

VI CONFERENZA DEI PRESIDENTI DELLE CORTI DI APPELLO DELL'UNIONE EUROPEA

Judiciary at Stake in Europe: How to Trust It

SESSIONE SU SISTEMA GIUDIZIARIO ITALIA E COMPETITIVITÀ

Valutazioni e confronti

25 settembre 2019 - Roma

Efficienza della giustizia e competitività del Paese*

Giovanni SALVI

Procuratore Generale presso la Corte Appello di Roma

1. Efficienza o smaltimento? La Corte e il peso dei numeri sulla prevedibilità. Gli effetti della efficienza della giurisdizione sulla competitività del Paese sono ormai da tempo al centro della riflessione politica. Consapevolezza non facile da raggiungere e ancora adesso messa a rischio dalla reazione alle misure efficientistiche, viste – con terminologia spregiativa – come aziendalistiche. Lo sforzo di introdurre criteri organizzativi volti al miglioramento degli esiti quantitativi del lavoro giudiziario è di conseguenza da taluni definito come *sentenzificio* o *smaltimento*.

Questa percezione coglie certamente una parte di verità. Lo sforzo riformatore, da anni, ha tratto origine dalla non gestibilità dei numeri dei procedimenti, cui si collegano i tempi di trattazione. Sono stati ottenuti risultati significativi, soprattutto nel civile, dove vi è stato un approccio su più livelli, con una forte riduzione delle pendenze e dei tempi di trattazione¹. Questi risultati sono però anche visti con diffidenza, perché considerati frutto di un baratto tra quantità e qualità.

In realtà, una parte delle misure adottate, anche quelle che sono state rapidamente cancellate da successivi interventi normativi², hanno una portata ben maggiore della

* Le note sono ridotte all'essenziale e riguardano soprattutto la giurisprudenza. Devo però manifestare il mio debito al bel numero monografico sulla prevedibilità di *Questione Giustizia*, *Rivista Trimestrale* on line, n. 4/2018.

¹ Sul sito del Ministero della Giustizia, Direzione Generale della Statistica, sono pubblicati i dati del monitoraggio trimestrale. Essi sono stati commentati da Claudio Castelli sul *Sole 24Ore* dell'11 settembre u.s.. Si conferma nel civile la progressiva riduzione delle pendenze (-40,2% rispetto al 2009) dei procedimenti ultra-triennali nei tribunali e ultra-biennali nelle Corti d'Appello; meno confortante la situazione nel penale, con una modestissima riduzione. Permangono poi, a macchia di leopardo, soprattutto nelle Corti d'Appello, situazione assai gravi.

² Si pensi alla previsione dell'onere di formulare, a pena di inammissibilità, il quesito di diritto ex art. 366 bis c.p.c., disposizione introdotta nel 2006 e abrogata nel 2009, la cui funzione non era

mera statistica. Può dirsi che l'ingestibilità di fatto ha aperto la strada ad una profonda trasformazione del ruolo della Corte di cassazione, che si rifletterà sulle giurisdizioni di merito. A mio avviso, l'elemento di novità più significativo e forse non ancora del tutto esplorato è costituito proprio dagli effetti delle riforme organizzative e procedurali del giudizio di cassazione sulla possibile anticipazione al merito degli effetti della nomofilachia.

La Corte di cassazione ha molto operato negli ultimi anni verso la prevedibilità delle proprie decisioni. La constatazione della impossibilità di evitare pronunce dissonanti, visto il gran numero di decisioni ampiamente motivate e considerato di conseguenza l'altrettanto elevato numero di massime pubblicate, ha portato da un lato a misure organizzative volte a evitare almeno i contrasti inconsapevoli e a enfatizzare il precedente ai fini della nomofilachia³. Dall'altro la giurisprudenza della Corte è divenuta sempre più attenta nel considerare la prevedibilità come valore in sé, anticipando anche soluzioni che sarebbero poi state formalizzate in riforme legislative. A questa nuova consapevolezza ha contribuito grandemente la giurisprudenza delle Corti europee, che intorno alla prevedibilità hanno elaborato un presidio di tutela di interessi fondamentali.

Non credo che si debba temere la tirannia del precedente. Siamo infatti molto lontani dal precedente vincolante in senso forte e da una struttura gerarchica della Corte. La prevedibilità della decisione è un bene in sé, auto evidente; la possibilità che il precedente sia ribaltato, tuttavia, è anch'essa un bene, nel senso che è la strada che la forza della realtà dei fatti impone sulla rigidità della loro formalizzazione giuridica.

Ciò che è davvero rilevante ai nostri fini non è l'immutabilità dell'orientamento e la anticipazione certa – su questa base – dell'esito della controversia. Mito ormai da tempo sfatato e in fin dei conti non desiderabile. Dalla lunga elaborazione

meramente di sfortimento ma si correlava alla necessità di individuare con chiarezza il tema della decisione, ai fini di enfatizzare il ruolo nomofilattico della Corte.

³ Si pensi all'importanza del ruolo che svolge in questa direzione il Massimario della Corte di cassazione, sempre più indirizzato programmaticamente a evidenziare il consolidarsi degli orientamenti, con CERTALEX e ora con CERTANET. "L'etichettatura delle massime con CERTANET e l'evidenziazione con CERTALEX, in sinergia tra loro, avranno l'effetto di evidenziare un nucleo di nomofilachia "forte" che per l'utente si segnalerebbe come giurisprudenza maggiormente affidabile e per i giudici di merito si porrebbe come naturale parametro di giudizio, seppur non vincolante per essere il giudice soggetto solo alla legge", come scrive G. Amoroso, Il precedente e il ruolo del Massimario, accessibile dal sito web della Corte, p.8. V. anche, dello stesso A., Il progetto CERTANET nel sistema Italgire della Corte di Cassazione, in D. Dalfino (a cura di), Scritti dedicati Maurizio Converso, TrE-Press, Roma, 2016, p. 23 ss.

giurisprudenziale del concetto di prevedibilità emerge, a mio parere, innanzitutto che l'incertezza giurisprudenziale fisiologica è quella che si svolge all'interno delle possibili interpretazioni, considerati gli orientamenti giurisprudenziali e di dottrina⁴. Tale incertezza consente le scelte, entro un margine di alea insopprimibile. Ciò che conta è che vi siano misure atte a prevenire o risolvere rapidamente i conflitti di giurisprudenza. Gli approdi della giurisprudenza di legittimità, sul punto, e delle conseguenti misure organizzative adottate dalla Corte, sono infine sfociate nella previsione dell'obbligatorio deferimento alle sezioni unite del ricorso su cui vi sia dissenso della sezione semplice rispetto al precedente⁵.

2. I diversi profili della prevedibilità, nel caso concreto e nei suoi riflessi di sistema. Altrettanto importante è che esistano strumenti in grado di rimediare, nel caso di

⁴ Ricavo questo approccio dalla giurisprudenza in tema di *prospective overruling*, molto rigida nel delimitare i casi in cui il mutamento di giurisprudenza possa essere effettivamente considerato imprevedibile, escludendosi quelli in cui non vi fosse un consolidamento del precedente su cui si è fatto affidamento. Si veda sul punto Sez. Un. 8 novembre 2018, n. 28575, nella quale si chiarisce che la nuova interpretazione dell'art. 19, comma 9, del d.lgs. n. 150 del 2011, affermata dalle Sez. Un. con la stessa sentenza, in quanto imprevedibile e repentina rispetto al consolidato orientamento interpretativo precedente, costituisce un *overruling* processuale che, nel caso di specie, assume carattere peculiare in relazione al momento temporale della sua operatività, il quale potrà essere anche anteriore a quello della pubblicazione della prima pronuncia di legittimità che praticò la opposta esegesi (Cass., Sez. I, n. 17420 del 2017), e ciò in dipendenza dell'affidamento sulla perpetuazione della regola antecedente, sempre desumibile dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, per cui l'appello secondo il regime dell'art. 702-quater c.p.c. era proponibile con citazione. In altre parole, secondo l'ordinanza emessa dalla Sez. VI in applicazione del nuovo principio di diritto, n. 29506/2018, "il giudice di merito, fin dall'entrata in vigore della nuova previsione normativa avrebbe dovuto tener conto della difficoltà interpretativa, nascente da un'improvvisa modifica normativa distonica con le forme stabilite - secondo l'interpretazione dominante - sulla forma dell'appello pure in casi, come questo, nel silenzio di un'apposita previsione, e pertanto valutare «l'errore» commesso nella proposizione dell'impugnazione (ove introdotta con atto di citazione, secondo le apparenti regole ordinarie) come suscettibile di una diversa considerazione in forza del bilanciamento dei valori in gioco, tra i quali assume preminenza quello del giusto processo (art. 111 Cost.), volto a tutelare l'effettività dei mezzi di azione e di difesa, anche attraverso la celebrazione di un giudizio che deve tendere, essenzialmente, alla decisione di merito, valutando la possibilità di escludere l'operatività della preclusione o della decadenza derivante dall'*overruling* (in tal caso: originaria) nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa (secondo i tracciati interpretativi dominanti al momento della modifica legislativa), la quale, sebbene soltanto sul piano fattuale, aveva comunque creato l'apparenza di una regola conforme alla legge del tempo (Sez. U, Sentenza n. 15144 del 2011). Ad analoghe conclusioni quando la questione fosse controversa in dottrina (Sez. Lav. 11 giugno 2012, n. 9421) o l'errore della parte sia dovuto a interpretazione che essa stessa ha proposto (SU 12 febbraio 2019 n. 4135)".

⁵ Art. 618 comma 1bis, c.p.p. come introdotto dalla legge 23 giugno 2017, n. 103, e art. 374, comma 3, c.p.c., ex d.lgs. n. 40/2006

mutamenti repentini e non prevedibili all'interno di quel margine di alea, nel caso concreto e in prospettiva.

Questo secondo filone è oggi il più vivace. La giurisprudenza civile ha elaborato rimedi agli effetti dell'*overruling*⁶, attraverso la disapplicazione del principio di diritto innovato (*prospective overruling*) e la rimessione in termini per errore scusabile⁷, distinguendo peraltro tra i casi in cui il principio riguardi una regola processuale o una sostanziale.

Un percorso in parte simile è visibile nel campo penale. Alla giurisprudenza che ha cercato di rispondere alle esigenze di ottemperare ai dettati della giurisprudenza europea, rimettendo in discussione giudicato e preclusioni, si affianca oggi l'art. 618, comma 1bis c.p.p., introdotto dalla riforma del 2017 e che prevede l'obbligo per la sezione semplice di rimettere la decisione del ricorso alle sezioni unite, se ritiene di non condividere il principio di diritto da queste enunciato. Istituto parallelo a quello previsto dall'art. 374 c.p.c. dopo la riforma del 2006. Analogo allineamento per ciò che concerne l'affermazione del principio di diritto anche nel caso di ricorso inammissibile, con l'introduzione del comma 1ter nell'art. 618 c.p.p., anche se la rotta non è del tutto parallela, non essendo consentito al procuratore generale di esercitare la facoltà di cui all'art. 363 c.p.c.

⁶ Reso "istituto" dalla fondamentale sentenza delle Sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144. Secondo SU 12 febbraio 2019 n. 4135, "la giurisprudenza successiva ha precisato che un orientamento del giudice della nomofilachia cessa di essere retroattivo come, invece, dovrebbe essere in forza della natura formalmente dichiarativa degli enunciati giurisprudenziali, e può quindi parlarsi di *prospective overruling*, a condizione che ricorrano cumulativamente i seguenti presupposti: a) che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza di legittimità su norme regolatrici del processo, non anche su disposizioni di natura sostanziale (Cass. 13 settembre 2018, n. 22345; 18 luglio 2016, n. 14634; 24 marzo 2014, n. 6862; 3 settembre 2013, n. 20172; 11 marzo 2013, n. 5962); b) che tale mutamento sia stato imprevedibile o quantomeno inatteso e privo di preventivi segnali anticipatori del suo manifestarsi, in ragione del carattere consolidato nel tempo del pregresso indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso (Cass., sez. un., 12 ottobre 2012, n. 17402; n. 23836 del 2012 cit.), ipotesi non ravvisabile in presenza di preesistenti contrasti interpretativi (Cass. 15 dicembre 2011, n. 27086) o di incertezza Ric. 2017 n. 12278 sez. SU - ud. 15-01-2019 -15- interpretativa delle norme processuali ad opera della Corte di cassazione in assenza di un orientamento consolidato della stessa Corte (Cass. 15 febbraio 2018, n. 3782) o nel caso in cui la parte abbia confidato nell'orientamento che non è prevalso (Cass. 5 giugno 2013, n. 14214); c) che l'*overruling* sia causa diretta ed esclusiva di un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte, ponendosi esso quale causa di sopravvenuta inammissibilità, improcedibilità, decadenze o preclusioni, in ragione della diversità delle forme e dei termini da osservare sulla base dell'orientamento sopravvenuto alla proposizione del ricorso, che abbia reso impossibile una decisione sul merito della pretesa azionata in giudizio (Cass., sez. un., n. 17402 del 2012 cit.; 27 dicembre 2011, n. 28967; 26 luglio 2011, n. 16365)"

⁷ Per tutte da ultima, SU 12 febbraio 2019 n. 4135.

Il concetto di prevedibilità opera in maniera diversa non solo con riferimento ai mutamenti di interpretazione giurisprudenziale, a seconda che avvengano nel campo penale o civile, nel diritto sostanziale o processuale, ma anche nella prospettiva della singola controversia o in quella dell'osservatore esterno che predice la risposta dell'ordinamento e su questo orienta le proprie scelte. Nella controversia operano o potrebbero operare meccanismi riparatori del mutamento di cui si è detto, anche se pur essi infine incidenti paradossalmente sulla prevedibilità in generale.

Un quadro ordinamentale esposto all'incertezza interpretativa entra invece comunque come componente della scelta dell'operatore, qualunque siano i rimedi nel singolo caso. Sul punto è più volte intervenuta la Corte del Lussemburgo, stigmatizzando l'incertezza derivante dai contrasti giurisprudenziali e la negativa influenza sulla concorrenza nel mercato interno⁸.

In questo terreno ben arato e che va ormai rendendo evidente un percorso unitario di iniziative concorrenti (organizzative, ordinamentali e normative), si inserisce un tema che incide grandemente sulla prevedibilità per le scelte degli operatori. La giurisprudenza di merito, infatti, non contribuisce direttamente a configurare il diritto vivente ai fini della perimetrazione della prevedibilità. Le diversità di giurisprudenza persistono fino a che non si verifica l'effetto conformativo, derivante dall'intervento della Corte di legittimità, o per il consolidarsi del precedente delle sezioni semplici o per l'intervento regolatore delle sezioni unite.

Il tempo, in questo caso, è variabile che influisce direttamente sull'entità del problema: più a lungo durano i procedimenti di merito, più a lungo persiste l'incertezza sul principio di diritto. Inoltre, come si vedrà tra breve, l'incertezza non deriva solo dall'applicazione di principi di diritto più o meno consolidati, ma nel

⁸ Orientamento ben noto. Da ultimo, per quanto a mia conoscenza, CGUE, Sesta Camera, ord. 13 luglio 2017 Saferoad Grawil, nella quale si afferma, al considerando 25 e s.: *“25 À cet égard, la Cour a déjà jugé que le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à l'exclusion d'un opérateur économique de la procédure de passation d'un marché public à la suite du non-respect, par celui-ci, d'une obligation qui résulte non pas expressément des documents afférents à cette procédure ou de la loi nationale en vigueur, mais d'une interprétation de cette loi et de ces documents ainsi que du comblement des lacunes, de la part des autorités ou des juridictions administratives nationales, présentées par lesdits documents (voir, en ce sens, arrêt du 2 juin 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, point 51). 26 A fortiori, ces principes s'opposent à l'exclusion d'un opérateur économique de la procédure de passation d'un marché public, lorsque, en raison d'une jurisprudence nationale divergente, la condition dont le respect est exigé ne ressort même pas de l'interprétation des règles pertinentes par les juridictions compétentes”*.

campo penale da scelte non uniformi sin dalla fase dell'iscrizione delle notizie di reato.

La prevedibilità si sgancia, per questo aspetto, dal precedente, dalla nomofilachia, e investe il più complesso terreno del rapporto tra poteri e degli assetti ordinamentali.

Tra le molte facce del rapporto tra efficienza e competitività intendo dunque incentrare il mio intervento innanzitutto sul tema della prevedibilità, strettamente connesso alla modificazione del ruolo della Corte e della Procura generale; altri, non meno importanti, saranno invece solo accennati, anche perché oggetto di altre relazioni.

3. I molti profili di incidenza della giurisdizione sulla competitività. Efficienza e competitività sono infatti temi ormai ben arati. Se qualche anno fa era ancora possibile parlare di ricerche pionieristiche, ad esempio della Banca d'Italia, sono oggi disponibili studi raffinati di settore, che hanno dato luogo a interventi normativi. Si pensi al settore della crisi di impresa. La misurabilità di questa interrelazione è più facile in alcuni settori, come nel settore delle esecuzioni immobiliari, per via degli studi da tempo commissionati dalle grandi banche sulla risposta giudiziaria, articolata nel territorio; studi con immediate ricadute, giacché essi valgono ad orientare le scelte strategiche degli Istituti e quelle sui criteri di concessione del credito su base territoriale, in relazione alla valutazione del rischio in rapporto all'efficienza delle procedure di esecuzione. In altri settori la misurazione è assai più difficile.

Si pensi al campo delle conseguenze economiche della criminalità, dove il peso della ideologia rischia di falsare le valutazioni. Anche in questo campo, tuttavia, vi sono ormai studi accurati, ad esempio sul differenziale del PIL nelle regioni ad alta presenza di criminalità organizzata, sempre ad opera della Banca d'Italia⁹.

⁹ Non vi sono difficoltà a comprendere e forse anche a misurare gli effetti della criminalità organizzata in un dato contesto. Restando nella Puglia, area geografica che si è imposta per la nostra discussione, Lecce costituisce un caso di studio che meriterebbe un esame approfondito. Si è già visto che la Banca d'Italia ha valutato il differenziale di PIL derivante da livelli di criminalità disomogenei nelle regioni del Sud e in particolare in Puglia. Ebbene, Lecce subì negli anni '80 una gravissima aggressione da parte di nuove forme di criminalità organizzata, che mutuavano strutture, rituali e modalità operative dalle organizzazioni storiche. La debole struttura sociale del Salento dell'epoca, che si andava appena aprendo al turismo, fu a un passo dal soccombere. I delitti si moltiplicavano e crescevano di qualità, fino al punto delle prime aggressioni a beni collettivi, come attentati dimostrativi ai treni. Ebbene, una sinergia tra le istituzioni e la società civile consentì di estirpare quasi del tutto la nascente organizzazione. Naturalmente il merito principale si deve riconoscere a magistratura e forze dell'ordine; il risultato però non si comprenderebbe appieno se si trascurasse la reazione delle istituzioni nel loro complesso e delle

Tra i relatori vi è oggi Claudio Castelli, cui si devono i primi sforzi interni alla giurisdizione, sia come magistrato impegnato nell'associazionismo, sia come direttore del Dipartimento Organizzazione Giudiziaria (DOG) del Ministero della Giustizia. A lui quindi indicare i passi in avanti e le attuali difficoltà nella prosecuzione del percorso di riorganizzazione del lavoro giudiziario. Non è questo il tema che mi preme sottolineare. Sono infatti molti e tra loro assai differenti i problemi che l'efficienza della giustizia pone per la competitività del sistema Paese. Un'idea meramente quantitativa dell'efficienza può portare all'errata prospettiva di cui si diceva in premessa.

In realtà efficienza è innanzitutto qualità del procedimento e della decisione, come prodotti, l'uno e l'altra, destinati a incidere profondamente nella definizione del conflitto.

Il tempo non è variabile irrilevante. Nessuna decisione, giunta in tempi eccessivi, può essere considerata "giusta", nel senso di contribuire utilmente alla composizione definitiva del conflitto, anche se frutto del più ampio rispetto delle forme e dei diritti delle parti e motivata nel migliore dei modi. Da questo punto di vista, lo *smaltimento* dei processi, una sorta di *quantitative easing* (attraverso la prescrizione e i criteri di priorità nel penale; i meccanismi alternativi o quelli selettivi della modalità di decisione, nel civile), è parte essenziale della attuale gestione organizzativa del processo. Potremmo dire che anche noi abbiamo i nostri *Non-Performing Proceedings*, i reati a citazione diretta, che mettiamo nella nostra *bad company*, il tribunale monocratico.

articolarioni della società civile. Caso da studiare, certo. E' però difficile non riconoscere nello straordinario progresso economico degli anni successivi l'effetto diretto della eliminazione di una componente negativa della competitività interna. Attendendo strumenti di misurazione più adeguati alla complessità della ricerca e che rifuggano dalle facili enfaticizzazioni del prodotto criminale, derivante da proiezioni di dati a loro volta non verificabili, può comunque darsi per assodato che la diffusione della criminalità e più in generale di forme di illegalità diffusa costituiscano insieme un ostacolo alla libertà delle scelte degli operatori economici e una lesione delle regole del mercato. Prova indiretta di ciò è la estrema difficoltà di sopravvivenza dell'impresa mafiosa confiscata, una volta che essa debba rientrare nel mercato legale (fatta la tara anche da alcuni paradossali effetti del sequestro a fine di confisca, fortunatamente ora in via di risoluzione quanto meno concettualmente: dall'ottenimento della certificazione alla immediata scomparsa di credito e clienti.....).

A queste considerazioni devono poi aggiungersi i costi indiretti e le influenze nelle scelte derivanti dal rischio di coinvolgimento della struttura dirigenziale nei profili penali, derivanti dal rapporto con le organizzazioni criminali che controllano territori. Ad esempio il rischio nell'assunzione – obbligata – di persone indicate da tali esponenti, a loro volta persino inseriti nell'organigramma locale, a fini di tutela; considerazioni, queste, frutto diretto della mia esperienza lavorativa.

E purtuttavia questa prospettiva rischia di inquinare gli elementi di novità che potrebbero rivelarsi decisivi per affrontare quello che è, tra gli altri, uno dei maggiori punti critici del sistema giudiziario in rapporto alle scelte degli operatori economici, nazionali e internazionali: la prevedibilità della decisione.

Innanzitutto prevedibilità dei tempi. Su questo, come ho detto, non interverrò. Mi limito a segnalare i risultati positivi derivanti dalle misure adottate sin qui e della possibilità che le determinazioni del Ministro Orlando, prima, e del Ministro Bonafede poi in termini di rafforzamento degli organici abbiano ulteriori effetti positivi. L'adeguatezza degli organici al "carico di lavoro" (inteso anche in termini qualitativi: un processo penale condotto con rito accusatorio, con tutte le conseguenti limitazioni di utilizzabilità probatoria del materiale raccolto nella fase delle indagini, è certamente assai più complesso e faticoso di un processo inquisitorio, pur garantito¹⁰) è una pre-condizione. Il supporto organizzativo adeguato, in termini di personale e di mezzi, è parte di questo problema. In passato questa semplice evidenza ebbe a soccombere rispetto a esigenze di bilancio, tanto più quando si ritenne che "non si dovesse investire in una impresa in decozione, come la Giustizia", come affermò un Guardasigilli a proposito delle richieste di misure di potenziamento materiale e di personale.

Il passo congiunto di riforme procedurali e sostantive e di provvidenze organizzative configura ora uno scenario che può costituire una buona base di partenza.

4. I confini della prevedibilità della decisione. Una volta assicurata la pre-condizione, almeno in prospettiva, alla prevedibilità dei tempi va affiancata la prevedibilità del contenuto della decisione, sia di quella definitiva sia, non meno importante, di quella procedimentale, ricca anch'essa di conseguenze (si pensi, nel penale, all'incidenza per le scelte dell'operatore economico della prospettazione di misure cautelari reali o anche solo dell'avvio delle indagini).

La prevedibilità in questa seconda accezione è certamente uno dei fattori principali della valutazione dell'operatore economico. L'esempio dell'ILVA, su cui torneremo, è di tale chiarezza da non richiedere illustrazioni.

Nella prevedibilità convergono aspetti molto diversi. Si pensi in primo luogo alla qualità della legislazione. L'indeterminatezza della fattispecie legale, il difetto di

¹⁰ Nella misurazione produttivistica, anche comparativa, si sconta l'inadeguatezza degli strumenti conoscitivi di base. Ancora molto approssimativi sono infatti i rilievi statistici interni, nonostante lo sforzo degli ultimi anni. Pesano, nel penale, resistenze nell'accesso ai dati, derivanti dalla struttura diffusa dell'organizzazione degli uffici di Procura e nella conseguente struttura proprietaria del dato.

precisione, è spesso alla base della ricerca giurisprudenziale dello strumento di integrazione degli elementi indeterminati della fattispecie, come nel caso del disastro innominato (art. 434 c.p.) anche in relazione alla punizione di condotte ambientali continuate nel tempo. Un aspetto ancora diverso è legato alla effettività dell'intervento del decisore pubblico, i cui ritardi o le cui inadeguatezze aprono la strada ad interventi giudiziari, civili amministrativi e assai spesso penali. La sentenza della Corte di Strasburgo sul caso ILVA¹¹ sposta il baricentro dal piano meramente penale a quello della qualità dell'intervento pubblico e al bilanciamento, attribuito alle policies pubbliche, tra valori costituzionali in giuoco; analoghe considerazioni possono essere fatte per la sentenza della Corte di Giustizia sulla diffusione incontrollata della Xylella Fastidiosa¹².

D'altra parte, proprio gli esempi portati indicano la impossibilità di sterilizzare la giurisprudenza. Solo attraverso il continuo adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà è possibile che la domanda di giustizia abbia risposta.

Si pensi alla questione che forse più di tutte ha posto all'opinione pubblica il tema della prevedibilità in relazione al principio di legalità, il caso Contrada. Al di là della decisione in sé, forse frutto di una cattiva comprensione della risalente giurisprudenza sulle conseguenze penali dello stabile e consapevole aiuto prestato all'organizzazione criminale, nella materia del delitto associativo si coglie in pieno la tensione tra principio di legalità e connotazione del fatto, anche nelle sue espressioni originali. La giurisprudenza recente in materia di mafie silenziose, di nuove mafie, di partecipazione al delitto di associazione terroristica nelle sue forme non più territorialmente fondate, è manifestazione di questa tensione.

L'esempio dell'ILVA evidenzia poi il ruolo della giurisprudenza nel dare risposta a domande nuove, anche non immaginabili. La tutela offerta dalla Corte di Strasburgo all'ambiente, attraverso il diritto al godimento della vita, al benessere e alla sua qualità (art. 2 e 8 della CEDU) costituisce certamente un prodotto giurisprudenziale, che integra e supplisce la non previsione convenzionale della tutela dell'ambiente. E' dunque evidente che la prevedibilità non è certezza, nel senso del giudice *bocca della legge* o del precedente vincolante. Essa trova spazio anche nel carattere progressivo della sua affermazione: superamento del precedente attraverso l'argomentazione razionale in grado di dimostrare l'inadeguatezza della interpretazione superata; al grado di progressività si collegherà il principio di legalità "allargato" per gli aspetti sanzionatori.

¹¹ Cordella e altri c. Italia, Prima Sezione, 24 gennaio 2019

¹² Commissione Europea c. Repubblica Italiana, Quinta Sezione, 5 settembre 2019.

Da qui emerge il carattere dirompente delle recenti riforme del giudizio di cassazione: alla “scelta” del caso meritevole di pubblica udienza, corrisponde il consolidarsi del precedente attraverso le inammissibilità o le dichiarazioni di manifesta fondatezza o infondatezza. Anche solo la conseguente diminuzione delle decisioni massimate congiura verso il consolidamento del precedente attraverso la sua autorevolezza¹³.

Il completamento di questo percorso va però verso il merito e apre al ruolo della Procura generale per l’uniformità dell’applicazione del diritto nei giudizi di merito.

5. La prevedibilità dei percorsi che precedono la decisione. Il caso dell’ILVA è emblematico anche della complessità dei presupposti della prevedibilità. Il clamore mediatico si è concentrato in questi mesi sulla questione della *immunità penale*¹⁴, forse perché essa rende plasticamente il difficile rapporto tra giurisdizione e politiche pubbliche. In realtà la questione in sé a me sembra mal posta. Seguo in questo quanto affermato dal Giudice per le indagini preliminari nel sollevare l’ennesima questione di costituzionalità della predetta normativa, ormai assai confusa a causa dei molti interventi successivi.

Uno di questi interventi, peraltro, costituisce in sé un esempio della difficoltà di quel rapporto. Posta la questione di costituzionalità della norma che consentiva la prosecuzione delle attività produttive anche in caso di sequestro preventivo per violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni, prima della scadenza del termine per la conversione del decreto-legge n. 92 del 2015, contenente la disposizione in esame, è sopraggiunta la legge 6 agosto 2015, n. 132 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 giugno 2015, n. 83, recante misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell’amministrazione giudiziaria), che è legge di conversione di altro decreto-legge: con una prima disposizione (art. 1, comma 2), essa ha abrogato il censurato art. 3 del d.l. n. 92 del 2015 e contestualmente previsto una clausola di

¹³ Le decisioni massimate sono diminuite grandemente in termini percentuali. Nel 1985 si sono massimati circa il 62% dei provvedimenti civili, divenuti nel 2016 circa il 14%. I dati sono tratti dalla relazione di G. Amoroso, citata.

¹⁴ Prevista dall’art. 2, comma 6, d.l. n. 1/2015 (conv. dalla L. n. 20/2015), come da ultimo modificato dal d.l. n. 244/2016 (conv. con modif. dalla L. 19/2017), secondo cui le condotte poste in essere in attuazione del Piano ambientale approvato con D.P.C.M. 14 marzo 2014 (il Piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria previsto dal Decreto legge 4 giugno 2013, n. 61 sul commissariamento dell’Ilva di Taranto, ove è riportato anche l’esito dei procedimenti di riesame e modifiche dell’AIA del 26/10/2012) “ non possono dare luogo a responsabilità penale o amministrativa del commissario straordinario, dell’affittuario o acquirente e dei soggetti da questi funzionalmente delegati, in quanto costituiscono adempimento delle migliori regole preventive in materia ambientale, di tutela della salute e dell’incolumità pubblica e di sicurezza sul lavoro”.

salvezza per gli effetti giuridici nel frattempo prodottisi; nello stesso tempo, con l'art. 21-octies, ha reintrodotto la previsione abrogata, nella sua letterale identità.

Dunque, afferma la Corte, "la legge n. 132 del 2015 ha formalmente abrogato e simultaneamente salvaguardato e riprodotto il precetto normativo contenuto nell'impugnato art. 3 del decreto-legge n. 92 del 2015".

"Nel caso ora in esame, la tecnica normativa – a seguito della quale, dopo che è stata sollevata questione di legittimità costituzionale, è stata solo apparentemente abrogata la disposizione contenente la norma in giudizio (la quale, infatti, ricompariva in un'altra disposizione del medesimo atto legislativo) e sono stati fatti salvi gli effetti pregressi prima ancora che scadesse il termine per la conversione del decreto-legge originario che la conteneva – reca pregiudizio alla chiarezza delle leggi e alla intelligibilità dell'ordinamento, in conseguenza dell'uso del tutto anomalo della legge di conversione. Pertanto, in una tale evenienza, il susseguirsi delle disposizioni non fa venir meno la perdurante rilevanza della questione di legittimità costituzionale sollevata e non ne pregiudica l'esame nel merito da parte di questa Corte. Diversamente, si consentirebbe al legislatore di dilazionare, ostacolare o addirittura impedire il giudizio di questa Corte, in contrasto con il principio di economia dei giudizi (sent. 84 del 1996) e a scapito della pienezza, tempestività ed effettività del sindacato di costituzionalità delle leggi, compromettendo in modo inaccettabile la tutela di diritti fondamentali, specie se connessi, come nel caso in esame, alla tutela della vita. --- omissis -- L'iter seguito dal legislatore è dunque tortuoso e del tutto anomalo: non si tratta, infatti, né di una semplice mancata conversione, né di una reale abrogazione e neppure di una abrogazione con successiva diversa regolamentazione. Nella specie, sotto l'apparenza di una abrogazione, la successione di disposizioni legislative dissimula (attraverso un uso improprio della legge di conversione) una effettiva continuità di contenuti normativi che, traendo origine dalla disposizione iniziale "abrogata", permangono grazie alla sanatoria e si protraggono nel tempo in virtù dell'articolo che li riproduce"¹⁵.

L'immunità penale, nella previsione normativa, ha come presupposto il rispetto dei provvedimenti dell'autorità amministrativa di autorizzazione e controllo; l'immunità discende dalla previsione legale che rimette all'autorità amministrativa la valutazione del bilanciamento tra le diverse esigenze, attraverso l'Autorizzazione Integrata Ambientale (AIA). D'altra parte, come nota la Corte nella decisione che esclude la violazione dei principi costituzionali, la legge richiama espressamente, per farli salvi e dunque per escluderli dalla concessa "immunità", i reati previsti dalle norme generali e speciali.

¹⁵ Corte cost. n. 58/2018, presidente Lattanzi, est. Cartabia

Nel sollevare la nuova questione di legittimità, il giudice riconosce questo aspetto¹⁶ ma ritiene che la successione nel tempo di proroghe legislative del termine per adempiere, infine giunte a coincidere con i tempi della stessa AIA, vanifichino ogni possibile controllo amministrativo e giudiziale e si sostanzino in una impunità non solo penale¹⁷.

¹⁶ “Adempiendo alle prescrizioni del Piano, dunque, verrebbe meno il contrasto tra un fatto eventualmente conforme ad una fattispecie incriminatrice (l’inquinamento e/o il disastro ambientale ad es., ma anche la meno grave ipotesi dell’art. 674 c.p.) e l’ordinamento giuridico, poiché a insindacabile giudizio del legislatore l’attuazione del Piano è il miglior mezzo per raggiungere uno scopo comunque meritevole di tutela, quale la prosecuzione dell’attività aziendale, o perché ritenuto prevalente su altri interessi in conflitto, o perché le misure di quel Piano costituiscono, ex lege, il giusto contemperamento tra interesse alla produzione e contro-interessi lesi dall’attività di impresa (salute, ambiente, integrità dei luoghi di lavoro ecc.). Tra la regola penale generale che impone di non mettere in pericolo la salute e l’ambiente e quelle, altrettanto generali, che consentono l’attività produttiva, anche se rischiosa, entro i limiti delle autorizzazioni all’esercizio di una certa industria, la soluzione è stata imposta a livello oggettivo, con prevalenza della regola autorizzatoria su quella penale, privando il fatto (tipico) della sua antigiuridicità”. Ordinanza del Giudice per le indagini preliminari di Taranto, 8 febbraio 2019, pubblica su Diritto Penale Contemporaneo, 19 febbraio 2019, con nota S.Zirulia

¹⁷ “Premesso dunque che, quella sentenza [della Corte costituzionale n. 85/2013] rappresenta, allo stato, un indiscutibile punto di riferimento per l’interprete delle leggi singolari riguardanti lo stabilimento ILVA, emanate nel successivo quinquennio, corre l’obbligo di evidenziare come il Giudice costituzionale avesse tracciato, in quella sede, dei precisi paletti, che consentivano di ritenere quelle norme coerenti con i principi fondamentali del nostro ordinamento, ritenendo giustificate le deroghe al diritto comune stabilite dalle disposizioni allora censurate, perché realizzavano il difficile equilibrio tra valori costituzionali di pari rango, quali la tutela della salute e dell’ambiente, da una parte e la tutela dell’occupazione e dell’attività economica di una impresa ritenuta strategica per la nazione, dall’altra: e tale equilibrio era stato individuato, dalla Consulta, nell’AIA riesaminata che consentiva, in forza del dettato legislativo, la prosecuzione dell’attività dello stabilimento ILVA a certe condizioni, in uno “spazio temporale massimo (36 mesi)” e con lo scopo di rimuovere le cause dell’inquinamento ambientale e dei rischi per la salute dei lavoratori e della popolazione. Questi paletti, sostanziali e temporali, vengono, ad avviso dell’odierno giudicante, disinvoltamente oltrepassati, in prima battuta con la dilatazione dell’attività autorizzata ben oltre il limite di 36 mesi originariamente previsto dall’art. 3co.3 d.l. 207/2017 – limite, come detto, elevato sino al 23 agosto 2023 in base al combinato disposto del predetto art. 3 co.3 d.l. 207/12 e dell’art. 2 co.5 d.l. 1/2015 come da ultimo modificato dall’art. 6 comma 10 bis, lettere a) e c) d.l. 244/2016; in secondo luogo con la espressa previsione della causa di non punibilità prevista dall’art. 2, comma 6°, d.l. 1/2015. Il Giudice delle leggi del 2013 aveva un orizzonte temporale ben limitato e definito (36 mesi), avendo cioè giudicato implicitamente congruo il tempo concesso dal legislatore all’impresa per 25 procedere al risanamento degli impianti, in modo da ridurre (o eliminare) i rischi per la salute e l’ambiente, per cui la continuazione della produzione, in costanza di sequestro, era stata ritenuta lecita (e la relativa norma costituzionalmente legittima) perché quello spazio temporale massimo era necessario per il raggiungimento del duplice obiettivo, costituito dalla salvaguardia dei processi produttivi e dei conseguenti livelli occupazionali e dalla tutela degli altri diritti (salute e ambiente) fino a quel momento compromessi. Di contro, la legislazione successiva ha spostato sempre più in avanti il

6. Un difficile bilanciamento. Il punto, quindi, non è l'immunità ma semmai il bilanciamento di politica pubblica tra gli interessi in giuoco, realizzato attraverso leggi-provvedimento.

Questo è un punto di approdo molto importante ai nostri fini. Esso pone la domanda del perché sia stato necessario prevedere espressamente l'immunità, cioè esplicitare quanto era già *in nuce* circa il rapporto tra la fattispecie legale (violazione delle autorizzazioni ambientali) e la sua valutazione in giudizio, in relazione alla ritenuta inadeguatezza di quelle autorizzazioni a garantire il rispetto di diritti fondamentali, quali quello alla vita, alla salute, alla dignitosa esistenza (art. 2 e 8 della CEDU). Ritorna quindi dalla finestra il tema di fondo: a chi compete questa valutazione e quale il limite oltre il quale la valutazione dell'amministrazione divenga sindacabile dal giudice, anche in sede penale.

I principi così chiaramente affermati dalla Corte di Strasburgo¹⁸ e fatti propri anche dal Giudice delle leggi¹⁹ si rivelano di difficile attuazione pratica. Convergono verso

termine per l'attuazione del Piano ambientale e, cioè, per la realizzazione degli interventi necessari per il risanamento dell'impresa, tanto da giungersi, dopo il differimento al 30.06.2017, addirittura al 2023; conseguentemente, da un lato l'attività produttiva inquinante (pericolosa e nociva per la salute e l'ambiente) è proseguita indisturbata, dall'altro non è mai spirato il termine per la deresponsabilizzazione delle condotte realizzate nella conduzione dello stabilimento, anche a voler concedere che le stesse siano coerenti con le previsioni del Piano medesimo (perché, se così non fosse, ad esempio in caso di inerzia, quella norma non potrebbe essere in alcun modo invocata)". Ordinanza del Giudice per le indagini preliminari, cit.

¹⁸ Cordella e altri v. Italia, Prima Sezione, 24 gennaio 2019, citata

¹⁹ Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, Pres. Gallo, Rel. Silvestri. "Il punto di equilibrio contenuto nell'AIA non è necessariamente il migliore in assoluto – essendo ben possibile nutrire altre opinioni sui mezzi più efficaci per conseguire i risultati voluti – ma deve presumersi ragionevole, avuto riguardo alle garanzie predisposte dall'ordinamento quanto all'intervento di organi tecnici e del personale competente; all'individuazione delle migliori tecnologie disponibili; alla partecipazione di enti e soggetti diversi nel procedimento preparatorio e alla pubblicità dell'iter formativo, che mette cittadini e comunità nelle condizioni di far valere, con mezzi comunicativi, politici ed anche giudiziari, nelle ipotesi di illegittimità, i loro punti di vista. È appena il caso di aggiungere che non rientra nelle attribuzioni del giudice una sorta di "riesame del riesame" circa il merito dell'AIA, sul presupposto – come sembra emergere dalle considerazioni del rimettente, di cui si dirà più avanti, prendendo in esame le norme relative allo stabilimento Ilva di Taranto – che le prescrizioni dettate dall'autorità competente siano insufficienti e sicuramente inefficaci nel futuro. In altre parole, le opinioni del giudice, anche 54 se fondate su particolari interpretazioni dei dati tecnici a sua disposizione, non possono sostituirsi alle valutazioni dell'amministrazione sulla tutela dell'ambiente, rispetto alla futura attività di un'azienda, attribuendo in partenza una qualificazione negativa alle condizioni poste per l'esercizio dell'attività stessa, e neppure ancora verificate nella loro concreta efficacia. In conclusione sul punto, in via generale, la combinazione tra un atto amministrativo (AIA) e una previsione legislativa (art. 1 del d.l. n. 207 del 2012) determina le condizioni e i limiti della liceità della prosecuzione di un'attività produttiva per un tempo definito, in tutti i casi in cui uno stabilimento – dichiarato, nei modi previsti dalla legge, di interesse strategico nazionale – abbia procurato inquinamento dell'ambiente, al punto da

questo risultato due differenti sentieri. Da un lato la difficoltà delle politiche pubbliche ad affrontare in maniera risolutiva e tempestiva un grande disastro ambientale, con la conseguenza che il bilanciamento – di loro attribuzione – si rivela non accettato da una parte dei soggetti coinvolti, anche istituzionali. Dall'altro, gli organi della giurisdizione rivendicano il ruolo di custodi ultimi dei diritti individuali e collettivi e dunque affermano la necessità di sostituire alla valutazione tecnica dell'organo amministrativo quella, altrettanto tecnica ma diversa, raggiunta nel procedimento.

Questa ineffettività di composizione del potenziale conflitto è ciò che si presenta sotto forma di *immunità penale*, tuttavia non risolta nemmeno da quella previsione normativa, per le ragioni che si sono dette.

Ha dunque colto nel segno un autorevole commentatore della decisione del 2013 della Corte²⁰, quando ha rilevato che quello posto sotto specie di questione di legittimità costituzionale era in realtà un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato.

La Puglia affronta in questi anni un'altra emergenza ambientale, definita come la maggiore delle emergenze fitosanitarie a livello europeo. Le secolari piantagioni di ulivo sono attaccate da un batterio, la *Xylella Fastidiosa*, che provoca il rapido essiccamento e la morte delle piante. E' facile immaginare che lo spettacolo spettrale di ettari ed ettari di ulivi disseccati, a perdita d'occhio, coinvolga anche sentimenti profondi delle popolazioni coinvolte. Ciò ha contribuito a causare un movimento di opinione fortemente contrario alle misure di prevenzione ritenute necessarie dagli organi competenti. L'abbattimento degli alberi, in un perimetro circondante l'appalesarsi della malattia, ha causato il saldarsi del rifiuto di ottemperare dei proprietari al movimento di cittadini per la salvaguardia dell'ulivo, simbolo e patrimonio della collettività. La profondità dei sentimenti suscitati da questa vicenda (che ha poi riflessi su altra, insistente nella stessa zona: il trapianto di piante di ulivo per la realizzazione della TAP) è ben esemplificata da una citazione,

provocare l'intervento cautelare dell'autorità giudiziaria. La normativa censurata non prevede, infatti, la continuazione pura e semplice dell'attività, alle medesime condizioni che avevano reso necessario l'intervento repressivo dell'autorità giudiziaria, ma impone nuove condizioni, la cui osservanza deve essere continuamente controllata, con tutte le conseguenze giuridiche previste in generale dalle leggi vigenti per i comportamenti illecitamente lesivi della salute e dell'ambiente. Essa è pertanto ispirata alla finalità di attuare un non irragionevole bilanciamento tra i principi della tutela della salute e dell'occupazione, e non al totale annientamento del primo”.

²⁰ V. Onida, Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente, in *Rivista Giuridica Telematica della Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 20 settembre 2013

che ha circolato negli scritti ambientalisti, a mo' di esergo, di un passo della pretesa "costituzione ateniese" che avrebbe preveduto la condanna a morte per chi avesse estirpato una pianta di ulivo.

In questa situazione, già potenzialmente esplosiva, si è innestata la vicenda giudiziaria che ha visto a lungo inquisiti i ricercatori che avevano individuato la Xylella come causa del disseccamento e coloro che avevano, per conto dell'amministrazione, elaborato le politiche di contenimento della epidemia. Al di là di una ipotesi di manipolazione colposa di ceppi del batterio, senza le prescritte autorizzazioni, ciò che è significativo ai nostri fini è proprio la costruzione del procedimento intorno alla diversità di valutazioni tecniche, tra gli esperti dell'autorità giudiziaria e quelli incaricati dai decisori pubblici. Gli alberi che avrebbero dovuto essere abbattuti sono stati sequestrati dall'autorità giudiziaria, per impedire l'esecuzione del provvedimento amministrativo, sulla base di valutazioni tecniche circa l'efficacia del rimedio e la sua non definitività, rispetto a ipotesi di cura che il pubblico ministero e il giudice ritenevano più efficaci. Tra aspetti surreali e rimpalli di responsabilità, ciò che ne è risultato è un danno incalcolabile al patrimonio culturale dell'intera Puglia. La malattia si è ormai propagata fino ai confini nord del Salento e minaccia il resto della regione.

In questo caso il decisore pubblico ha assunto le iniziative che ha ritenuto necessarie, sulla base della valutazione degli organi tecnici competenti; queste iniziative sono però state bloccate da differenti valutazioni, anch'esse di ordine tecnico, da parte dell'autorità giudiziaria, che ha rivendicato il ruolo di custode ultima degli interessi primari coinvolti. Si è così avviato un corto circuito, nel quale nessuno è più stato in grado di decidere nei tempi assai stretti, necessari perché le politiche di prevenzione della diffusione della malattia potessero operare.

Il 5 settembre scorso la Corte di Giustizia ha condannato l'Italia, su ricorso della Commissione, per il ritardo e l'incompletezza delle misure adottate²¹.

7. Il rischio penale. Mentre nel caso ILVA i riflessi dell'assetto tra i poteri sull'appetibilità dell'investimento sono resi evidenti dalla loro immediatezza, derivante anche dalle polemiche nell'opinione pubblica circa la *immunità*, essi non sono meno significativi nel caso Xylella, pur non essendovi coinvolti gruppi imprenditoriali di eguale forza ed essendo anzi lo stesso fronte imprenditoriale fortemente diviso. I riflessi, in questo secondo caso, hanno riguardato la credibilità internazionale dell'Italia, ancora una volta vista come preda di pulsioni antiscientifiche, questa volta influenzanti gli stessi poteri pubblici.

²¹ Commissione c. Repubblica Italiana, citata

In questi casi, e in altri simili, la competitività non è influenzata dai tempi della giustizia, dalla sua [in]efficienza. Certo, anche in questi casi il tempo non è variabile neutra, ma esso opera nell'intreccio tra decisori, risultato dell'impasse istituzionale più che delle procedure e delle risorse. Si potrebbe anzi dire che, crescendo l'efficienza della giustizia, il problema sarebbe ancora più grave.

Fuor di paradosso, le vicende emblematiche di cui s'è detto evidenziano un aspetto non facilmente risolvibile del rapporto tra giustizia e competitività.

Si può in questo senso parlare di *rischio penale* come fattore che influisce significativamente sulle scelte dell'operatore economico e che ha effetti sulla competitività anche internazionale.

Per rischio penale può intendersi la variabile della possibilità di andare incontro alle procedure di accertamento della responsabilità, non necessariamente alla sua affermazione, in casi e con limiti la cui prevedibilità è basata su fattori non sempre individuabili con certezza.

Si pensi agli effetti sulla responsabilità degli amministratori derivanti dalla disciplina dell'usura bancaria, dell'anatocismo e dei rapporti tra le istruzioni della Banca d'Italia e la valutazione dell'autorità giudiziaria. I numerosissimi procedimenti, almeno nella fase delle indagini, spesso coinvolgenti interi consigli di amministrazione per crediti anche di modesta rilevanza, costituiscono indubbiamente un fattore di *rischio penale* che credo incida significativamente sui costi e sulle scelte degli Istituti. Fattore incrementato, per un perverso intreccio, dalla moltiplicazione delle denunce, derivante dalla possibilità per l'esecutato di richiedere al pubblico ministero la sospensione delle procedure.

L'incertezza sulle conseguenze penali e di responsabilità delle imprese è un altro elemento che condiziona fortemente le scelte degli operatori economici. Si pensi alle differenze sanzionatorie (e di stigma sociale) derivanti dalla qualificazione giuridica del fatto dannoso come punibile a titolo di colpa o di dolo eventuale.

La prevedibilità non è confinata nella nomofilachia affermata nel giudizio di legittimità. Essa, come afferma Viganò, si estende dalle prime fasi delle investigazioni fino all'esecuzione della decisione definitiva. "Il principio potrebbe dunque essere riformulato come "prevedibilità delle decisioni delle agenzie di *law enforcement* rispetto all'applicazione della legge penale", coprendosi con questo concetto l'intero spettro di eventi che vanno dal primo atto di indagine (o dall'eventuale applicazione di misure precautelari ad opera della polizia) sino all'effettiva esecuzione della pena inflitta dal giudice della cognizione. Un arco

temporale, dunque, che inizia molto prima del processo, e che può concludersi anche molti anni dopo”²².

Che fare, allora, per operare concretamente verso un recupero di competitività? Limitarsi all’attesa della risoluzione delle complesse questioni di rapporti tra poteri o che la criminalità organizzata receda dal controllo di territori e settori economici? Accontentarsi nel frattempo del miglioramento delle prestazioni *aziendalistiche* della giustizia, magari nelle forme del *quantitative easing*?

La prevedibilità nel settore penale, intesa dunque nel senso forte collegato ai principi di legalità e di colpevolezza, ai fini della valutazione di competitività si estende alla prevedibilità delle conseguenze delle scelte, sin dalla potenziale iscrizione di notizia di reato.

8. L’origine della domanda di giustizia anomala nel civile e i suoi riflessi sulla prevedibilità. La prevedibilità incide anche nel settore civile, costituendo un fattore rilevante nell’orientare le scelte degli operatori. Un esempio lampante e molto studiato è quello dell’esecuzione immobiliare, di cui si è detto. Ma gli effetti della mancanza di prevedibilità si estendono sino all’origine stessa della domanda, che si è definita anomala o drogata²³.

Un’esperienza di indagine conoscitiva, finalizzata a individuare le cause del contenzioso seriale, costituisce anche una buona premessa di fatto alle scelte successivamente operate circa il giudizio di cassazione, pur se non un antecedente diretto, e al contempo l’indicazione di un percorso ancora non interamente seguito.

Nel 2010 la Procura generale e la Suprema Corte esaminarono la struttura del contenzioso civile della Corte. Il 35,39% dell’intero contenzioso della Corte vedeva come parte una pubblica amministrazione²⁴. Se a queste cause si aggiungono Poste

²² F. Viganò, Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale, in *Diritto Penale Contemporaneo*. Il lavoro è pubblicato anche nel volume C.E. Paliero, S. Moccia, G.A. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni e L. Risicato (a cura di), *La crisi della legalità. Il “sistema vivente delle fonti penali”*, ESI, Napoli, 2016, che raccoglie gli atti del convegno annuale dell’Associazione dei Professori di diritto penale svoltosi presso l’Università Federico II di Napoli il 7 e 8 novembre 2014

²³ Il termine è stato ripreso dal Primo Presidente della Corte, Ernesto Lupo, nella relazione per l’anno giudiziario 2011.

²⁴ Il dato è ottenuto sommando alle procedure in cui sono parte gli istituti previdenziali, quelli in cui è presente l’Avvocatura dello Stato. Questa valutazione è approssimata per difetto, in quanto l’amministrazione può anche esser difesa da liberi professionisti.

Italiane s.p.a.²⁵ si arriva al 41,92% del contenzioso dell'intera Corte. Due soli Enti costituivano l'azionariato di maggioranza della Sezione lavoro della Corte: Le poste erano parte nel 27% delle cause pendenti dinanzi alla Sezione mentre L'INPS lo era nel 19,98%. In totale il 46,98%.

Da questo dato grezzo la ricerca muove per individuare le cause di questo enorme contenzioso²⁶.

Una parte consistente delle controversie si radicava nella collusione di interessi diversi nella frammentazione di un contenzioso unitario. A ciò si è posto rimedio con misure non di sistema. Può interessante, ai nostri fini, invece il contenzioso seriale.

Partendo dalla constatazione dell'esistenza di controversie seriali, alcune delle quali di tale entità da costituire una quota consistente del carico di lavoro della Sezione lavoro, la ricerca coinvolse il principale produttore di tal genere di controversie, l'INPS. Il lavoro, a questo punto congiunto, ebbe risultati di particolare rilievo, a partire dalla ricognizione della situazione nei giudizi di merito. Il contenzioso seriale, infatti, si innescava non in cassazione, ma a partire dai suoi presupposti nell'agire dell'amministrazione. Le dinamiche erano diverse, in alcuni casi di rilievo penale, come nel foggiano.

Il circolo vizioso si innestava su comportamenti di inefficienza o addirittura di collusione tra amministrazione e parti private, ma poteva consolidarsi solo a causa del ritardo nella risoluzione di contrasti giurisprudenziali in sede di legittimità. Ritardo causato sia da una inefficace rilevazione del potenziale contrasto sin dalla fase del merito, sia dalla inesistenza di misure organizzative in grado di porvi subito rimedio nella decisione di legittimità.

Il caso dell'Azienda Forestale Regionale della Calabria (AFOR) è emblematico. I 40mila forestali calabresi sono stati fonte inesauribile di lavoro per i tribunali, con domande che vanno dal riconoscimento del carattere retributivo dell'indennità chilometrica (nella metà degli anni 2000 circa il 40% del carico totale del Tribunale di Cosenza) al riconoscimento di mansioni superiori. Molto frequente è il caso del pagamento ritardato delle retribuzioni o dell'omesso riconoscimento di diritti palesemente maturati, da parte di amministrazioni, con conseguente contenzioso diffuso e tutto a danno dell'ente.

²⁵ Società privata che risentiva ancora, quanto al suo contenzioso in materia di lavoro, degli effetti di un lungo e complesso processo di privatizzazione e che ha pertanto molti elementi in comune con le controversie esaminate.

²⁶ La ricerca, che si deve a chi scrive e al Presidente di Sezione della Corte, Vincenzo Di Cerbo, è pubblicata da Astrid, nel volume Giustizia ed Economia, 2011

Il passaggio degli ATA (Ausiliari Tecnici Amministrativi) dagli Enti locali al Ministero della Pubblica Istruzione ha comportato un contenzioso vastissimo per il riconoscimento dell'anzianità e delle funzioni pregresse. Il legislatore è intervenuto, quando ormai il contenzioso era radicato e le decisioni giudiziarie in larga parte in favore dei lavoratori, con una norma interpretativa dichiarata incostituzionale e ora oggetto anche di pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo²⁷. Vicenda che si presta a considerazioni di carattere esemplare circa gli effetti di discipline incerte e circa l'inadeguatezza a risolverne le conseguenze di interventi legislativi di "interpretazione", come abbiamo visto poco fa a proposito dell'ILVA.

I risultati di questo lavoro si ebbero innanzitutto nel versante dell'amministrazione, che pose in essere una serie di contromisure che allora (non so se esse sono state poi mantenute ferme del tempo) diedero luogo a una significativa riduzione del contenzioso nella fase di merito²⁸. Essi portarono poi al monitoraggio presso la Sezione dei casi di potenziale difformità decisionale e di formazione di contenzioso seriale e alla adozione di decisioni rapidamente consolidate.

9. Dalla nomofilachia nel giudizio di legittimità alla prevedibilità dell'agire dei poteri pubblici. Il ruolo delle procure generali. In questa stessa direzione vanno oggi le misure di riforma del processo civile in Cassazione, laddove diviene fondamentale la selezione del ricorso da trattarsi in pubblica udienza, in funzione nomofilattica. Questa selezione, poi, è resa possibile anche dalla maggiore estensione della possibilità di dichiarare in procedura camerale l'inammissibilità e la manifesta fondatezza o infondatezza del ricorso, a sua volta enfatizzata dal ruolo che assume la ricerca della nomofilachia.

In questo contesto è evidente che la Procura generale può svolgere un ruolo importante sia nel contributo selettivo, sia nella individuazione precoce del contrasto inconsapevole, vita la sua partecipazione orizzontale alle attività della Corte.

Il passaggio successivo è quello di estendere alla fase del merito il monitoraggio delle questioni che possono determinare contenziosi diffusi o divergenze interpretative. Ciò può comportare una più consapevole gestione del contenzioso di merito, ad esempio nelle riunioni di sezioni previste dalla disciplina regolamentare anche a questo scopo. Non si tratta di impedire il pieno dispiegarsi della dialettica

²⁷ Affaire Agrati et autres c. Italie, decisione 7 giugno 2011. La Corte ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 6 della Convenzione e dell'art. 1 del Protocollo n. 1.

²⁸ Nel caso di studio del foggiano, nel primo quadrimestre 2011 si è avuta una riduzione nel numero dei nuovi ricorsi di 23.255, pari all'86,63%. Gli effetti positivi si sono riflessi sull'intero contenzioso pugliese, sceso di 30.083 nuove cause previdenziali, pari a una riduzione del 59,97%.

nelle corti e tra corti. Non si tratta cioè di pretendere una irrealizzabile e non auspicabile omogeneizzazione della giurisprudenza nella sua fase nascente, attraverso il precedente vincolante. Si tratta invece di diffondere la consapevolezza della identità delle questioni trattate, al fine di giungere più rapidamente a decisioni tali da evidenziare l'eventuale contrasto e da consentirne la più rapida definizione regolatoria del giudice di legittimità.

Ecco allora che il nuovo assetto dell'intervento del pubblico ministero nel giudizio civile di cassazione rende chiara la sua funzione non meramente di riduzione del carico di lavoro, rispetto alla inesigibilità di un impegno di pari entità su ciascun ricorso.

La procura generale contribuisce alla nomofilachia anche attraverso il processo di selezione delle modalità del suo intervento. Se poi si riflette sulla modifica dell'art. 363 c.p.c., portata dal d.lgs. 2006, si comprende che il pg può svolgere una funzione attiva, sin dall'individuazione della questione di diritto nel giudizio di merito e indipendentemente dall'esistenza di una controversia pendente dinanzi alla Corte. L'esito del suo intervento di attivazione della Corte non è la cassazione della decisione impugnata: questa può anche mancare, a differenza del caso in cui siano le SSUU ad enunciare il principio di diritto nel ricorso inammissibile. La finalità e l'effetto della richiesta della procura generale è solo l'affermazione del principio di diritto. Modifica a mio parere assai importante e che si riflette sul rapporto tra la procura della cassazione e i procuratori delle Corti d'Appello, in maniera – per questo solo aspetto - non dissimile da ciò che si verifica nel penale ex art. 6 del d.lgv. 106/2006.

Questa modifica va interpretata in relazione all'art. 70 c.p.c., nel disegnare un pubblico ministero attento all'affermazione della nomofilachia sin dal merito. Il coordinamento tra art. 70 e art. 363 c.p.c, inoltre, consente di superare il limite intrinseco dell'intervento facoltativo del pubblico ministero, correlato alla non attribuzione del potere di impugnazione²⁹. Il procuratore generale della cassazione potrà comunque ottenere l'affermazione del principio di diritto, ai fini dell'uniforme e corretta applicazione della legge, anche senza che questo comporti effetti nella controversia da cui il suo intervento ha origine.

E' chiaro che ciò determina un importante modificazione del rapporto tra uffici del pubblico ministero a partire dal primo grado, ma soprattutto tra appello e cassazione.

²⁹ Sez.Un., 11 novembre 2008, n. 27145, est. Morelli

Tra le conseguenze di questo approccio è che esso rende evidente che nel civile in cassazione il pubblico ministero non è mai parte. Esso agisce effettivamente nel solo interesse della legge, al contrario che nel penale, ove egli agisce per veder affermare la corrispondenza al giusto e al doveroso del proprio operare, pur imparziale dal punto di vista strettamente amministrativo; parte, quindi, non perché gravata da interessi propri, ma nel rapporto con la terzietà del giudice. E' frutto di un clamoroso fraintendimento l'inversione dell'ordine di parola dinanzi alla Corte. Il pubblico ministero deve parlare per ultimo perché deve esprimere il proprio, questa volta imparziale, parere sulle conclusioni delle parti, quale *amicus curiae* o meglio ancora come Avvocato generale di fronte alla Corte di Giustizia³⁰.

Analogo percorso può essere individuato nel penale, a ragione del ruolo sempre crescente che va assumendo l'art. 6 del d.lgs. 106/2006. Unitamente alla previsione dell'obbligo del procuratore generale di verificare la correttezza dell'iscrizione della notizia di reato e ai poteri di avocazione, secondo parametri predeterminati, la sorveglianza sul corretto e uniforme esercizio dell'azione penale e sul rispetto dei principi del giusto processo, può essere uno strumento molto importante per giungere senza l'utilizzo di strumenti invasivi, quali i poteri sostitutivi di cui un tempo godeva l'ufficio generale.

I risultati delle prime applicazioni sono molto positivi. Di essi ha dato conto la Procura generale della cassazione nel presentare il proprio bilancio sociale del 2019. E' da notare che la prima delle iniziative assunte ex art. 6, nel 2010, ha riguardato le modalità di iscrizione della notizia di reato. L'utilizzo improprio del registro 45, cioè del registro delle "non notizie di reato", è stato assunto ad indagine conoscitiva, non nel contesto disciplinare ma in quello delle prassi delle procure della Repubblica. Ciò ha portato a precise indicazioni e infine alla modifica della circolare ministeriale in materia.

Vi è dunque uno spazio significativo per una conformazione dell'agire sin dalla fase delle iscrizioni.

In questo contesto, non appare coerente dal punto di vista sistematico l'intervento normativo del 2017 che ha significativamente ridotto i poteri di impugnazione da parte del pubblico ministero e segnatamente del procuratore generale. Senza entrare specificamente nel merito, basti dire che attraverso l'appello il procuratore generale può contribuire significativamente all'uniformità di applicazione (e non solo di interpretazione della norma), anche sotto il profilo della commisurazione

³⁰ Per riprendere le notazioni del Bilancio sociale 2019 della Procura generale presso la Corte di cassazione, accessibile nel sito web.

della pena. L'appello incidentale, poi, è una risposta molto più coerente con il sistema processuale, aperto a ogni genere di bilanciamento di interessi, rispetto all'ipotizzata reintroduzione della riforma *in pejus*. Non vedo alcuna differenza tra le valutazioni del pubblico ministero nell'accedere al patteggiamento o al rito abbreviato o al concordato in appello, rispetto all'esercizio della facoltà di intervenire in relazione all'appello dell'imputato: se questi si fosse acquietato, la valutazione comparativa del pubblico ministero sarebbe stata di accettare la decisione, pur riformabile, del giudice, così ottenendo il giudicato; l'appello dell'imputato rende quel bilanciamento non più attuale.

Occorre su questo essere molto chiari. Queste previsioni non portano alla struttura gerarchica dell'ufficio del pubblico ministero, non diversamente da come la ricerca della nomofilachia e il consolidamento del precedente non configurano una struttura gerarchica nella Corte³¹.

³¹ Questo aspetto è reso con chiarezza e semplicità dalla bella sentenza delle Sezioni Unite civili, 6 novembre 2014, n. 23675, rel. Camilla Di Iasi. Vale la pena di citarne ampi passi: "La salvaguardia dell'unità e della "stabilità" dell'interpretazione giurisprudenziale (massimamente di quella del giudice di legittimità e, in essa, di quella delle sezioni unite) è ormai da considerare -specie dopo l'intervento del d.lgs. n. 40 del 2006 e della l. n. 69 del 2009, in particolare con riguardo alla modifica dell'art. 374 c.p.c. ed all'introduzione dell'art. 360 bis- alla stregua di un criterio legale di interpretazione delle norme giuridiche. Non l'unico certo e neppure quello su ogni altro prevalente, ma di sicuro un criterio di assoluto rilievo. Occorre dunque, per derogarvi, che vi siano buone ragioni. E, quando si tratta di interpretazione delle norme processuali, occorre che vi siano ottime ragioni, come insegna il "travaglio" che ha caratterizzato negli ultimi anni l'evoluzione giurisprudenziale di queste sezioni unite civili con riguardo all'*overruling* in materia di interpretazione di norme processuali, posto che, soprattutto in tale ambito, la "conoscenza" delle regole (quindi, a monte, l'affidabilità, prevedibilità ed uniformità della relativa interpretazione) costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di "giustizia" del processo medesimo. Certo alla giurisprudenza va riconosciuta una importante funzione di aggiornamento, adattamento e adeguamento delle norme, che può presentare profili innovativi, quindi (nei limiti e nei termini dell'adeguamento suddetto) in certa misura "creativi", ed indubbiamente la natura interpretativa dell'attività giurisprudenziale si configura come legittimazione costituzionale delle relative espressioni innovative, essendo proprio la differenza tra interpretazione e "mera dichiarazione" (secondo l'utopia illuministica del giudice "*bouche de la loi*") ciò che spiega -e giustifica - l'innovazione giurisprudenziale quale connotato proprio -naturale e non eversivo- della giurisdizione, senza determinare, al contempo, confusioni tra quest'ultima e la legislazione. Ma i problemi reali posti da questo carattere intrinseco all'esercizio della giurisdizione quando esso determina una svolta giurisprudenziale involgono considerazioni di ampio respiro ed impongono "valutazioni di sistema", specie quando l'interpretazione abbia ad oggetto norme processuali ed il revirement riguardi un precedente, peraltro recente, della Corte di cassazione, e, più precisamente, della più elevata espressione dell'attività nomofilattica considerata dall'ordinamento, cioè le sezioni unite della Corte medesima. E' per questo che la "creatività" dell'interpretazione giurisprudenziale deve interpellare il senso di misura e soprattutto il senso di responsabilità dell'interprete, dovendo, al di là delle convinzioni tecnico-giuridiche soggettive dei

Ciò non sarebbe auspicabile, in considerazione della struttura costituzionale del pubblico ministero come potere diffuso, con riferimento al principio di obbligatorietà dell'azione; una struttura piramidale, gerarchica in senso proprio, comporterebbe peraltro il necessario passo successivo: la responsabilità della direzione dell'ufficio al di fuori del circuito della giurisdizione. In realtà, credo che essa sarebbe anche non risolutiva dei problemi che abbiamo esposto e anzi potrebbe determinare un ancora maggiore avvitamento su se stesso del circolo vizioso di contrasti tra poteri, già descritto.

Il ruolo ex art. 6 delle procure generali delle corti d'appello e ancor più della cassazione non è mai di sovraordinazione o di coordinamento a fini investigativi, se non nei casi chiaramente indicati dal legislatore. I limiti dei poteri sostitutivi sono ben individuati ed escludono qualunque tentazione di imporre alle procure della Repubblica scelte nell'azione e tanto meno di carattere investigativo nel caso

singoli giudici o dei singoli collegi, essere sempre considerati i parametri della "giustizia" del processo -prima ancora che delle singole regole che lo informano- intesa come valore tendenzialmente condiviso. Il problema della nomofilachia è in realtà proprio questo: garantire al sistema giuridico- normativo la possibilità di evolversi, adattarsi, correggersi e al tempo stesso conservare, entro ragionevoli limiti, l'uniformità e la prevedibilità dell'interpretazione, soprattutto con riguardo a quella avente ad oggetto norme strumentali (come quelle processuali o comunque procedimentali). Ciò non impone automaticamente e necessariamente di ritenere che gli *overruling* in materia processuale debbano sempre essere evitati o sempre operare per il futuro, ma impone certamente al giudice innanzitutto di valutare con estrema attenzione la sussistenza o meno di buone ragioni per il mutamento di un indirizzo giurisprudenziale e, prima ancora, di individuare quali siano le condizioni legittimanti l'evoluzione interpretativa. In proposito non esistono formule matematiche. E', come detto, un problema di equilibrio e misura: di responsabilità. Ed è proprio su questo piano che la intrinseca "creatività" dell'interpretazione giurisprudenziale, il principio del giusto processo e la funzione nomofilattica del giudice di legittimità si incrociano: il nodo che essi formano tra loro è già il tessuto possibile di un processo che sia, sotto vari profili, innanzitutto ragionevole, per mutuare un aggettivo pregnante utilizzato dal legislatore costituzionale in tema di processo giusto. Perché si possa procedere ad un *reversal* giurisprudenziale in materia processuale non è dunque sufficiente che l'interpretazione precedente sia, in ipotesi, ritenuta meno plausibile o meno condivisibile della precedente sul piano letterale, logico e/o sistematico dal collegio chiamato a decidere successivamente su analoga questione, posto che, giova ripetere, l'*overruling*, soprattutto in materia processuale, non solo incide sull'affidamento dei cittadini in ordine alla portata delle "regole del gioco", ma, imponendo (in mancanza di valide ragioni) un ulteriore sforzo ermeneutico alla Corte, incide sulla ragionevole durata dei processi e, soprattutto, inflaziona l'intervento nomofilattico depotenziando la relativa funzione, con ulteriore (indiretta) incidenza anche sulla durata dei processi oltre che sulla "affidabilità" del sistema. Un *overruling* delle sezioni unite in materia processuale può pertanto essere giustificato solo quando l'interpretazione fornita dal precedente in materia risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa e/o comunque dia luogo (eventualmente anche a seguito di mutamenti intervenuti nella legislazione o nella società) a risultati disfunzionali, irrazionali o "ingiusti".

concreto. Le procure generali possono però operare efficacemente per realizzare la tendenziale uniformità di approccio all'azione, attraverso il riferimento anche al ruolo nomofilattico della corte di cassazione. La rapida individuazione delle diversità di interpretazione e di approccio consente scelte condivise oppure, quando a ciò non si arriva, di stimolare il ruolo regolatore dei contrasti tra pubblico ministero (artt. 54 e 55 c.p.p.) o definitorio dell'interpretazione da parte della corte.

10. Conclusioni. In conclusione, la competitività del Paese è condizionata dall'efficienza della risposta giudiziaria sotto molti aspetti. Il peso della illegalità è assai forte; schiacciante laddove si tratti di criminalità organizzata di stampo mafioso, in grado di condizionare alla radice il regime di concorrenza e di imporre oneri e incertezze aggiuntive. Resta fondamentale il recupero di tempi accettabili di trattazione e definizione delle controversie. La qualità della legislazione e quella dell'intervento pubblico incidono significativamente sulla stabilità delle decisioni e spingono il giudice a riempire i vuoti o a garantire tutela laddove i diritti appaiono insufficientemente protetti.

Questi fattori congiurano nel minare la prevedibilità della decisione, insieme alla incidenza sulla uniformità delle decisioni derivanti da fattori interni alla giurisdizione, dal numero delle pronunce di legittimità alla struttura del pubblico ministero come potere diffuso.

Prevedibilità non confinata nell'ambito del giudizio di legittimità ma necessariamente estesa ad ogni fase del procedimento, in particolare di quello penale.

La sfida, resa possibile dalle recenti modifiche normative, è di riuscire a operare nel raccordo continuo tra i vari stati e gradi della giurisdizione, riducendo i margini di incertezza circa le conseguenze delle scelte degli operatori.

Questa prospettiva non è volta alla gerarchia, né attraverso il precedente vincolante, né attraverso scelte ordinamentali di verticalizzazione; essa si fonda sulla persuasività del precedente autorevole (anche perché in numeri accettabili), sul dialogo continuo tra gradi e su quella che è stata definita la nomofilachia delle prassi.