

# **“USI E CONSUETUDINI GIUDIZIARI” E DIRITTO GIURISPRUDENZIALE**

Relazione in occasione della Tavola rotonda su *L'uso giudiziario*, nell'ambito del Seminario su *I precedenti* (Roma, Seminari “Leibniz” per la teoria e la logica del diritto, Accademia dei Lincei, 6 luglio 2017).

## **1. Premessa e delimitazione dell'intervento**

Tullio Ascarelli ha insegnato che il significato della norma si ricava soprattutto osservando la quotidiana opera del giudice, proprio perché il diritto non esiste al di fuori della sua interpretazione<sup>1</sup>.

Non so se si possa parlare di *uso giudiziario* o di *consuetudine giudiziaria* in senso proprio, soprattutto se guardiamo al significato dei relativi termini nel diritto internazionale o nel diritto civile dei contratti e in genere delle pratiche commerciali. Se digitiamo su Google “uso giudiziario”, siamo sommersi da informazioni di natura tributaria. Siamo su un terreno assai scivoloso innanzi tutto dal punto di vista terminologico: uso giudiziario, consuetudine giudiziaria o giurisdizionale, diritto giurisprudenziale; ancora, scivoloso dal punto di vista, oltre che terminologico, ancor prima concettuale: princìpi, clausole generali, norme generali, concetti giuridici indeterminati; scivoloso dal punto di vista dogmatico, di una dogmatica che corre il rischio di assumere valenza ideologica, consapevolmente (fautori del “diritto (più o meno) libero”) o inconsapevolmente (vetero e neo positivisti).

---

<sup>1</sup> Così il richiamo in S.Patti, *L'interpretazione, il ruolo della giurisprudenza*, in P.Rescigno e S.Patti, *La genesi della sentenza*, Bologna 2016, 159 ss., 161

Per evitare di scivolare, e senza garanzia di riuscirci, scelgo arbitrariamente il termine, poi da specificare, di “diritto giurisprudenziale” e cercherò di attenermi il più possibile all’esperienza e alla pratica del giudice, ben consapevole però che la pratica giurisdizionale è inevitabilmente condizionata dalla formazione del giudice, dal momento storico in cui opera, da una serie di condizioni di contesto, tra cui il confronto con altri giudici (all’interno del proprio ordine, al di fuori di esso, all’interno dell’ordinamento nazionale, in una proiezione almeno sovranazionale).

Sicché la quotidiana opera del giudice di cui parla Ascarelli diventa una composita realtà giurisprudenziale di interpretazione e di applicazione del diritto; di un diritto prodotto da un sistema multilivello di fonti “legislative”; ma, quel che più conta, di un “diritto” che, come vedremo, contempla sempre più le “sentenze” tra gli oggetti di interpretazione<sup>2</sup>: queste sentenze saranno esse stesse fonti 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; e penso, sia pure in misura diversa, alle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo); oppure saranno da considerarsi, nel

---

<sup>2</sup> S. Patti, *ibidem*, 159. Anche sotto tale punto di vista –che evidenza 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”, compete 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.).

momento in cui danno vita a un precedente, come “fonte culturale”<sup>3</sup>, 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 sistemazione della giurisprudenza attenuando il proprio fondamentale ruolo guida nel processo ermeneutico, sia pure svincolato da casi concreti.

Come che stiano le cose, è innegabile che ciò che spesso viene definito “diritto giurisprudenziale” assume sempre più rilevanza nella “interpretazione della legge” o del “diritto”. Ma questo diritto giurisprudenziale, sia pure inquadrato in un sistema di principi e valori positivamente posti in modo che non trascenda nell’occasionalismo giurisprudenziale<sup>4</sup>, concorre inevitabilmente, direi “a prescindere” (dall’adesione all’una o all’altra teoria o ideologia o Scuola), a “formare” diritto, cioè a costituire il diritto come concretamente applicato ogniqualvolta si chiedi l’intervento del giudice per dirimere una controversia (come vedete ho evitato i termini: creare, *invenire*, diritto vivente).

Direi che quindi possiamo riflettere, schematicamente, su alcuni aspetti problematici del “diritto giurisprudenziale” nella pratica applicazione del

---

<sup>3</sup> E. Follieri, *L’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *I principi 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

<sup>4</sup> M. Betzu, *Diritto giurisprudenziale vs occasionalismo giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico* 2017, 41 ss.

diritto. Visti dal punto di vista del giudice; anzi da come il giudice li vive. E il giudice amministrativo in particolare, che, come vedremo, si trova storicamente in una posizione privilegiata. Va peraltro avvertito che questi temi sono oramai da tempo affrontati anche dalla dottrina civilistica e nella giurisprudenza civile; sì da farne un tema di teoria generale.

Gli aspetti sono:

- a) limiti all'*interpretazione* del diritto: questa è la parte più ideologica e dottrinaria; cercherò di ricondurla sulla terra, affrontando il tema delle tecniche e dei modelli di decisione;
- b) il valore del precedente nel nostro sistema, aspetto che si collega al tema della nomofilachia.

L'uno e l'altro aspetto mi sembrano significativi della rilevanza che la "pratica giudiziaria" assume nella interpretazione e nell'applicazione del diritto. Vorrei anzi da ora usare sempre il termine "applicazione" perché compito del giudice è "applicare" il diritto in una data controversia, al fine di deciderla; e l'attività interpretativa è strumentale a tale applicazione (anche se poi talvolta leggiamo sentenze-trattato che fanno temere che il giudice possa obliterare il *thema decidendum*, oltre che l'aureo insegnamento di Gino Gorla, secondo cui il giudice deve decidere e statuire, non persuadere).

## **2. L'applicazione del diritto da parte del giudice: limiti teorici e pratiche giudiziarie**

Sulla interpretazione del diritto da parte del giudice, sui suoi limiti e sulla cd. discrezionalità del giudice molto si è scritto e il tema non può essere affrontato *e professo*. Le Scuole e gli orientamenti che si contrappongono sono noti: senza arrivare ai fautori del diritto libero, positivisti e storicisti rispettivamente ora pongono l'accento sulla necessaria derivazione legale della fattispecie, in cui il giudice deve "sussumere" il caso mediante l'uso del metodo sillogistico e una tecnica eminentemente ricognitiva; ora, per converso, evidenziano la fattualità del diritto, inteso come espressione del corpo sociale in movimento, criticano il riduzionismo positivista e assegnano al giudice una funzione, se non creativa, di individuazione di nuove situazioni tutelabili, pur sempre nell'ambito dell'ordinamento, ma con un accentuato ricorso a valori e principi, sì da meritarsi l'accusa di "pieno e radicale soggettivismo" e di "intuizionismo dei valori o di consimili misteriose entità"<sup>5</sup>.

La contrapposizione –che non è apparente, ma profondamente ideale, perché attiene al ruolo della giurisdizione nelle nostre istituzioni- talvolta porta, a mio avviso, a una certa radicalizzazione dei toni (tra chi sostiene che l'interpretazione non possa che essere "testuale", nel senso di interna al testo, e chi sostiene che il giudice, anche oltre la norma e forzandola, debba riadattare il testo a valori storicamente mutevoli espressi dalla società).

---

<sup>5</sup> N. Irti, *I "cancelli delle parole"*, in N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016, 57 ss., spec. 68 e 83.

A me sembra, però, che talvolta la contrapposizione, all'atto pratico, sia meno radicale di quanto non si affermi. Mi pare significativo, per esempio, che noti e illustri sostenitori del metodo sillogistico, nell'ambito di un positivismo dichiarato e professato, riconducano i princìpi a "norme di grado superiore", ne ribadiscano il contenuto normativo ("essere norme tra norme"), per concludere che, poiché i testi legislativi presentano spesso un certo grado di indeterminatezza, "da essi è ricavabile una pluralità di norme. Il giudice sceglie, non oltre, ma tra i significati ricavabili dal testo"<sup>6</sup>. Naturalmente restano differenze sostanziali –oltre che con i fautori di una funzione creativa del giudice sul modello statunitense del *Public Interest Law Movement* o con la Scuola del diritto libero- anche con teorie più "moderate" che, da un lato, pongono il problema delle "lacune" dell'ordinamento, dall'altro riconoscono al giudice una funzione di individuazione di situazioni soggettive nuove; prospettiva quest'ultima che, pur assomigliando molto negli esiti alla teoria di *common law* compendiata nella formula *remedies precede rights*, si rinviene sempre più frequentemente sia nella giurisprudenza civile, per esempio in materia di situazioni risarcibili nell'illecito aquiliano, sia in quella amministrativa, sotto il profilo dell'allargamento dell'area della legittimazione. E significativa in tal senso è, altresì, la progressiva emersione di "diritti fondamentali" ad opera delle due giurisdizioni nazionali, fortemente influenzate dalla giurisprudenza delle Corti europee.

Ma mantenendo fede alla promessa in premessa –esporre la pratica del giudice nell'applicazione del diritto- credo che un riferimento vada fatto a

---

<sup>6</sup> N. Irti, *ibidem*

come opera –e ritengo debba operare- il giudice nel pronunciare una sentenza. In questa, si sa, il giudice accerta il fatto e poi a questo applica il diritto. E mi atterrò prevalentemente alla pratica del giudice amministrativo, che pure però offre un interessante angolo di visuale per comprendere e definire il ruolo del giudice *tout court*.

Ancor prima che la interpretazione del diritto, la cd. discrezionalità del giudice riguarda l'accertamento del fatto: “dal fatto al caso” è la formula che potrebbe sintetizzare il percorso di ricostruzione dei fatti posto a base del giudizio di diritto; e il percorso logico seguito dal giudice ha “andamento circolare”, giusta i canoni della filosofia ermeneutica (Heidegger e Gadamer), secondo cui si perviene a un'attività valutativa in forza di progressive approssimazioni e pre-comprensioni, sicché la “costituzione del caso giuridico” è “un andirivieni tra fatto e norma”<sup>7</sup>. Che anche nella ricostruzione del fatto il ruolo del giudice giochi un ruolo significativo si evince da due ambiti processuali: quello delle prove e quello delle valutazioni tecniche. Quanto al primo, ancorché egli sia vincolato dalle prove e dalle presunzioni legali, non va sottaciuto che il giudice ha progressivamente enucleato ipotesi di “presunzioni giurisprudenziali”<sup>8</sup> che hanno riflessi rilevanti sul piano sostanziale: penso al settore della responsabilità medica nel diritto civile e, nel diritto amministrativo, alla lettura della colpa della pubblica amministrazione, che dà luogo a vere e proprie fattispecie di responsabilità oggettiva, o alla teoria della motivazione *in re ipsa* in sede di autotutela. Quanto alle valutazioni tecniche rimesse al sindacato giurisdizionale, la

---

<sup>7</sup> J. Hruschka, *La costituzione del caso giuridico*, trad.it. Bologna 2009, spec. 26

<sup>8</sup> G. Verde, *Le presunzioni giurisprudenziali*, in *Foro it.* 1971, V, 177

giurisprudenza, su forte impulso della giurisprudenza europea, va orientandosi verso il pieno sindacato di tali valutazioni da parte del giudice amministrativo, che sempre più fa uso anche della consulenza tecnica d'ufficio, in un'area che lo porta al confine con il merito amministrativo.

Ma è nel giudizio di diritto che si pone maggiormente il tema dell'ambito interpretativo rimesso al giudice nell'applicazione del diritto. Il problema non riguarda l'applicazione di norme puntuali e specifiche, i "casi facili" direbbe Aharon Barak<sup>9</sup>: per questi l'adozione del metodo sillogistico-deduttivo è ovvia e risolutiva. Il problema si pone rispetto ai casi "difficili", -tali resi anche dalla complessità di un quadro normativo spesso oscuro, ma rispetto al quale un uso sapiente dello stesso metodo può offrire i suoi frutti- nei quali spesso il giudice, anche per espressa previsione di legge, deve ricorrere a "principi" o all'uso di clausole generali.

Si può convenire che i principi fanno parte dell'ordinamento positivo – purché non trascendano in indefiniti "valori"- e che il ricorso alle clausole generali è "autorizzato" dalla legge, sicché in entrambe le ipotesi resta salvaguardata la "soggezione del giudice soltanto alla legge".

Ma le cose in pratica stanno un po' diversamente. I modelli normativi, nei quali il metodo sillogistico sussume i casi, possono essere chiusi e definiti; ma possono essere "aperti" e in essi trovano spazio le clausole generali, le quali "vengono concretizzate dalla giurisprudenza"<sup>10</sup>. Autori "classici" evidenziano, con riferimento alle clausole generali, come (il ricorso a) esse

---

<sup>9</sup> A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, Milano 1995

<sup>10</sup> S. Patti, *cit.*, 166



siano una componente irrinunciabile di alcune specie di norme, e osservano che esse si traducono in una delega del legislatore al giudice “perché attinga a qualcosa di estraneo alla formula legislativa letta”<sup>11</sup>; e che esse si caratterizzano per “un’eccedenza di valori di contenuto assiologico rispetto ad altre disposizioni legislative del sistema”<sup>12</sup>.

Appare difficile negare che sia rimesso al giudice un ampio margine di “discrezionalità” quando occorre, per decidere una controversia, fare ricorso a clausole generali o anche a concetti giuridici indeterminati, la cui distinzione non vede concordi gli Autori e non è facile nella pratica<sup>13</sup> ma che sono accomunati dallo spazio deliberativo lasciato al giudice. Pensiamo: all’abuso del diritto; alla buona fede in funzione sia integrativa del regolamento contrattuale, sia correttiva del contratto, per esempio in materia di clausole abusive, nei contratti di durata o in quelli a esecuzione prolungata<sup>14</sup>; al potere di riduzione d’ufficio della clausola penale o alla valutazione del danno provocato dall’incapace che deve tener conto delle condizioni economiche del danneggiante e del danneggiato ex art. 2047 cod.civ.. O ancora alla valutazione della diligenza media nell’esecuzione del contratto o alla valutazione della giusta causa nel licenziamento.

Nel diritto amministrativo, la rilevanza della “pratica giurisdizionale” (cioè della cd. discrezionalità giudiziaria) è ancora più evidente. La storia della giustizia amministrativa è caratterizzata da quella che è stata definita una singolare “inversione logica” tra situazione tutelata e azione, sicché la

---

<sup>11</sup> P. Rescigno, *Le clausole generali; dalle codificazioni moderne alla prassi giurisprudenziale*, in *La genesi della sentenza, cit.*, 135 ss

<sup>12</sup> F. Roselli, *Il controllo della Cassazione civile sull’uso delle clausole generali*, Napoli 1983, 8

<sup>13</sup> Per alcuni spunti e riferimenti, vd. S. Patti, *Principi, clausole generali e norme specifiche nell’applicazione giurisprudenziale*, in *La genesi della sentenza, cit.*, 171 ss

<sup>14</sup> S. Patti, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in *La genesi della sentenza, cit.*, 145 ss, spec. 153

prima è spesso frutto di un processo di emersione dall'indistinto giuridico di situazioni che ricevono riconoscimento ad opera dei giudici, attraverso l'allargamento dell'area di legittimazione e il riconoscimento di un interesse giuridicamente protetto. Inoltre, sempre storicamente, è stato notato<sup>15</sup> che, in antitesi con i fenomeni cd. di burocratizzazione del giudice "bocca della legge", i sistemi a diritto e a giurisdizione amministrativa conoscono e praticano metodi giurisprudenziali più indipendenti dalla norma, come avvenuto in Italia anche durante la dittatura fascista.

Da un punto di vista positivo e sistemico, il giudice amministrativo adopera, quale tecnica di sindacato sull'esercizio del potere, princìpi e clausole generali; alcuni di questi princìpi, "creati" dalla giurisprudenza nazionale pur a fronte di contesti ordinamentali e politico-istituzionali assai diversi tra loro, sono stati poi positivizzati dal legislatore nazionale, al pari di princìpi, di derivazione comunitaria, ma anch'essi frutto delle "tradizioni costituzionali comuni" dei Paesi membri.

Pensiamo al principio di effettività, comprensivo della garanzia dell'accesso al giudice e della pienezza e completezza di tutela dalla fase cautelare a quella esecutiva; al giusto processo, non limitato al contraddittorio e alla garanzia del giudice terzo ma esteso fino alla durata ragionevole.

Ma dove la "pratica" del giudice assume maggior rilievo è nell'uso delle fattispecie sintomatiche di eccesso di potere e, più di recente, nei princìpi (o canoni o clausole o tecniche) di ragionevolezza e soprattutto di proporzionalità. Il test di proporzionalità, in particolare –comprensivo,

---

<sup>15</sup> A. Barone, *La vocazione "unitaria" delle giurisdizioni*, in *I princìpi vincolanti...*, cit., 1 ss

secondo la concezione trifasica di origine tedesca, della verifica della idoneità, della necessità e della proporzionalità in senso stretto della scelta amministrativa- porta il giudice, sia pure molto cautamente, a effettuare un vero e proprio bilanciamento di interessi che, come osserva esattamente Natalino Irti (sia pure in altro campo), consiste in una vera e propria valutazione, assai vicina al merito, da parte del giudice, della scelta operata dall'amministrazione.

Tutto quanto sin qui esposto, vale a maggior ragione con riferimento al diritto europeo, nel cui quadro le Corti operano assai spesso con riferimento a clausole generali o principi, non foss'altro per la eterogeneità degli ordinamenti nazionali e per la maggiore facilità di risolvere sul piano dei principi e delle clausole generali antinomie esistenti nel raffronto con gli ordinamenti nazionali di settore: e parlo di settori dei più disparati, dai diritti fondamentali alla concorrenza.

Io non sono sicuro che la valutazione degli spazi rimessi al giudice civile e a quello amministrativo siano, anzi debbano essere, gli stessi. E' innegabile che nel processo il giudice amministrativo debba riequilibrare l'asimmetria che tra amministrazione e cittadino esiste nel procedimento e comunque nel rapporto sostanziale; per cui a lui sono attribuiti necessariamente poteri più penetranti sull'esercizio del potere attraverso il ricorso a principi e clausole generali là dove, come sovente accade, il rapporto non sia regolato minutamente dal legislatore. Qui la prevedibilità della decisione è legata inevitabilmente alla non prevedibilità del potere amministrativo nel suo concreto svolgersi. Credo però che sia per il giudice civile sia per il giudice amministrativo le clausole generali e lo

stesso ricorso ai princìpi, ancorché tratti dall'ordinamento, abbiano inevitabilmente in sé un grado di "elasticità" e soggettività che non è realistico pensare di eliminare.

Tutto ciò rende evidente l'esigenza di bilanciare lo spazio rimesso al giudice con la prevedibilità delle decisioni giudiziarie, recuperando per tale via l'esigenza di certezza del diritto.

### **3. Prevedibilità delle decisioni giudiziarie e valore del precedente**

Il primo dato che colpisce in materia di valore ed efficacia del precedente riguarda le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea. Non mi riferisco all'efficacia del precedente tra sentenze di quella stessa Corte: è noto che lo *stare decisis* non vige per la Corte Ue e nemmeno per la Corte Edu, anche se entrambe le Corti sono molto attente a evitare mutamenti di indirizzo al fine di assicurare stabilità e certezze nell'attuazione del diritto europeo e di quello convenzionale.

Mi riferisco alla funzione, allo stesso tempo, nomofilattica e di fonte del diritto delle sentenze della Corte UE. Di fonte del diritto, in senso tecnico, perché, come è noto, il diritto europeo annovera tra le fonti le sentenze della Corte, nel senso che a esse si applica lo stesso meccanismo, volto ad assicurarne l'attuazione diretta, proprio delle altre fonti normative; con la conseguenza che il giudice nazionale è tenuto a fare applicazione del diritto come posto dalle sentenze della Corte e a non applicare il diritto nazionale con le stesse contrastanti. Funzione nomofilattica perché, nella visione integrata degli ordinamenti nazionale e sopranazionale, la sentenza

della Corte, proprio per il meccanismo di efficacia diretta sopra descritto, costituisce un precedente vincolante del Giudice chiamato in ultima istanza a decidere sull'interpretazione del diritto europeo (funzione nomofilattica simile è riconosciuta alle sentenze della Corte Edu dalla nostra Corte costituzionale quando afferma che il diritto convenzionale va interpretato nei termini dichiarati dalla giurisprudenza di Strasburgo).

La Corte UE tende costantemente ad affermare tale posizione di nomofilachia del diritto europeo, anche a discapito di normative nazionali, come quella italiana, che, nel rafforzare la funzione nomofilattica interna delle Giurisdizioni superiori, tendeva a rendere interlocutore privilegiato della Corte UE, in relazione al rinvio pregiudiziale, le Sezioni unite della Cassazione e l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. Le vicende della sentenza Puligienica sono note, al pari dei suoi successivi sviluppi, anche in forza dei quali resta il principio secondo cui la sezione semplice, che non condivide il principio di diritto affermato dalle sezioni unite o dall'adunanza plenaria in materia comunitaria, ben può, e forse deve, adire direttamente la Corte UE senza dover passare per le sezioni unite o la plenaria.

E siamo al tema dell'assetto interno volto a rafforzare la funzione nomofilattica come contraltare alla crescente "imprevedibilità" delle decisioni giudiziarie che, mettendo in crisi la certezza del diritto, 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 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 funzione nomofilattica 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. Riguardato dal punto di vista del singolo giudice, l’art.101 della Costituzione è a presidio della sua indipendenza; e tale valore va 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 delle sezioni unite o dell'adunanza plenaria plenaria dalle ormai non recenti riforme processuali: vincolo, si badi, non positivo (per cui la sezione semplice sia tenuta a uniformarsi), bensì negativo (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 ma non subisce alcuna imposizione).

#### **4. Conclusioni**

Il diritto giurisprudenziale è coerente con il nostro tempo, fatto di crisi delle istituzioni rappresentative sul piano soggettivo, in termini di legittimazione, messa in dubbio dai movimenti antisistema e da una sfiducia generalizzata. Questo può forse spiegare ciò che Picardi ha definito, in uno scritto di qualche anno fa, “la vocazione del nostro tempo per la giurisdizione”<sup>16</sup>. Coerente, altresì, con il carattere fortemente giurisprudenziale del diritto europeo (anch'esso inserito in un sistema di legittimazione politica in crisi).

La giurisdizione può rispondere all'emersione di nuovi bisogni e correlate istanze di tutela; può supplire a carenze del legislatore che non riesce a trovare il punto di mediazione politica in materie sensibili o che rincorre il mito populista in settori in cui la pancia del popolo prevale sulla testa. Ma tutto ciò può avvenire per un tempo limitato. Nella fisiologia la produzione del diritto spetta al legislatore.

---

<sup>16</sup> N. Picardi, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *RTDPC* 2004, 41

Al tempo stesso, il mito di un legislatore che tutto riesca a disciplinare è fuori tempo e soprattutto “fuori luogo”, perché non tiene conto che il rapporto tra sovranità e territorio si attenua sempre più e perché non considera che le istanze di tutela spesso viaggiano più velocemente del loro recepimento in via legislativa, sicché alcuni settori richiedono fiducia nell’applicazione di una legge “vaga” da parte delle Corti. Queste dovranno però dimostrare di meritare questa fiducia davanti ai cittadini: ponendo al centro l’esigenza di certezza e l’affidamento dei cittadini nella loro opera e, se necessario, *auto-limitando* la propria autonomia di giudizio (come già il singolo giudice fa quando dissenta in un collegio) e considerando la propria attività come un servizio reso dall’istituzione giudiziaria nel suo complesso.

**Filippo Patroni Griffi**

**Presidente aggiunto del Consiglio di Stato**

Publicato il 4 settembre 2017