dall'altro lato, confida di deflazionare il contenzioso in Cassazione. In realtà, l'art. 363-*bis* c.p.c. fa qualcosa di più e di diverso.

Prevede infatti che l'enunciazione del principio di diritto abbia efficacia vincolante nel procedimento nell'ambito del quale è stata rimessa la questione, e, ove il processo si estingua, «anche nel nuovo processo in cui è proposta la medesima domanda tra le stesse parti». Ciò significa che la decisione della Cassazione vincola anche i giudici dei gradi successivi di quel processo e quelli di un processo diverso chiamati a valutare la medesima domanda, ossia giudici che quella questione non hanno posto. Più precisamente, il principio di diritto non vincola soltanto il giudice che dispone il rinvio pregiudiziale, ma anche i giudici delle eventuali successive impugnazioni, compresa la stessa Corte di cassazione, se adita ai sensi dell'art. 360 c.p.c. (la quale, secondo parte della dottrina, non potrà aderire a un nuovo orientamento giurisprudenziale che si sia formato nel frattempo sul punto)²⁷. Il principio di diritto enunciato dalla Cassazione in sede pregiudiziale acquisisce così una “stabilità irreversibile”²⁸.

Inoltre, quello stesso principio ha efficacia “pan-processuale” e, quindi, non solo nel procedimento nel quale è stato disposto il rinvio pregiudiziale, ma anche nell'eventuale nuovo giudizio instaurato, a seguito dell'estin-

²⁷ G. SCARSELLI, *Note sul rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione di una questione di diritto da parte del giudice di merito*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021.

Da tenere in considerazione che la vincolatività del principio di diritto non esclude, tuttavia, che il giudice del rinvio possa ri-valutare fatti già accertati, così come indagare nuovi fatti nell'ambito del giudizio da cui è scaturito il rinvio, come evidenzia A. SCARPA, *Il rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c.: una nuova «occasione» di nomofilachia?*, in *Giustiziainsieme.it*, 2023.

²⁸ Salve alcune ipotesi limite, come, ad esempio, la dichiarazione di incostituzionalità della norma da applicare o, ancora, ipotesi di *ius superveniens*: sul punto, cfr. ancora, A. SCARPA, *Il rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c.: una nuova «occasione» di nomofilachia?*, cit.

zione del primo, con la riproposizione della stessa domanda nei confronti delle stesse parti²⁹.

Lo scopo del legislatore è evidente: se la Cassazione si pronuncia “in anticipo”, il principio di diritto così enunciato non può essere messo in discussione.

Tale corollario suscita, tuttavia, nel costituzionalista, qualche dubbio rispetto al principio di indipendenza funzionale del giudice, garantito agli artt. 101, comma 2, e 107, comma 4, Cost., il quale assicura che ciascun giudice, nell’esercizio della funzione giudiziaria, ossia nel condurre il processo e nel decidere i fascicoli che gli sono assegnati, non sia vincolato ad altra indicazione se non a quella che discende dalla legge, neppure se proveniente dall’interno dell’ordine giudiziario.

Sino ad oggi la Corte costituzionale si è occupata dell’effetto vincolante del principio di diritto nei confronti del giudice che ha emesso il provvedimento che è stato impugnato in Cassazione (sentt. n. 50/1970 e n. 375/1996). Secondo quanto prescrive l’art. 363-*bis* c.p.c., invece, la decisione della Cassazione è destinata a produrre effetti vincolanti anche in altri giudizi e, quindi, a limitare la libertà interpretativa di altri giudici (quelli chiamati a riesaminare in un grado successivo, o in un diverso giudizio, la medesima domanda). E dunque, forse salvo ritenere, con una interpretazione costituzionalmente conforme, che il vincolo si allenti almeno se cambia il quadro fattuale nel quale la decisione della Cassazione era maturata³⁰, si può dubitare che quest’ultima riforma sia rimasta entro i confini tracciati dai richiamati artt. 101, comma 2, e 107, comma 4, Cost.

Altre riforme recenti, diverse da quelle strettamente processualistiche, sembrano confermare il diffondersi della prospettiva giuridico-culturale indicata, ossia il tentativo del legislatore di recuperare certezza del diritto attraverso il consolidamento di orientamenti giurisprudenziali uniformi.

Si fa qui riferimento ad alcune modifiche alle norme di ordinamento giudiziario approvate di recente.

Ovviamente nessuna riserva (anzi) può essere opposta alle disposizioni volte a rafforzare gli uffici a supporto della Corte di cassazione, affinché

²⁹ Lo evidenzia G.T. LIUZZI, *La riforma della giustizia civile: il nuovo istituto del rinvio pregiudiziale*, in *Iudicium*, 2021. Sul punto, giova ricordarsi che l’estinzione del procedimento (artt. 306-307 c.p.c.) non estingue l’azione, che può essere riproposta in un nuovo processo (art. 310 c.p.c.).

³⁰ Sul punto, v. le diverse posizioni di A. CARRATTA, *Il rinvio pregiudiziale alla Cassazione e la decisione “soggettivamente complessa”*, in *Giur. it.*, 2023, p. 467 ss. e G. SCARSELLI, *Note sul rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione di una questione di diritto da parte del giudice di merito*, cit.

contribuiscano all'assunzione di decisioni ben ponderate rispetto ai divergenti orientamenti giurisprudenziali. È per questa ragione che l'organico dell'Ufficio del massimario della Cassazione è rimasto invariato (sessanta-sette unità), mentre il disegno di legge AC 2681 di riforma dell'ordinamento giudiziario, presentato dall'allora Ministro della Giustizia Bonafede il 28 settembre 2020, voleva ridurlo a trentasette. L'Ufficio del Massimario svolge una funzione essenziale non solo per l'opera di massimazione delle singole decisioni selezionate (la quale – sia detto per inciso – dovrebbe sempre più estendersi alla descrizione sintetica della fattispecie concreta), ma anche perché esso individua la rete dei precedenti, costruendo un vero e proprio sistema, oggi esteso anche alla giurisprudenza sovranazionale.

Né problematico, se correttamente applicato, è quanto prescritto di recente all'art. 3 della l. n. 130/2022. Dopo aver previsto che presso la Corte di cassazione è istituita una sezione civile incaricata esclusivamente di decidere le controversie in materia tributaria, è stabilito che il Primo presidente adotti provvedimenti organizzativi adeguati al fine di stabilizzare gli orientamenti di legittimità e di agevolare la rapida definizione dei procedimenti pendenti presso la Corte di cassazione in materia tributaria, favorendo l'acquisizione di una specifica competenza da parte dei magistrati assegnati alla sezione. Ovviamente, un'interpretazione costituzionalmente orientata dovrebbe escludere che il Primo presidente possa adottare provvedimenti organizzativi capaci di incidere sulla garanzia del giudice naturale: non potrebbe cioè decidere di assegnare tutti i fascicoli in cui viene in rilievo la stessa questione giuridica al medesimo giudice così da assicurare uniformità. Essa, semmai, invita a valorizzare quella che Canzio ha definito *nomofilachia orizzontale*³¹, ossia la ricerca di orientamenti giurisprudenziali uniformi attraverso il confronto, in posizione "paritaria", tra giudici dello stesso ufficio.

Ciò, peraltro, interessa anche gli uffici di merito. E, infatti, l'art. 47-*quater* del r.d. n. 12/1941 da tempo assegna ai Presidenti di sezione il compito di curare «lo scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali all'interno della sezione». Durante queste riunioni di Sezione, debitamente verbalizzate, i giudici della Sezione si confrontano su nodi interpretativi recenti o rilevanti (ad esempio, quando sono approvate nuove disposizioni normative di interesse per le materie trattate o si creano orientamenti giurisprudenziale difforni) al fine di convenire su una data interpretazione, pur sapendo, tuttavia, che poi ciascuno resta libero di adottare quella che ritiene corretta.

³¹ G. CANZIO, *Legalità penale, processi decisionali e nomofilachia*, cit., p. 7.

Ben più delicata è invece la scelta di misurare la professionalità dei magistrati attraverso l'accertamento della «sussistenza di gravi anomalie in relazione all'esito degli affari nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento», nonché, in ogni caso, attraverso l'acquisizione, a campione, di «provvedimenti relativi all'esito degli affari trattati dal magistrato in valutazione nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento e del giudizio» (art. 3, comma 1, lett. g, della legge n. 71/2022). L'obiettivo sembra quello di consentire di verificare la tenuta delle decisioni giudiziarie nei successivi gradi di giudizio, al fine di evitare che i giudici adottino soluzioni interpretative "eccentriche" che minino la prevedibilità della decisione e allunghino i tempi dei processi, nonché – con riferimento all'attività dei pubblici ministeri – la solidità degli impianti accusatori, per evitare che imputati siano sottoposti a lunghi processi giudiziari e poi, magari, siano assolti con formula piena (con spreco, in questa prospettiva, di tempo e risorse).

In attuazione di tale delega, l'art. 11, comma 2, lettera a), del d.lgs. n. 160/2006 come modificato dal d.lgs. n. 44/2024 precisa ora che la "capacità", «oltre che alla preparazione giuridica e al relativo grado di aggiornamento, è riferita, secondo le funzioni esercitate, al possesso delle tecniche di argomentazione e di indagine, anche in relazione alla sussistenza di gravi anomalie concernenti l'esito degli affari nelle successive fasi e nei gradi del procedimento e del giudizio ovvero alla conduzione dell'udienza da parte di chi la dirige o la presiede». Secondo il nuovo articolato, «[p]ossono costituire indice di grave anomalia ... il rigetto delle richieste avanzate dal magistrato o la riforma e l'annullamento delle decisioni per abnormità, mancanza di motivazione, ignoranza o negligenza nell'applicazione della legge, travisamento manifesto del fatto, mancata valutazione di prove decisive, quando le ragioni del rigetto, della riforma o dell'annullamento sono in se stesse di particolare gravità ovvero quando il rigetto, la riforma o l'annullamento assumono carattere significativo rispetto al complesso degli affari definiti dal magistrato».

Tale formulazione è l'esito di un lungo processo di mediazione tra chi avrebbe voluto ancorare la grave anomalia al mero discostarsi dalla giurisprudenza maggioritaria o consolidata e chi, condivisibilmente, rilevava il rischio di illegittimità costituzionale di una disposizione di tale tenore, non solo rispetto alla libertà interpretativa del giudice (che – come detto – nel nostro ordinamento non è giuridicamente vincolato al rispetto dei precedenti della Corte di cassazione, se non nei casi specificamente indicati), ma forse anche del diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost., in quanto finisce per ridurre di molto le possibilità, per un avvocato, di vedere accolte soluzioni interpretative differenti da quelle ormai maggioritarie.

Il testo sopra ricordato comunque cambia, rispetto al passato, il parametro di valutazione.

In precedenza, infatti, il legislatore si limitava a riferire la “capacità” del magistrato al possesso delle tecniche di argomentazione e di indagine, «anche in relazione all’esito degli affari nelle successive fasi e nei gradi del procedimento e del giudizio», lasciando alla circolare attuativa del Consiglio superiore della magistratura la definizione di questo parametro. Ora, invece, è il legislatore a specificare che riforme e annullamenti nei gradi successivi rilevano sia nel caso in cui assumano «carattere significativo rispetto al complesso degli affari definiti dal magistrato», sia se risultano «in se stesse di particolare gravità» (ad esempio, si pensi al caso in cui un impianto accusatorio sia smentito dall’organo giudicante per mancata valutazione da parte della pubblica accusa di una prova decisiva).

Ma come misurare la grave anomalia?

Per valutare l’anomalia rispetto al complesso degli affari è necessario anzitutto avere dati statistici. Per questo, ora l’art. 10-*bis*, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 106/2006 dispone che nel neo istituito fascicolo per la valutazione del magistrato siano inseriti per ogni anno di attività anche «i dati statistici comparati relativi al lavoro svolto individuati ai sensi dell’articolo 11, comma 3, lett. b)». A sua volta, quest’ultima disposizione prevede che tali dati statistici siano raccolti in modo tale da documentare anche «l’esito delle richieste o dei provvedimenti resi nelle fasi e nei gradi successivi» (cfr. art. 11, comma 3, lett. b, n. 3). Non è ancora dato sapere come saranno raccolti questi dati. La disciplina è rimessa ad apposita delibera del Consiglio superiore, non ancora approvata.

Per individuare anomalie «in se stesse di particolare gravità», è invece necessario avere accesso ai provvedimenti redatti dal magistrato in valutazione. Secondo l’art. 10-*bis* del d.lgs. n. 160/2006 introdotto dal d.lgs. n. 44/2024, dovranno rientrare nel fascicolo per la valutazione del magistrato «gli atti e i provvedimenti redatti dal magistrato, i verbali delle udienze alle quali abbia partecipato e i provvedimenti relativi all’esito degli affari trattati nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento e del giudizio, scelti a campione sulla base di criteri oggettivi stabiliti dal Consiglio superiore della magistratura al termine di ciascun anno, in modo tale che il numero dei provvedimenti acquisiti sia idoneo a dare effettiva rappresentazione del lavoro del singolo magistrato per ogni anno in valutazione». Anche sotto questo aspetto, è necessario attendere la delibera attuativa del Consiglio.

Al di là delle questioni attuative di dettaglio che sono ora in discussione, ciò che qui si intende segnalare è il clima culturale che accomuna le diverse riforme qui ricordate. Da un lato, è certo importante che anche i ma-

gistrati, con senso di responsabilità, si facciano carico dell'esigenza di favorire la prevedibilità delle decisioni, dall'altro lato è opportuno non eccedere nel senso opposto: i giudici potrebbero infatti essere indotti a uniformarsi agli orientamenti prevalenti per non correre rischi sulla tenuta dei loro provvedimenti, evitando di cogliere la specificità del caso, evidenziato magari dalla difesa, oppure potrebbero essere scoraggiati dal proporre soluzioni interpretative nuove, che, invece, potrebbero poi da minoritarie divenire maggioritarie. Qualcuno ha parlato di rischi di una giurisprudenza "difensiva", in quanto disposizioni di questo tenore possono condurre a un conformismo giudiziario con ricadute anche sulla possibilità di vedere riformate decisioni che la difesa ritiene errate.

Resta poi da comprendere come sia possibile operare questa valutazione nei confronti dei pubblici ministeri: è corretto imputare la responsabilità dell'impianto accusatorio a singoli pubblici ministeri, se l'ufficio di procura è impersonale? oppure risponderà sempre il Procuratore della Repubblica?

Inoltre, pur comprendendo la problematica sottesa, ci si può chiedere se – nel quadro costituzionale e normativo vigente – sia coerente inserire una norma che valuta negativamente i pubblici ministeri se gli imputati vengono assolti. Se si aspira ad una maggiore terzietà del giudice, ossia ad un giudice che non ha timore di "smontare" l'impianto accusatorio, forse non è opportuno che questa terzietà finisca per ricadere negativamente sulla valutazione di professionalità di un collega, salvi, ovviamente, i casi davvero patologici che, però, dovrebbero essere già previamente individuati dal giudice delle indagini preliminari in occasione del rinvio a giudizio.

Da ultimo, non va trascurato che l'aspirazione alla prevedibilità della decisione giudiziaria, con l'obiettivo di recuperare certezza, può avere significative ricadute anche sul piano della responsabilità civile dei soggetti coinvolti, giudici, pubblici ministeri e avvocati.

Una questione particolarmente interessante fu rimessa, qualche anno fa, dalla Terza sezione civile della Corte di cassazione alle Sezioni Unite con ord. 18 maggio 2018, n. 12215. Nell'ambito di un giudizio per il risarcimento del danno avviato *ex l. n. 117/1988* (nel testo originario) nei confronti dello Stato per asseriti danni prodotti dall'esercizio della giurisdizione, la Terza Sezione, dopo aver rilevato come la decisione giudiziaria che si asseriva causativa del danno fosse stata assunta in totale contrasto con «principi di diritto costantemente ribaditi da oltre sessanta anni dalla Corte di legittimità» e con la «consolidata ed univoca interpretazione» delle norme applicabili, chiese alle Sezioni Unite qual è il discrimine tra attività di interpretazione (coperta, allora, dalla clausola di salvaguardia dell'in-

dipendenza funzionale del giudice) e inescusabilità della grave violazione di legge (fonte di responsabilità civile dello Stato) nel caso in cui la norma di diritto si asserisca violata in relazione al significato ad essa attribuito da orientamenti giurisprudenziali consolidati. Con la sent. 3 maggio 2019, n. 11747, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno escluso che il discostarsi dal precedente, pur autorevole, costituisca fonte di responsabilità civile, ma hanno evidenziato la necessità che il giudice motivi adeguatamente al fine di dimostrare la consapevolezza della propria scelta. Essa ha cercato così di coniugare ragionevolmente la libertà interpretativa del singolo giudice anche rispetto ad orientamenti consolidati con la “capacità” che, soprattutto in queste ipotesi, deve essere dimostrata.

Da ultimo, non può sottacersi il rischio che sia adombrata persino la responsabilità civile dell’avvocato che perda la causa intentata sulla base di un plausibile, ma minoritario, orientamento giurisprudenziale, poi non seguito dal giudice proprio perché l’interpretazione proposta era isolata³².

4. Conclusioni

In conclusione, oggi il legislatore, primo responsabile dell’incertezza del diritto, sembra aver preso atto della propria incapacità di assicurare un ordinamento giuridico chiaro e coerente e cerca di recuperare certezza inducendo la giurisdizione a incanalarsi verso percorsi giurisprudenziali coerenti, magari anche “lontani” dalla lettera della legge, ma almeno prevedibili.

L’obiettivo è perseguito – come visto – con strumenti e istituti differenti, alcuni dei quali meritano una attenta riflessione: un conto, infatti, è favorire, “dentro” la Corte di cassazione, il consolidamento di orientamenti giurisprudenziali uniformi, un conto è pretendere che i giudici tengano conto di tali orientamenti e vi si confrontino adeguatamente in motivazione, soprattutto se se ne discostano, altro è imporre *de facto* ai giudici – anche con misure di natura ordinamentale – di adeguarvisi.

Detto altrimenti: del ruolo (eccessivamente) ampio assunto dalla giurisdizione e della propria incapacità di contenerlo, il legislatore sembra consapevole e tenta ora di assicurare certezza ai cittadini provando a dare coerenza alla giurisprudenza.

Di questo clima giuridico-culturale anche la Corte costituzionale sembra essere stata condizionata. In passato, essa richiamava il valore della cer-

³² Come avvenuto di recente: v. Trib. Milano, I sezione civile, 19 dicembre 2022.

tezza del diritto solo nelle decisioni con cui annullava norme pretesamente di interpretazione autentica, ma, in realtà, retroattive e produttive di incertezza, sul presupposto che fosse il legislatore a causare in questo modo incertezza³³. La Corte richiamò, poi, l'esigenza di certezza quando dichiarò l'incostituzionalità della prassi della reiterazione del decreto-legge, in quanto una fonte provvisoria veniva "di fatto" stabilizzata (sent. n. 360/1996). Ancora oggi, invero, la Corte costituzionale chiede al legislatore di assicurare certezza, richiamandolo a garantire una maggiore stabilità del quadro normativo (tutela dell'affidamento) e a utilizzare tecniche di redazione delle leggi funzionali alla chiarezza, e quindi alla certezza, del diritto³⁴.

Tuttavia, di recente essa ha mostrato di preoccuparsi anche dell'incertezza giurisprudenziale e, pur ammettendo, e talvolta pretendendo dal legislatore, soprattutto in materia penale, che al giudice sia assicurata discrezionalità per calibrare la decisione sul caso concreto, cerca di favorire il consolidarsi di orientamenti giurisprudenziali stabili, valorizzando il ruolo nomofilattico dei vertici funzionali delle magistrature, qualificando diritto vivente solo l'interpretazione espressa da queste ultime e prendendo il diritto vivente come "dato" senza più metterlo in discussione³⁵.

L'interrogativo che però resta – toccando il cuore della questione – è fino a dove possiamo spingerci a recuperare "certezza" agendo solo sul modo in cui è esercitata la funzione giudiziaria (giudicante e requirente) o, detto diversamente, qual è il prezzo che rischiamo di pagare ricorrendo a tale strategia.

Con ciò, ovviamente, come già accennato, non si vuole certo trascurare l'importanza che i magistrati si facciano carico delle esigenze di prevedibi-

³³ Nella giurisprudenza sulle leggi di interpretazione autentica, si trovano affermazioni solo apparentemente contrastanti: se davvero di interpretazioni autentica, la Corte osserva che esse risolvono l'incertezza del diritto e garantiscono l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge (sent. n. 15/2012); se, invece, sono solo pretesamente di interpretazione autentica, ma, in realtà, retroattive o provvedimentali, esse – secondo la Corte – minano la certezza, in quanto vanno ad incidere su un orientamento giurisprudenziale consolidato su cui si faceva ormai affidamento (sentt. n. 61 e n. 104/2022).

³⁴ Cfr. sul punto soprattutto Corte cost., sent. n. 110/2023, ma anche, in precedenza, sentt. n. 25/2019; n. 70/2013; n. 34/1995; n. 185/1992; n. 96/1981; n. 177/1980. Cfr. A.G. ARABIA, *La legge oscura. Come e perché è incostituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2024, pp. 152-166, ma, prima ancora, M. ANIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, Laterza, 1997, pp. 1-232.

³⁵ Sia consentito rinviare su questo specifico aspetto a F. BIONDI, *Un recupero (quasi totale) della dottrina del diritto vivente. La Corte e la certezza del diritto*, in corso di pubblicazione su *Giurisprudenza costituzionale*.

lità della decisione, per le ricadute che l'incertezza produce soprattutto sull'eguaglianza dei cittadini. Non è pensabile che il magistrato eserciti la propria funzione pensando di poter personalizzare la risposta giudiziaria³⁶. Il confronto interno agli uffici e la formazione dovrebbero giocare un ruolo importante nel responsabilizzare i magistrati a questa esigenza.

Quando però si interviene sul sistema processuale e su quello ordinamentale, è opportuno ricordare che l'aspirazione alla certezza del diritto non può comprimere il principio di indipendenza funzionale del magistrato e il diritto di difesa. Garantire certezza del diritto, infatti, resta anzitutto un dovere del legislatore che deve assicurare un quadro normativo chiaro e stabile e non può, abdicando al proprio ruolo, far poi ricadere tale esigenza su spalle altrui.

³⁶ Si richiama qui un'espressione contenuta in uno scritto di V. Zagrebelsky, il quale affronta il tema della certezza del diritto e dell'indipendenza funzionale del giudice muovendo da una prospettiva culturale equilibrata e rispettosa di tutti i principi costituzionali in gioco. Cfr. V. ZAGREBELSKY, *Dalla varietà delle opinioni all'unità della giurisprudenza*, in *Cassazione penale*, 1988, pp. 1576-1577.

