**Valore del precedente e nomofilachia**

(Intervento alla tavola rotonda nell’ambito del Convegno organizzato dal Consiglio Nazionale Forense “Il valore del precedente nel sistema ordinamentale” – Roma, 13 ottobre 2017)

**1 – I perché di un tema (tornato) attuale**

Il tema del valore del precedente e quello, come vedremo speculare, della nomofilachia, sempre presenti nella cultura giuridica, assumono oggi una rilevanza centrale anche nel dibattito politico-istituzionale e investono problematiche di ordine generale che spaziano dal diritto costituzionale al diritto processuale, sì da renderli temi di teoria generale. Al tempo stesso, la loro presenza nel dibattito politico-istituzionale si spiega con la crescente esigenza di certezza del diritto, esigenza che, posta ai giuristi e dai giuristi, in realtà è avvertita nel mondo dell’economia, della politica, dell’imprenditoria, dei comuni cittadini che abbiano rapporti controversi con altri privati o con la pubblica amministrazione: secondo un processo di “irruzione del diritto in altri saperi” (Canzio), che obbliga sempre più attori a districarsi nel “labirinto delle leggi” (Manes).

Questa esigenza ha un nome: calcolabilità del diritto e prevedibilità delle decisioni dei giudici[[1]](#footnote-1). In ciò si declina l’esigenza di certezza del diritto. Una certezza, peraltro, che –come è stato rilevato da precedenti relatori- rischia di divenire una chimera nell’attuale complessità degli ordinamenti e delle fonti; e che forse può essere intesa –come suggerisce il prof. Stanzione- nel senso di (mera) conoscibilità, a fronte di una “calcolabilità”, non solo poco realistica, ma che non può prescindere dal sistema dei princìpi e dei valori, a rischio di diventare –come ammoniva il prof. Monateri- una “calcolabilità senza valori”.

Il problema è che negli Stati moderni e nel costituzionalismo moderno questo compito è affidato alla legge e ai parlamenti; oggi, con la “crisi della legge” e della politica, si è andato sempre più affermando una collocazione propria della giurisprudenza nell’ambito della “fabbrica delle leggi”.

Si parla, quindi, di “diritto giurisprudenziale”, che è il diritto che “si forma” con l’apporto, diretto o indiretto, dei giudici, i quali tendono ad assumere un ruolo di “fabbricanti di regole” in una società in cui la legge, la fonte tradizionale e primaria di formazione del diritto, sembra entrare in crisi per una serie di ragioni che attengono, solo in parte però, alla patologia di un sistema politico-istituzionale incapace di dare risposta alla domanda di giustizia e, per altra parte, alla tendenza “espansiva” dei giudici nel dare risposta a tale domanda “a prescindere” da un sicuro ancoraggio normativo.

Il diritto giurisprudenziale evoca qualcosa in più del “diritto vivente”, in quanto il primo sembra recare in sé una nota di creatività, mentre il diritto vivente sembra rimandare a una mera ricognizione degli orientamenti dei giudici in una data materia. Ed è per questo che il tema del precedente, al di là dell’aspetto strettamente tecnico, richiama il tema generale del ruolo del giudice nell’applicazione del diritto. Ruolo ineliminabile perché –come ci ha ricordato oggi il prof. Gentili- “la legge fornisce la disposizione, il giudice pone, attraverso la sua interpretazione, la norma” del caso concreto”[[2]](#footnote-2).

In quest’ambito, “diritto giurisprudenziale” e legislazione positiva sono accomunati e risentono dei problemi legati alla incertezza delle regole, dovuta alle difficoltà che incontra la legge a porre, per l’appunto, regole chiare e definite, e alla conseguente intrinseca imprevedibilità –in certa misura- delle decisioni dei giudici, che costituiscono un potere diffuso e che giudicano su casi inevitabilmente influenzati dalla singola situazione di fatto.

Difficoltà del legislatore: oggi la difficoltà di avere leggi chiare, al di là della minore o maggiore competenza tecnica dei “fabbricanti di leggi”, deriva dalla oggettiva difficoltà di regolare, e quindi di governare, una società complessa, disomogenea al suo interno, in cui la mediazione del conflitto tende spesso a spostarsi dal momento della creazione della regola a quello della sua applicazione, sicché la regola esce poco chiara o poco definita (nel senso che attua una scelta indefinita o incompleta) proprio perché non si è riusciti a comporre il conflitto a livello politico. Ma il momento dell’applicazione del diritto ad opera dei giudici è inevitabilmente frammentato, influenzato dal caso concreto e dalla formazione del giudice, anzi dei tanti giudici che affrontano casi simili tra loro, in tempi diversi e situazioni di fatto dissimili.

Ma se la *traslatio*, lo “scivolamento”, dalla legge al giudice della scelta “politica” costituisce una patologia, per quanto difficilmente eliminabile ma semmai solo attenuabile, del sistema, bisogna riconoscere che vi sono anche fattori di tipo oggettivo, di sistema, che tendono a caricare i giudici di una responsabilità *propria* nell’applicazione del diritto.

Il primo di questi fattori è collegato all’evoluzione del principio di legalità: il primato della legge in senso illuministico e il giudice bocca della legge costituiscono (forse da sempre) quasi una ipotesi di scuola che non regge più nemmeno in quei Paesi, come il Regno unito, che sono riusciti nel tempo a coniugare primazia del Parlamento e vincolatività del precedente giudiziario. Il prof. Monateri, anzi, oggi ci ammonisce a considerare che in quel Paese gli spazi regolati dal legislatore sopravanzano quelli rimessi alla creazione giurisprudenziale attraverso la tecnica del precedente, restando attribuito un maggiore spazio al ruolo del giudice semmai nel giudizio di *equity*. Per tornare a noi, oggi il principio di legalità sostanziale, che, per esigenze di certezza e primazia della legge, aveva preso il posto della legalità formale (per il cui rispetto bastava l’attribuzione per legge della potestà pubblica), va cedendo il posto al principio di legalità procedurale, in cui il metodo di formazione della decisione amministrativa prevale sul suo contenuto, in quanto la scelta amministrativa “si fa” sulla base di un modello normativo “aperto” e indefinito, nel rispetto del principio del contraddittorio e nella logica della comparazione degli interessi. Correlativamente, il giudice –soprattutto quello amministrativo, ma non solo- è chiamato fisiologicamente ad adottare tecniche di tutela fondate su princìpi e clausole generali, quando non è chiamato addirittura al “riconoscimento”, cioè alla individuazione di situazioni soggettive tutelate(si pensi all’illecito aquiliano o all’estensione dell’area della “legittimazione”, sul piano sostanziale degli interessi riconosciuti meritevoli di tutela, prima ancora della loro titolarità, da parte del giudice amministrativo).

Il secondo fattore è costituito dall’inserimento delle tutele in un sistema multilivello di fonti del diritto, a livello nazionale ed europeo (e talvolta internazionale). In questo sistema, accanto alle fonti tradizionali (ma assai diversificate), va prendendo piede sempre più il diritto giurisprudenziale, cioè quello costituito dalle sentenze dei giudici, nazionali e soprattutto europei.

Le sentenze diventano così sempre più, esse stesse, oggetto di interpretazione**[[3]](#footnote-3):** perché direttamentefonti del diritto nel senso classico del termine (penso alle sentenze della Corte dell’Unione europea che vincolano il giudice nazionale non in quanto sentenze, secondo il modello del precedente, ma perché *costituiscono* esse stesse l’ordinamento comunitario); oppure perché saranno da considerarsi, nel momento in cui danno vita a un precedente, come “fonte culturale”[[4]](#footnote-4), dotata di efficacia persuasiva oppure più o meno vincolante.

Nell’uno e nell’altro caso, il giudice interpreta (anche) sentenze ai fini della decisione di nuovi casi; e conseguentemente alle sentenze precedenti guardano gli avvocati, ai fini di una interpretazione della legge che ponga in risalto gli argomenti favorevoli alla propria tesi; e alle sentenze guardano gli studiosi, la dottrina, che anzi fin troppo talvolta procede a una opera di interpretazione e mera sistemazione della giurisprudenza, attenuando il proprio fondamentale ruolo guida nel processo ermeneutico, sia pure svincolato da casi concreti.

Questo diritto giurisprudenziale, sia pure inquadrato in un sistema di princìpi e valori positivamente posti in modo che non trascenda nell’occasionalismo giurisprudenziale[[5]](#footnote-5), concorre inevitabilmente, direi “a prescindere” (dall’adesione all’una o all’altra teoria o ideologia o Scuola, cui si riferiva prima il prof. Alpa)[[6]](#footnote-6), a “formare” diritto, cioè a costituire il diritto come concretamente applicato ogniqualvolta si chieda l’intervento del giudice per dirimere una controversia[[7]](#footnote-7). Nel diritto giurisprudenziale trova ampio, e direi talvolta eccessivo, posto la cd. discrezionalità giudiziaria[[8]](#footnote-8), che contribuisce a rendere meno prevedibile la decisione del giudice.

Nel diritto amministrativo la situazione è ancora più complicata. Per ragioni varie:

a) perché storicamente il giudice amministrativo ha contribuito a “creare” il diritto amministrativo, a regolare i rapporti tra cittadino e potere pubblico, a dettare regole di comportamento ai poteri pubblici attraverso l’effetto conformativo della sentenza, a creare situazioni soggettive tutelabili. Certo, oggi la fase creativa, pretoria, è recessiva a seguito della positivizzazione in legge dei princìpi giurisprudenziali[[9]](#footnote-9); ma è altresì vero che “per paradossale che possa sembrare” oggi il ricorso ai princìpi e alla sistemazione degli istituti in categorie “è reso necessario non dall’assenza di indicazioni normative, ma dall’eccesso e dalla contraddittorietà di queste”[[10]](#footnote-10). E’ indubbio che il giudice amministrativo, ancor più di quello civile, utilizza modelli normativi aperti e ricorre a clausole generali molto più di frequente del giudice civile, anche se –come si è detto- anche nel diritto civile, e segnatamente nel settore[[11]](#footnote-11) dei contratti e dell’illecito, il ricorso a modelli normativi aperti induce sempre più anche quel giudice ad adottare analoghe tecniche di tutela;

b) la poca prevedibilità della decisione del giudice amministrativo risente anche dalla imprevedibilità del potere pubblico, conseguenza del regredire della legalità sostanziale e del definirsi *in progress* dell’interesse pubblico in concreto perseguito;

c) lo stesso ordinamento europeo risente sempre più dell’influsso creativo del giudice[[12]](#footnote-12); un po’ per la scarsa rilevanza, che oggi rasenta la crisi, delle istituzioni europee rappresentative (e questa è la patologia), ma molto perché il noto meccanismo triangolare che guida l’azione della Corte di giustizia, che trasforma le tradizioni costituzionali comuni in princìpi di diritto europeo, rende le sentenze della Corte –come si diceva- vere e proprie fonti del diritto, ben al di là del valore loro attribuito come precedente (quand’anche vincolante); meccanismo –si badi- che “pesca” prevalentemente negli orientamenti delle Corti nazionali e si riversa negli ordinamenti nazionali dopo la loro “selezione” ad opera della Corte di giustizia.

Tutto questo magmatico diritto giurisprudenziale, che mette in serio pericolo valori quali la certezza del diritto e la prevedibilità delle decisioni, come tradizionalmente intesi, e, in ultima analisi, il principio di pari trattamento di fronte alla legge, costituisce la ragione più forte che è alla base dell’esigenza di individuare meccanismi volti ad attenuare questo pericolo, pur prendendo atto della ineludibilità, nei suoi aspetti fisiologici, di una quota-parte di formazione giurisprudenziale del nostro ordinamento.

**2 – Valore del precedente e nomofilachia**

Assicurare una tendenziale prevedibilità delle decisioni giudiziarie è dunque un bene irrinunciabile. Come fare?

L’ideale sarebbe che il giudice sappia fare buon uso della propria “discrezionalità” (Barak), “creandosi delle fattispecie”, secondo un modello risalente all’editto pretorile del diritto romano classico. Nel processo amministrativo, tale ruolo può essere assegnato al cd. effetto conformativo esterno della sentenza, che si collega alla funzione extraprocessuale delle sentenze di cui parlava Gino Gorla: il giudice, nel decidere un caso, pone all’amministrazione una regola di comportamento che vale per quel caso ma che può e deve valere per futuri casi simili.

Ma la risposta apparentemente più semplice per assicurare la prevedibilità delle decisioni è il meccanismo dello *stare decisis*, in cui il precedente assume valore vincolante. Dico apparentemente, perché quel metodo è corretto, come è noto, da una “corretta” ricostruzione del “caso”, che viene ancor prima della enucleazione della regola di diritto, e che fonda la tecnica del *distinguishing* (che toglie valore al precedente) in relazione alla varietà possibile dei “casi”.

E’ assunto comune che nel nostro ordinamento non vige la regola del precedente vincolante. Eppure va diffondendosi, nella giurisprudenza e nella legislazione, la consapevolezza che la stabilità della giurisprudenza sia un bene da salvaguardare.

Nella giurisprudenza. Vorrei citare una sentenza della Cassazione (SS.UU 6 novembre 2014 n. 23675), che richiede la sussistenza di “buone ragioni” per mutare un indirizzo giurisprudenziale acquisito, e di “ottime ragioni” per giustificare l’*overruling* nel settore processuale, che incide sull’affidamento dei cittadini in ordine alla portata delle “regole del gioco”. E in altra sentenza (la n. 13620 del 2012), la stessa Corte, pur convenendo sull’inesistenza della regola dello *stare decisis* nel nostro ordinamento, parla di una direttiva immanente per cui non ci si possa discostare da un orientamento della Corte senza forti e apprezzabili ragioni giustificatrici (significativa anche la sentenza n.124 del 2015).[[13]](#footnote-13)

In linea di principio, comunque, come si è ricordato, il precedente ha un valore “culturale” o “persuasivo”, nel senso che si fonda sull’autorevolezza dell’organo che si è pronunciato e delle argomentazioni adoperate; e il consolidarsi di un precedente attribuisce maggior forza allo stesso, ma non impedisce che una successiva pronuncia da quel precedente si discosti più o meno motivatamente.

Nella legislazione, si è andata affermando una tendenza che, senza incidere direttamente sul valore del precedente, mira alla stabilità della giurisprudenza, vuoi “incentivando” l’adesione al precedente (o “disincentivando” il discostarsi da esso), vuoi, soprattutto, attraverso il rafforzamento della funzione nomofilattica delle Corti di ultima istanza.

Sotto il primo profilo, basta richiamare le disposizioni del codice di procedura civile -cui faceva cenno l’avv. Jannotta- che consentono una motivazione semplificata delle sentenze attraverso il richiamo a precedenti conformi (analogamente a quanto dal 2005 la legge ha disposto per il giudizio amministrativo con la sentenza in forma semplificata[[14]](#footnote-14)) o, viceversa, che consentono la declaratoria di inammissibilità dell’appello o del ricorso per cassazione se le sentenze impugnate siano conformi a giurisprudenza consolidata e non emergano profili che inducano a cambiare la detta giurisprudenza.

Più interessante, e per certi spetti problematico, è il versante del rafforzamento della funzione nomofilattica delle Giurisdizioni superiori.

Nel nostro sistema fondato sul pluralismo delle giurisdizioni –secondo un modello, pur diversamente applicato, ricorrente nei Paesi europei e non- il ruolo è affidato alle Corti di ultima istanza di ciascun plesso giurisdizionale. Coerentemente con tale modello, l’articolo 111 della Costituzione stabilisce che il ricorso per Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti è ammesso “per i *soli* motivi inerenti alla giurisdizione”. Né potrebbe essere altrimenti: la nomofilachia è un attributo *interno* alla giurisdizione, nel senso che è volto ad assicurare l’uniforme applicazione del diritto da parte di quel giudice che quel diritto è chiamato ad applicare, cioè dal giudice munito di giurisdizione sulla controversia. Meno coerente con la funzione nomofilattica sarebbe proprio affidare il compito di dire l’ultima parola sull’interpretazione di una norma a un giudice che poi non sia chiamato ad applicare quella norma perché sfornito di giurisdizione. Questo è il motivo per cui sono molto perplesso a fronte di tesi –che allo stato mi sembrano sostanzialmente non condivise dalle Sezioni unite- che tendono a ipotizzare una funzione nomofilattica, talvolta definita *esterna* (e la definizione la dice lunga), della Corte di cassazione in materie attribuite ai giudici cc.dd. speciali, i quali oggi, quanto meno a partire dalla pronuncia 204 del 2004 della Corte costituzionale, tanto speciali non sono più. Tesi che sarebbero anche di difficile applicazione –dal che si evince la asistematicità della soluzione- ove l’Adunanza plenaria si pronunci sul “solo” principio di diritto pur quando questo possa rivelarsi ininfluente nel giudizio *a quo*, nel qual caso non si capisce come si svolgerebbe il sindacato ex articolo 111 sulla sentenza del Consiglio di Stato: con l’affermazione, probabilmente, di un principio di diritto doppiamente virtuale.

Queste tesi fanno leva su due ordini di argomentazioni, sostanzialmente diversi tra loro.

Il primo guarda alle situazioni soggettive considerate dalla norma. Si tende a dire che, nel momento in cui due giudici applicano lo stesso istituto e la stessa norma, non è possibile che la situazione soggettiva sottesa sia trattata in modo diverso. In altri termini, se il giudice amministrativo tratta, in sede di giurisdizione esclusiva un diritto soggettivo, l’applicazione della norma di diritto non può essere difforme dall’applicazione che se ne ha dinanzi al giudice ordinario. E poiché dinanzi a quest’ultimo la funzione nomofilattica spetta alla Cassazione, anche in questo caso dovrebbe ammettersi il ricorso per cassazione contro una sentenza del Consiglio di Stato. Se poi la controversia riguarda un diritto fondamentale, il riportato ragionamento…vale di più.

Questa tesi –ripeto finora mai accolta dalla Corte di cassazione- presenta tanti punti deboli che posso enumerarli schematicamente:

1. oblitera il dato testuale che limita il ricorso per cassazione ai soli motivi inerenti alla giurisdizione;
2. presuppone un’assoluta identità tra situazioni soggettive obliterando il dato “relazionale” del diritto, che prenda cioè in considerazione se la situazione soggettiva si relazioni con una pari situazione soggettiva o con un potere, potendo essa assumere in tali ultimi casi una consistenza (si badi, non necessariamente inferiore, soprattutto in termini di tutela) diversa e quindi ricevere una forma di tutela diversa; e la vicenda si complica ulteriormente se si introduce un’ulteriore distinzione tra diritti semplici e diritti fondamentali, distinzione (espressamente rifiutata dalla Corte costituzionale ai fini del riparto) rispetto alla quale la comprensione della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo diventa un gioco da ragazzi;
3. non considera, conseguentemente, che la devoluzione dei diritti in sede di giurisdizione esclusiva deriva proprio dall’esigenza che vi sia un unico giudice dei diritti e degli interessi, ammesso che oggi ancora si voglia dare un decisivo risalto a tale distinzione, a fronte di situazioni soggettive complesse caratterizzate essenzialmente dal loro relazionarsi con un potere pubblico.

Più raffinato è l’orientamento facente leva sulla definizione dei “soli motivi inerenti alla giurisdizione” e volto a ridefinire il concetto di giurisdizione e, conseguentemente, il sindacato della Corte di cassazione ai sensi dell’articolo 111 della Costituzione.

Credo che sia difficile non prendere atto dell’evoluzione che tale concetto ha avuto nella giurisprudenza della Corte di cassazione e in parte della dottrina; evoluzione che in ampia misura condivido, soprattutto alla luce dell’applicazione che la Corte ne ha fatto. D’altra parte mi sembra innegabile convenire sul fatto che si è venuta elaborando una nozione di giurisdizione “disarticolata” e distinte rispetto a quella codicistica, incentrata proprio sul rilievo che la Carta costituzionale ne dà all’articolo 111.

Oggi i motivi “inerenti alla giurisdizione” non attengono al solo riparto, ma possono investire l’esercizio della giurisdizione in modo eccedente rispetto all’attribuzione che ne faccia l’ordinamento a quel giudice (eccesso di potere giurisdizionale) o in modo, per così dire, deficitario (cd. diniego o rifiuto di giurisdizione), nel senso che si traduce in un radicale diniego di tutela *in astratto*.

L’orientamento che tende ad ammettere una nomofilachia cd. esterna della Corte muove dal principio di effettività della tutela e ammette il sindacato della Corte ex articolo 111 tutte le volte in cui il giudice speciale non abbia dato una tutela “appropriata” sul piano sostanziale e secondo le regole del giusto processo. La Corte assolverebbe, sembra di capire, una funzione di chiusura del sistema delle tutele a garanzia dell’ordinamento. Ammetto che l’idea mi prende; ma ammetto anche che non saprei, da giudice, come applicare questo criterio. Configurare poi la Cassazione come l’organo in grado di verificare se sia stata assicurata una tutela appropriata ed effettiva in campi, settori, conoscenze esulanti dalla propria giurisdizione, e dall’ordinario esercizio di questa da parte dei suoi giudici, mi sembra una cosa bizzarra; tanto da indurre, probabilmente a torto, a pensare, come esplicitamente ipotizza Riccardo Villata[[15]](#footnote-15), che i fautori di questa tesi mirino essenzialmente a mutare l’assetto delle giurisdizioni a Costituzione invariata, ma in violazione del tenore testuale della stessa.

Tutto questo non esclude che il sindacato ex articolo 111 possa avere un ruolo fondamentale nell’assicurare l’unità dell’ordinamento e che la sua ampiezza possa estendersi fino a ricomprendervi fattispecie “estreme” in cui l’esercizio della giurisdizione abbia minato in radice la tutela in astratto riconosciuta dall’ordinamento a una situazione soggettiva. Da questo punto di vista, forse lavorando più sul concetto di sentenza “abnorme” che su quello di casi “estremi”, è possibile riconoscere alla Corte un ruolo “straordinario” di chiusura del sistema giurisprudenziale.

Ciò non esclude che possano verificarsi interferenze tra nomofilachie, matali interferenze possono trovare composizione, come finora è sempre avvenuto, in sede di dialogo tra le Corti e non con atteggiamenti conflittuali che, in tutti i campi, solitamente tagliano le ali alle colombe del dialogo e nutrono i falchi del conflitto, incidendo seriamente sulla “prevedibilità della stessa nomofilachia”.

Nella legislazione, dicevo, si sono introdotti i noti meccanismi volti a rafforzare la funzione nomofilattica delle Corti superiori, e segnatamente di tali Corti in particolare composizione, imponendo alla Sezione che intenda discostarsi da un precedente delle Sezioni unite o della Plenaria, debba necessariamente rimettere la questione a quella sede.

Questo meccanismo, peraltro, è messo a rischio nel settore dei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo. Il tema riguarda due aspetti: la posizione della Corte rispetto alle Corti supreme interne deputate ad assicurare la nomofilachia; ancora una volta, il rapporto tra nomofilachia europea e sindacato della Corte di cassazione.

Il primo aspetto è quello posto dalla nota sentenza *Puligienica* (sentenza 5 aprile 2013, C-689/13)e dai suoi successivi sviluppi, che non hanno sostanzialmente modificato l’arresto *Puligienica*; arresto peraltro che trova dei precedenti nei casi *Interedil* (sentenza 20 ottobre 2011, C-369/09) ed *Elchinov* /sentenza 5 ottobre 2010, in C-173/09).

Con quest’orientamento, la Corte UE tende costantemente ad affermare la propria funzione di nomofilachia con riguardo al diritto europeo, anche a discapito di normative nazionali, come quella italiana, che, nel rafforzare la funzione nomofilattica interna delle Giurisdizioni superiori, tendeva a configurare queste come interlocutore privilegiato della Corte UE, in relazione al rinvio pregiudiziale. In forza di quest’orientamento, infatti, resta il principio secondo cui la sezione semplice, che non condivida il principio di diritto affermato dalle sezioni unite o dall’adunanza plenaria o dalle sezioni riunite della Corte dei conti in materia comunitaria, ben può, e forse deve, adìre direttamente la Corte UE senza dover “transitare” per le sezioni unite o la plenaria.

La sentenza *Puligienica* sembra in qualche modo pesantemente interferire con l’organizzazione interna del processo e dell’autorità giudiziaria nazionale; cioè con l’autonomia procedurale degli Stati membri.

Così come, su di un diverso piano, interno, suscita perplessità quell’orientamento che, ancora una volta ampliando il sindacato della Corte di cassazione, sembra ricondurre a questione di giurisdizione, sotto il profilo dell’eccesso o del diniego, ricorribile ex art. 111, la violazione del diritto dell’Unione europea**:** in tal modo trattando alla stregua di una questione di giurisdizione una questione di denunciato errore di diritto e incidendo, ancora una volta, per “via comunitaria” sull’assetto interno della giurisdizione e sullo stesso regime di responsabilità gravante –come è noto- sul “giudice di ultima istanza”, che finirebbe con l’essere la Corte di cassazione anche in materie devolute alla giurisdizione amministrativa[[16]](#footnote-16).

**5 – Conclusioni**

Valore del precedente e nomofilachia, pur tra mille complessità e criticità, presentano uno zoccolo duro di natura assiologica, teleologica: porsi come contraltare alla crescente “imprevedibilità” delle decisioni giudiziarie che, mettendo in crisi la certezza del diritto[[17]](#footnote-17), rischiano di depotenziare il principio di uguaglianza, l’affidamento del cittadino nella scelta degli atti e comportamenti che pone in essere e la possibilità per i legali di consigliare e difendere in giudizio i cittadini medesimi.

Partiamo pure da due punti fermi: nel nostro ordinamento non esiste il valore vincolante del precedente; la soggezione del giudice soltanto alla legge non può impedire forme di rafforzamento della funzionenomofilattica e la fissazione al giudice di criteri rigidi per discostarsi dal precedente (per converso è possibile “incentivare” l’adeguamento al precedente per esempio prevedendo una motivazione semplificata delle sentenze con riferimento ai precedenti conformi).

Il secondo aspetto merita un chiarimento: non è in discussione l’autonomia di giudizio del singolo giudice e la valenza positiva dell’innovazione giurisprudenziale che consente all’ordinamento di evolvere. Ma ciò non può andare a discapito di valori altrettanto importanti come l’uguaglianza di fronte all’applicazione della legge e un’apprezzabile prevedibilità delle decisioni. Questi valori impongono un bilanciamento di interessi,alla cui luce va valutata la compatibilità costituzionale dei meccanismi processuali; e forse anche la costituzionalità di meccanismi, per converso, che pongano in serio pericolo l’uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge. Riguardato dal punto di vista del singolo giudice, l’art.101 della Costituzione è a presidio della sua indipendenza; e tale valore va ovviamente preservato. Ma il giudice è inquadrato in un sistema che rende un servizio: riguardato dal punto di vista del cittadino, il giudice non è la singola persona ma l’organo giudicante, che, pur composto da più individui, è, per il cittadino, uno; e non è normale che giudichi in maniera difforme casi identici. Quello che per il giudice è autonomia di giudizio, per il cittadino può diventare un caso clinico di schizofrenia (se non un, infondato, sintomo di parzialità). Che fare allora? La “buona pratica del giudice” dovrebbe consigliare a ciascun giudice di evitare di discostarsi dai precedenti, specie se conformi, salvo a rimettere a una sede decisoria a ciò deputata l’*overruling* o, se giudice di primo grado, a motivare approfonditamente le ragioni del dissenso. Sul piano sistemico, credo vada valutato positivamente il vincolo attribuito al precedente dagli organi di vertice in composizione allargata dalle ormai non recenti riforme processuali: vincolo, si badi, non positivo (per cui la sezione semplice sia tenuta a uniformarsi), bensì negativo; infatti, la sezione non può decidere in modo difforme ma deve investire l’organo a ciò deputato: quindi la sua autonomia di giudizio è ragionevolmente attenuata –come del resto avviene quando decida in formazione collegiale e dissenta dalla decisione presa a maggioranza[[18]](#footnote-18)- ma non subisce alcuna imposizione.

Il delineato assetto deve ora fare i conti, quanto al diritto europeo, con il richiamato orientamento della Corte di giustizia; ma esso non impedisce ai giudici un *self-restraint* agli istinti di “ribellione” (pur talvolta comprensibili) e a individualismi intellettuali; *self-restraint* in nome di una maggiore comprensibilità dei comportamenti delle Corti da parte dei cittadini.

di Filippo Patroni Griffi

Presidente aggiunto del Consiglio di Stato

Pubblicato il 16 ottobre 2017

1. Sulla tematica in generale, anche per ampie citazioni, si rinvia a N.Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016; M.Bessone (a cura di*), Diritto giurisprudenziale*, Torino 1996; G.B. Ratti, *Some remarks on precedent and analogy*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n.1/2017; F. Patroni Griffi, *Tecniche di decisione e prevedibilità nella sentenza amministrativa*, in *Riv.dir.priv. n.4/ 2016* e in *Calcolabilità giuridica* (a cura di A.Carleo), Bologna 2017, 175 [↑](#footnote-ref-1)
2. Rinunciare al ruolo del giudice interprete significa rinunciare anche all’apporto creativo dell’avvocatura e, in qualche misura, della stessa dottrina, Il tema è piuttosto quello di assumere consapevolezza che, a fronte di una domanda di giustizia, occorre dare una risposta. E il rapporto tra giudice e legge è impostato sul principio dei vasi comunicanti: il legislatore deve occupare gli spazi; con la consapevolezza, però che dove il legislatore si ritrae (per esempio, nella bioetica), il giudice inevitabilmente avanza [↑](#footnote-ref-2)
3. S. Patti*, L’interpretazione, il ruolo della giurisprudenza*, in P.Rescigno e S.Patti*, La genesi della sentenza*, Bologna 2016, 159. Anche sotto tale punto di vista –che evidenzia come anche le sentenze siano oggetto di interpretazione in senso tecnico- appare significativa l’ordinanza 31 luglio 2017 n. 3805, con cui la Quarta Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all’Adunanza plenaria la questione se l’interpretazione del principio di diritto da essa enunciato, ove ne sia in discussione la “portata”, competa alla medesima Adunanza Plenaria, cui il giudice rimettente, ove abbia perplessità, è tenuto a rimettere la questione, ovvero se tale interpretazione possa essere svolta dalla stessa Sezione cui è assegnato il ricorso, esulando tale fattispecie dall’obbligo di cui all’art. 99, co. 3, c.p.a.). [↑](#footnote-ref-3)
4. E. Follieri, *L’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *I princìpi vincolanti dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo 2010-2015* (a cura di E.Follieri e A.Barone), Padova 2015, 25ss. spec. 56 [↑](#footnote-ref-4)
5. M. Betzu, *Diritto giurisprudenziale* vs *occasionalismo giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico* 2017, 41 ss. [↑](#footnote-ref-5)
6. Tra le due Scuole di pensiero vi è ampio spazio per segmenti intermedi capaci di coniugare perimetro rimesso al giudice nell’applicazione del diritto e ineludibile dose di discrezionalità giudiziaria [↑](#footnote-ref-6)
7. E’ questo il senso ultimo del cd. diritto vivente, alla cui rilevanza ha dato impulso significativo la Corte costituzionale nel riconoscere al giudice della causa il potere della cd.interpretazione conforme, fino a far assumere rilievo alla mancata considerazione del diritto vivente e alla mancata utilizzazione della tecnica della interpretazione conforme sul piano della rilevanza della questione di costituzionalità [↑](#footnote-ref-7)
8. Su cui vd. il classico A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, 1989, trad.it. Milano 1995 [↑](#footnote-ref-8)
9. A.Pajno*, Nomofilachia e giustizia amministrativa, in Riv.it.dir.pubbl.com. 2015, 345 ss*, 356 [↑](#footnote-ref-9)
10. *Id*., 357 [↑](#footnote-ref-10)
11. E’ questo il settore –ci ricorda oggi Monateri- in cui nel Regno unito rimane considerevole lo spazio rimesso alla *case-law* rispetto alla *legislation* [↑](#footnote-ref-11)
12. F. Patroni Griffi, *Corti nazionali e Corti europee: verso un diritto europeo dei giudici* oltre *la crisi del processo di integrazione*, in *Riv.it.dir.pubbl.com*. 2017, 449 *ss*. [↑](#footnote-ref-12)
13. La valorizzazione del precedente in via (meramente- giurisprudenziale pone inevitabilmente alcuni interrogativi, come ci ricorda il prof. Alpa: il richiamo giurisprudenziale costituisce un precedente? E’ precedente solo l’ultimo arresto della Cassazione o bisogna “fare i conti” anche con un preceente orientamento consolidato? Sentenze di giudici di merito, magari particolarmente competenti nel settore (es. tribunale delle imprese), costituisce precedente? Il precedente è quello che si ritrae dalla massima e quanto incide sul principio di diritto massimato la considerazione del caso? [↑](#footnote-ref-13)
14. Non convengo –contrariamente a quanto di solito avviene- con la prof. Sandulli, che ha oggi richiamato all’esigenza di un particolare approfondimento di ogni caso, in fatto e in diritto, con riferimento “a ogni censura e anche alle argomentazioni”. Ovviamente ogni caso va approfondito in fatto e in diritto (non anche con riferimento a ogni argomentazione, per la verità, ma sicuramente con riferimento a ogni censura). Non ritengo però che sinteticità degli atti processuali e percorsi argomentativi schematici e lineari costituiscano un modo per fare “peggiore giustizia”. Talvolta è proprio la lunghezza esorbitante di un atto di parte o di una sentenza a rendere tali atti poco comprensibili; e non credo possa indulgersi all’idea che scrivere poco e chiaro sia sintomo di superficialità, mentre scrivere tanto e in maniera particolarmente elaborata, se non contorta, sia indice di approfondimento. Purtroppo la nostra letteratura giuridica e la pratica giudiziaria danno talvolta questa sensazione [↑](#footnote-ref-14)
15. R.Villata, *“Lunga marcia” della Cassazione verso la giurisdizione unica (“dimenticando l’art.103 della Costituzione)?* e *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, ora entrambi *in Scritti di giustizia amministrativa*, Milano 2015, 483 ss. e 517 ss.; ma già, rispettivamente, in *Dir.proc.amm*. 2013, 324 e *Riv.dir.proc*. 2014, 285 [↑](#footnote-ref-15)
16. Un discorso più articolato potrebbe svolgersi con riferimento a quelle ipotesi -che ritengo “estreme”- in cui, pur a fronte di una questione di pregiudizialità comunitaria posta dalle parti, il Consiglio di Stato abbia omesso del tutto qualsiasi motivazione sull’omesso rinvio pregiudiziale. In tal caso potrebbe configurarsi un rifiuto di giurisdizione , caratterizzato non dall’omesso rinvio in sé (quando questi risulti motivato, nell’ambito delle attribuzioni del giudice chiamato ad applicare il diritto), bensì dalla formale o sostanziale obliterazione della questione di compatibilità comunitaria posta dalle parti [↑](#footnote-ref-16)
17. Più complesso il tema di teoria generale posto dal prof. Manes, che si interroga, nella complessità delineata delle fonti, sulla persistenza nel nostro ordinamento di un *sistema*, cioè sulla configurabilità stessa del nostro ordinamento come *sistema* giuridico. Senza poter affrontare il tema, mi sentirei di dire che la logica e il dato positivo di un sistema di carattere *dogmatico* è sicuramente in crisi. Ciò però non può indurci a rinunciare al valore ordinante del diritto, sia pure secondo schemi non dogmatici e rigidi, bensì flessibili e aperti a categorie in movimento. Con tutti i limiti dell’approssimazione, sembra che dottrina e giurisprudenza civili e amministrative sono stati tradizionalmente divisi da una maggiore caratterizzazione in senso dogmatico le prime (con la prevalenza della fattispecie e del metodo sillogistico), e da una logica pragmatica e rimediale le seconde (nel senso anglosassone di “remedies precede rights”). Oggi tale distanza va attenuandosi, per una maggior ricorso a modelli normativi aperti nel diritto civile e una maggiore positivizzazione del diritto amministrativo. [↑](#footnote-ref-17)
18. E’ vero che in questi casi il giudice, se relatore, può essere esonerato dalla redazione della sentenza; ma ciò non impedisce che la decisione sia riferibile a lui [↑](#footnote-ref-18)