

Il memorandum sulle giurisdizioni: il metodo tradisce l'obiettivo

Maria Acierno e Milena Falaschi

1. L'uniformità della giurisprudenza è un valore democratico ed una declinazione dell'uguaglianza. La non prevedibilità delle decisioni ne incrina radicalmente l'attuazione. La non unicità delle giurisdizioni, ove non siano distinti con nettezza attribuzioni e poteri, aumenta l'entropia.

Le ragioni della crisi della nomofilachia sono varie. La più rilevante è il numero abnorme di controversie rispetto alle risorse umane disponibili ma non è la sola. Ad essa si affiancano la circolazione incompleta e non tempestiva delle decisioni e degli orientamenti ed un deficit culturale ed organizzativo nella predisposizione di momenti istituzionali od informali di raccordo e di confronto su questioni controverse.

La criticità segnalata non riguarda soltanto le singole giurisdizioni al loro interno, ma può manifestarsi anche con orientamenti non univoci su questioni analoghe assunti da giurisdizioni diverse ed in particolare dagli organi di vertice delle giurisdizioni cui è affidata la funzione nomofilattica. Questo specifico potenziale *vulnus* al valore preminente dell'uniformità e della coerenza delle decisioni giudiziali, a differenza di quelli sopra sinteticamente individuati, deriva principalmente, come sottolineato di recente anche nel documento conclusivo dell'assemblea dell'Associazione Nazionale Magistrati che si è svolta il 27 giugno, dall'“abnorme espansione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo voluta dal Legislatore alla fine degli anni '90; espansione che ha allontanato l'ordinamento dalla prospettiva della tendenziale unità della giurisdizione e che, nonostante i correttivi apportati dalle sentenze della Corte costituzionale nn. 204/2004 e 191/2006, continua a presentare

profili di disarmonia rispetto all'impianto complessivo del sistema delle tutele giurisdizionali disegnato dalla Costituzione".

Meritano, pertanto, massima attenzione tutte le proposte rivolte ad intensificare gli spazi di riflessione, confronto ed elaborazione comuni rivolte a realizzare un'effettiva armonizzazione dell'esercizio della funzione nomofilattica. Sia che riguardino la dialettica interna di ciascuna giurisdizione sia che si realizzino attraverso il dialogo tra giurisdizioni, ogni sforzo deve essere messo in campo per potenziare le interrelazioni e le reti virtuose che si possono ideare e realizzare al fine di superare la separatezza e la impermeabilità all'interno di ciascun grado delle giurisdizioni e tra le giurisdizioni.

2. Per quanto riguarda la magistratura ordinaria, la struttura di formazione permanente facente capo alla nona Commissione del Consiglio Superiore della Magistratura, prima, ed attualmente alla Scuola della magistratura hanno attuato molteplici iniziative a livello centrale e nelle sedi decentrate, finalizzate al dialogo anche mediante laboratori di autoformazione tra i diversi gradi di giurisdizione¹.

La formazione decentrata presso la Corte di cassazione ha organizzato iniziative di formazione specificamente rivolte a risolvere questioni riguardanti il rapporto tra giurisdizione ordinaria e amministrativa² e tra giurisdizione ordinaria e contabile, individuando le tematiche "di confine" tra le giurisdizioni in funzione di soluzioni univocamente rivolte a definire il perimetro delle rispettive attribuzioni, restringendo l'ambito dei conflitti di giurisdizione.

Certamente gli sforzi di armonizzazione devono essere incrementati anche mediante la creazione di strumenti di raccordo permanente, formati da rappresentanti delle diverse giurisdizioni che mettano in luce le zone grigie di maggiore conflittualità e propongano momenti seminariali di

¹ Costituisce un format fisso della programmazione annuale della Scuola Superiore della magistratura il corso finalizzato al dialogo tra giurisprudenza di legittimità e merito.

² Da ultimo si svolgerà i giorni 16 e 17 novembre 2017 un incontro di studio presso il Consiglio di Stato sul tema "Il dialogo tra le Corti e l'attuazione della convenzione nell'ordinamento interno", realizzato dalla formazione decentrata della Corte di Cassazione unitamente al Consiglio di Stato oltre che con la Corte Europea dei diritti umani.

Nel 2011 è stato organizzato un incontro di studio sulle società *in house* sotto il profilo della configurabilità della responsabilità contabile in capo ai rappresentanti degli azionisti pubblici. Nel 2013 si è svolto ed ha dato vita ad un volume, un incontro di studio, in sinergia con la Corte dei Conti, dedicato proprio al difficile equilibrio tra le giurisdizioni nelle società pubbliche. Le indicazioni sono meramente esemplificative delle numerose iniziative formative al riguardo.

riflessione comune. Il problema merita un impegno non episodico ed un coinvolgimento non soltanto realizzato attraverso incontri di studio e di confronto, ma anche attraverso un sistema unico di trasmissione di precedenti e di contributi scientifici tra le giurisdizioni.

Il contributo di idee e di progetti provenienti dai “centri” istituzionali che caratterizzano ciascuna giurisdizione è ampio e deve essere valorizzato. Con riferimento alla giurisdizione ordinaria, oltre alla struttura di formazione, che già raccoglie istituzionalmente anche le indicazioni e le richieste che provengono dalle singole Sezioni ed in particolare dalle Sezioni Unite¹, le sollecitazioni sono venute dall’ANM, dal Segretariato generale, dall’ufficio delle Sezioni Unite. Non vanno, infine, trascurati, gli stimoli che vengono dall’esterno, dalla dottrina o da “agenzie” od associazioni politico-culturali interessate ai temi legati all’effettività della giurisdizione. Il pluralismo delle sollecitazioni è essenziale, così come essenziale è una fase unificante finale di formalizzazione di proposte e progetti concreti, rivolta all’esterno. Quest’ultima fase, tuttavia, deve essere l’esito di un coinvolgimento diffuso e trasparente all’interno delle giurisdizioni che possa dar voce a tutti coloro che hanno un contributo da offrire o che vogliano anche solo comprendere l’esistenza o l’entità dei problemi che si agitano.

3. La recente presentazione, il 15 maggio 2017, al Presidente della Repubblica del “memorandum sulle tre giurisdizioni” da parte dei vertici della giurisdizione ordinaria, amministrativa e contabile, è invece l’atto finale di un processo caratterizzato da una metodologia del tutto diversa da quella sopra auspicata.

Fermando l’attenzione alla giurisdizione ordinaria, non solo non si è ritenuto utile verificare, con un coinvolgimento preventivo e diffuso, se vi fossero almeno all’interno della Corte di cassazione idee e progetti da condividere, ma non si è avvertita neanche l’esigenza di sollecitare una riflessione preventiva sul contenuto del memorandum prima della presentazione finale.

Nel memorandum è indicato il percorso seguito. Su sollecitazione e con il supporto dell’associazione Italiadecide che promuove numerose

¹ Al fine di avere un panorama completo dei contributi della dottrina e della giurisprudenza di merito è stato previsto a cadenza regolare un format definito “oi dialogoi” realizzato in collaborazione con L’università Roma tre, all’interno del quale sono stati affrontate tutte le questioni nomofilattiche anche relative alla corretta definizione del rapporto tra le giurisdizioni.

iniziative a carattere scientifico/culturale “volte ad analizzare i problemi di fondo del Paese e a proporre soluzioni concrete nel settore delle politiche pubbliche” è stato costituito un gruppo di lavoro composto da alti esponenti delle tre giurisdizioni, verosimilmente coincidenti o designati dai vertici delle stesse, cui hanno fatto seguito due seminari “a porte chiuse” tenuti presso la Camera dei deputati nel giugno del 2012 e nel febbraio 2014. L’attività del gruppo di lavoro è prevalentemente rivolta a “ribadire l’esigenza di armonizzare l’esercizio della funzione nomofilattica in un sistema storicamente basato sulla pluralità di giurisdizioni e avanzare a tal fine proposte volte a sistematizzare il dialogo e i raccordi organizzativi e funzionali principalmente attraverso processi paralleli e concordati di autoriforma”.

Il 29 febbraio 2016 si è tenuta una riunione con il vicepresidente del Consiglio Superiore della Magistratura all’esito della quale quest’ultimo e i vertici delle tre giurisdizioni hanno concordato di assumere un’iniziativa conclusiva di alto profilo istituzionale che adegui il sistema giurisdizionale al fine di assicurarne un accettabile grado di certezza e prevedibilità.

La presentazione del memorandum al Presidente della Repubblica è stata l’iniziativa conclusiva del processo di analisi e di formulazione di proposte elaborate dal gruppo di lavoro.

Tali proposte, contenute nella parte finale del memorandum, sono sintetizzate in quattro punti e consistono nel rafforzare gli strumenti volti a favorire la conoscenza della giurisprudenza e dei principi di diritto elaborati dalle altre giurisdizioni e nel rafforzarne il dialogo. Si tratta di un obiettivo largamente condiviso e in parte attuato, rispetto al quale il grado di consapevolezza raggiunto delle criticità esistenti sembra del tutto adeguato ad elaborare rimedi e soluzioni dall’interno delle giurisdizioni.

Si richiama, solo per esemplificare, l’esigenza di iniziative di confronto comune su temi specifici attuate in forma seminariale e con la metodologia del gruppo di lavoro e non, come spesso accade, con incontri caratterizzati da un numero di relazioni frontali tale da azzerare il dibattito o il potenziamento dei collegamenti telematici intergiurisdizionali.

Le indicazioni e le proposte contenuti nei primi tre punti della parte finale del memorandum si risolvono in dichiarazioni generiche d’intenti rispetto a criticità già largamente conosciute ed affrontate dalle “agenzie” istituzionali interne alle giurisdizioni (strutture di formazione in primo

luogo ma non solo) ed anche frutto di analisi ampiamente diffusa e stratificata nel tempo, posta non infrequentemente al centro del dibattito associativo.

In conclusione, l'esortazione all'armonizzazione nomofilattica, del tutto condivisibile, tra le giurisdizioni, dovuta in larga parte ad interventi legislativi che hanno forzato l'equilibrio voluto dal costituente, come verrà meglio illustrato nel successivo paragrafo, si risolve da un lato in un monito dal sapore paternalistico e dall'altro appare di per sé un obiettivo sproporzionato rispetto al rilievo istituzionale che, sia pure in forma strettamente verticistica, l'iniziativa del memorandum vuole assumere.

4. L'enfasi si giustifica tuttavia attraverso l'esame del quarto punto delle indicazioni contenute nel memorandum nel quale si può cogliere il reale nucleo propositivo della complessa attività sfociata nel documento finale presentato al Presidente della Repubblica. L'obiettivo dell'armonizzazione nomofilattica può essere realizzato operativamente non tanto con le blande indicazioni contenute nei punti precedenti, quanto con un intervento normativo che, a Costituzione invariata, preveda forme di integrazione degli organi collegiali di vertice, con funzioni nomofilattiche, con magistrati di altre giurisdizioni "quando si tratta di questioni di alto e comune rilievo nomofilattico, ivi comprese le questioni attinenti alle giurisdizioni".

Su questa rilevante alterazione dell'equilibrio, disegnato dal costituente tra le giurisdizioni (ed in particolare tra giurisdizione ordinaria, amministrativa e contabile)¹ diventa ancora più difficile comprendere la

¹ Esaustivo al riguardo è il documento finale dell'assemblea dell'Associazione nazionale magistrati, sezione cassazione, del 27/6/2017 nel quale viene rilevato: *“Le sollecitazioni del memorandum, pur apprezzabili nella parte riguardante l'adozione di accorgimenti organizzativi che facilitino una migliore comunicazione, tra le diverse giurisdizioni, delle rispettive prassi e modalità operative, suscitano perplessità gravi e sostanziali là dove ipotizzano l'integrazione dei collegi di vertice di ciascuna delle tre giurisdizioni interessate (Sezioni Unite della Corte di cassazione, Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e Sezioni Riunite della Corte dei conti) con la presenza di giudici appartenenti alle altre due giurisdizioni tutte le volte in cui «si trattino questioni di alto e comune rilievo nomofilattico, ivi comprese, per le Sezioni Unite civili della Corte di cassazione, quelle attinenti alla giurisdizione».*

Preliminarmente l'Assemblea evidenzia che ben difficilmente potrebbe sostenersi che la menzionata innovazione possa essere introdotta a Costituzione invariata.

Nel merito, detta innovazione lascerebbe irrisolta la questione dell'unitarietà della funzione nomofilattica, per la cui realizzazione sarebbe necessario estendere anche al vizio di violazione di legge il controllo della Corte di cassazione sulle sentenze del giudice amministrativo che si pronuncino in materia di diritti soggettivi; in mancanza di tale estensione, l'ipotizzata immissione di giudici del Consiglio di Stato e della Corte dei conti nei collegi delle Sezioni Unite della Corte di cassazione resta priva di qualsiasi giustificazione. La finalità di armonizzazione della funzione nomofilattica non

amministrativo, nel secondo. La situazione allo stato è mutata, poiché l'interpretazione e l'applicazione del diritto comune non è più esclusivamente riservata al giudice ordinario (v. sent. Corte Cost. n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006), così come le norme sul potere amministrativo non sono più proprie del solo giudice amministrativo (come la demolizione del riparto tra giurisdizioni fondata sul binomio diritti soggettivi-interessi legittimi da parte della Corte di Cassazione con la sentenza n. 500 del 1999).

A fronte di ciò vi è il disposto dell'art. 111, comma 7, Cost. che connota il dualismo (da certa dottrina definito "pasticcio nostrano") del sistema tutto italiano (della bipartizione diritto soggettivo – interesse legittimo) come non paritario, ma a prevalenza istituzionale del giudice ordinario ¹.

Per questa ragione, a Costituzione invariata, l'unica strada per aggirare la bipartizione della giurisdizione in concreto percorsa dal legislatore è stata quella di ampliare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, attraverso il trasferimento in blocco di materie, peraltro tangenti i diritti fondamentali a tale giurisdizione, ossia le ipotesi in cui conosce di diritti soggettivi e di interessi legittimi.

I giudici della Consulta con la sentenza n. 35 del 2010 hanno delineato i confini che il legislatore ordinario deve rispettare, alla luce dell'art. 103, comma 1, Cost., nel positivizzare nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (la controversia deve involgere situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse, l'assegnazione deve avvenire per materie determinate, necessità che l'amministrazione agisca – in tali ambiti predefiniti – come autorità).

D'altro canto tutto ciò costituisce prova della dualità del nostro sistema, ricevendo la giurisdizione amministrativa tutela da norme di rango costituzionale che ne prevedono la specialità (artt. 24, 100, comma 1, 103, comma 1, 113, commi 1 e 2, e 125 Cost.) e che ne sottraggono le decisioni al controllo di legittimità (art. 111, ultimo comma Cost.) della Corte di cassazione, prevedendo espressamente il solo controllo per motivi di giurisdizione. La limitazione ai "soli motivi inerenti alla giurisdizione" fu introdotta dal Costituente in base alla considerazione che fosse

¹ M. Clarich, La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004, in *Giorn. dir. Amm.*, 2004.

necessario, una volta mantenute tutte le giurisdizioni speciali deputate specificamente al controllo della pubblica amministrazione, escludere il motivo di violazione di legge che costituiva l'essenza, oltre alle finalità proprie dell'atto amministrativo.

Deve, inoltre, osservarsi il ruolo peculiare assegnato alla Corte di legittimità dalla Carta costituzionale e dall'ordinamento giudiziario che si riflette nella configurazione della categoria dei "magistrati di cassazione", che è l'unica categoria funzionale costituzionalmente prevista di magistrati, come affermato dalla Corte costituzionale nelle sentenze nn. 86 e 87 del 1982. Del resto la funzione di Tribunale dei conflitti attribuita alle Sezioni Unite della Corte di cassazione con l'art. 3 n. 3 della legge 31 marzo 1877 n. 3781, ha acquistato autorevolezza con l'unificazione, nel marzo 1923 con il R.D. n. 601, (nella stessa Corte di Roma) delle diverse Corti regionali e la conseguente possibilità di formare collegi esclusivamente con magistrati delle sezioni civili. Rilievo costituzionale della "suprema magistratura ordinaria" (art. 135, comma 1, Cost.) per l'apporto di professionalità peculiare è, infine, riconosciuto nella composizione della Corte costituzionale.

7. Venendo al punto che qui interessa, non può non osservarsi come la composizione organica di un ufficio giudiziario avente rilievo costituzionale contribuisca ad identificarlo anche quale giudice naturale precostituito per legge (art. 25, comma 1 Cost.), con la conseguenza che la creazione di nuovi uffici, quali quelli che risulterebbero dalla introduzione nella composizione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione di giudici aggregati provenienti dalle altre due giurisdizioni, come previsto nel c.d. memorandum delle tre giurisdizioni, farebbe sorgere il sospetto di incostituzionalità di questa composizione organica del decidente ai sensi degli artt. 111, comma 8, 24 e 25 Cost. proprio alla luce delle considerazioni sopra svolte¹.

Non può trascurarsi, infine, di rilevare l'anomalia per cui concorrerebbero alla decisione sulle questioni di giurisdizione gli stessi giudici che contribuiscono a portarle avanti alle Sezioni Unite.

Del resto le ragioni della mancata unificazione della giurisdizione sono molteplici, perché per realizzarla è necessario non soltanto

¹ V. in tal senso anche R. RUSSO, *Un Memorandum immemore della Costituzione*, 2017.

armonizzare sistemi normativi ed organizzativi o incrementare la cooperazione giurisdizionale, ma soprattutto operare una scelta politica molto caratterizzata, come già autorevolmente sottolineato¹, della quale non può minimizzarsi la portata rispetto all'attuale equilibrio costituzionale tra le giurisdizioni.

¹ M. NIGRO, Giustizia amministrativa, Bologna, 1994.