



EDITORIALE – 30 OTTOBRE 2019

Il giudice tra creatività interpretativa e esigenze di legalità e prevedibilità

di Roberto Garofoli

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato
Direttore della Treccani Giuridica



Il giudice tra creatività interpretativa e esigenze di legalità e prevedibilità *

di Roberto Garofoli

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato
Direttore della Treccani Giuridica

Abstract: Le esigenze storicamente sottese al principio di soggezione del giudice alla legge, prime tra tutte quelle di prevedibilità e calcolabilità giuridica, rischiano di essere compromesse dal ruolo via via crescente e centrale, e tuttavia inevitabile, che nella scena giuridica, a causa di plurimi fattori (ampliamento degli spazi interpretativi, polisemia normativa, vuoti di previsione normativa da colmare ricorrendo analogicamente ai principi costituzionali e generali, natura multilivello del sistema delle fonti), ha assunto la giurisdizione con l'emersione di una giurisprudenza a tratti creativa. L'obiettivo è, allora, quello di conciliare la portata "creativa e diffusa" del diritto giurisprudenziale con le esigenze di uniformità e prevedibilità della decisione, neutralizzando il rischio di una deriva della giurisdizione verso l'instabilità perenne del diritto liquido. Tre le strade da percorrere nel perseguire quell'obiettivo. Rafforzamento della cultura della giurisdizione, riconoscimento dell'importanza del precedente giudiziario (elaborato in concreto e non in astratto) anche nei percorsi universitari, nell'accesso alle professioni legali e nella formazione dei futuri professionisti del diritto, valorizzazione della funzione nomofilattica.

Sommario. 1. Il giudice e la legge: le esigenze sottese al principio di soggezione alla legge e le implicazioni. La rafforzata cogenza del principio di legalità convenzionale. 2. Cenni sulle ragioni della complessità del compito del giudice: normale attività interpretativa, riempimento dei concetti indeterminati, integrazione analogica dei vuoti di previsione normativa, sistema multilivello delle fonti. 3. I rischi connessi all'ampliarsi degli spazi di discrezionalità del giudice. ... 3.1. ... e le strade da percorrere. Cultura della giurisdizione, cultura del precedente e carenze dei percorsi universitari e di accesso alle professioni legali, funzione nomofilattica.

1. Il giudice e la legge: le esigenze sottese al principio di soggezione alla legge e le implicazioni.

La rafforzata cogenza del principio di legalità convenzionale.

Il tema relativo ai rapporti tra giudice e legge presenta un grado elevatissimo di complessità, pur a volerlo esaminare -come si farà- solo per rapidi spunti, senza alcuna pretesa di inquadramento dommatico.

L'art. 101 Cost., enunciando il principio di *soggezione alla legge*, oltre a garantire l'indipendenza funzionale del giudice, lo vincola ad attenersi a quanto stabilito dal diritto vigente, ricercando solo in questo i criteri di *soluzione della lite da decidere*.

* Testo, rivisto e ampliato, della Relazione tenuta al Convegno *I ruoli giuridici nel diritto civile del postmoderno*, Università degli Studi di Bari, 20 settembre 2019.

In questo secondo significato, il principio è storicamente diretto a neutralizzare il rischio che il giudice prenda le sue decisioni *a propria discrezione*: la legge rappresenta, quindi, un vincolo che condiziona l'operato del giudice, tracciando i binari lungo i quali deve orientarsi il suo percorso decisionale.

Si tratta di un vincolo funzionale al soddisfacimento di ben precise esigenze, che è utile in apertura ricordare solo per brevissimi cenni.

Vengono in considerazione le esigenze -sottese al *principio di legalità* e ai suoi corollari applicativi- di *certezza giuridica*, nonché, in una prospettiva più sostanziale, la necessità che i consociati dispongano di regole enunciate con modalità tali da permettere di regolare le proprie condotte, oltre che di *prevedere e calcolare le conseguenze giuridiche delle stesse*.

In tale prospettiva e considerata -come si illustrerà- la rilevanza sempre più significativa assunta dal diritto giurisprudenziale¹, anche la prevedibilità del diritto pretorio diviene corollario del principio di legalità, anch'essa essendo diretta ad assicurare che possano essere indirizzati *ex ante* i comportamenti dei consociati e dei poteri pubblici².

Per esplicitare, si tratta di esigenze che si manifestano, forse con diversi livelli di intensità, in qualsiasi ramo del diritto.

Certo, nel *diritto penale*, attesa la severità delle conseguenze sanzionatorie possibili e il rango personalissimo dei beni su cui le stesse indicano, questa esigenza di legalità e di connessa calcolabilità delle implicazioni per l'appunto penali delle proprie condotte assume una intensità di massimo rilievo, e si riconnette peraltro ai principi di autoresponsabilità e personalità della responsabilità penale: è quanto spiega, del resto, la cogenza via via crescente che agli aspetti qualitativi del principio di legalità, in specie al principio di prevedibilità, si sta riconoscendo negli ultimi decenni e anni, ad opera di orientamenti interpretativi sempre più influenzati, se non condizionati, da fonti ed impulsi ermeneutici sovranazionali.

¹ L'importanza e la centralità della giurisprudizione è un fenomeno -di cui successivamente si proverà a passare sinteticamente in rassegna le principali cause- certo non nuovo, ancorché negli ultimi tempi sempre più imponente. Di "*svolta della giurisprudizione*" parlò nel lontano 1985, con riflessioni che paiono oggi di grandissima attualità, F. Galgano, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, 3, 1985, 701 ss., il quale così riassumeva i rapporti tra legge e attività giurisdizionale: "*Continuiamo a proclamarci interpreti della legge e a elaborare teorie sulla sua interpretazione; ma ci troviamo di fatto a operare, sempre più frequentemente, come interpreti della sentenza (e del contratto). La legge, nel senso pieno dell'espressione, è ormai una specie alquanto rara, e la funzione di adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà è sempre largamente svolta dal giudice (o è svolta dalla modellistica contrattuale). Constatato da qualche tempo che gli avvocati, nei loro atti defensionali come nei loro pareri, non citano più i codici, ma la giurisprudenza sui codici*". Si tratta di un fenomeno, del resto, che attraversa tutte le branche dell'ordinamento, anche quella penale, come noto coperta da una robusta riserva di legge. Di "*età della giurisprudizione*" parla al riguardo, più recentemente, G. Fiandaca, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 79 ss., in part. 97, sostenendo che "*può apparire plausibile persino rispetto al diritto penale affermare che oggi viviamo nell'età della giurisprudizione o, detto altrimenti, nell'epoca del giudice*".

² F. Patroni Griffi, *Tecniche di decisione e prevedibilità nella sentenza amministrativa*, in A. Carleo, *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, 183

Si tratta di esigenze parimenti sottese al principio di legalità in altri rami del diritto: l'interpretazione che il *giudice amministrativo* segue nel settore, per citarne alcuni, dei contratti pubblici o della responsabilità orienta le amministrazioni pubbliche nella gestione di ambiti relevantissimi del nostro sistema economico, ed è quanto mai utile che le stesse, in quanto “fedeli” al dato normativo, imprimano certezza di regole di comportamento e siano prevedibili.

Altrettanto, accade, nel diritto dei rapporti tra privati o in quello tributario.

Le esigenze così sinteticamente riportate sono, del resto, avvertite anche (e in modo ancor più pregnante) dal diritto sovranazionale.

La Corte EDU ha, così, sostenuto che la lettera della legge deve essere elaborata in forma non equivoca e quanto più chiara possibile, sì da consentire agli interessati di conoscere i propri diritti ed obblighi in modo chiaro e preciso, ed ai giudici di garantirne l'osservanza³.

In ambito penale, in particolare, la Corte EDU - nel sostenere che il principio di legalità non esaurisce la sua portata precettiva nell'imporre che la descrizione del reato (e più in generale delle misure implicanti un sacrificio di posizioni soggettive garantite dalla Convenzione) abbia una *base legale*, comportando anche che la stessa descrizione e il *flusso interpretativo correlato* garantiscano ai consociati la possibilità di prevedere che le proprie condotte possano essere considerate penalmente illecite, oltre che di calcolare le sanzioni conseguentemente per le stesse applicabili- sta concorrendo alla rivisitazione delle regole di fondo di non poche discipline del diritto sanzionatorio, da quella delle misure di prevenzione personali e patrimoniali⁴, fino per esempio a quella relativa alla individuazione *del tempus commissi delicti* nei reati ad evento differito e in quelli a condotta prolungata⁵.

La prevedibilità convenzionale, peraltro, nella giurisprudenza della Corte EDU, non è riferita alla sola tecnica di redazione della legge, di cui pretende un certo tasso di precisione descrittiva, ma anche al momento interpretativo, con conseguente divieto di applicazione retroattiva dei *revirements* giurisprudenziali estensivi e sfavorevoli, allorché *non ragionevolmente prevedibili* al momento della condotta⁶.

³ C. giust, 9 marzo 2017, C-141/15; in tema, A. Di Porto, *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo*, in A. Carleo, *Calcolabilità giuridica*, cit., 130.

⁴ Con la nota sentenza 23 febbraio 2017, *De Tommaso*, cui ha fatto di recente seguito Corte cost. 27 febbraio 2019, nn. 24 e 25.

⁵ Cass. Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 40986

⁶ F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it. In giurisprudenza, fondamentale è Corte EDU, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*.

2. Cenni sulle ragioni della complessità del compito del giudice: normale attività interpretativa, riempimento dei concetti indeterminati, integrazione analogica dei vuoti di previsione normativa, sistema multilivello delle fonti.

Senonché, la legge cui il giudice soggiace è sempre meno spesso un insieme di comandi e sanzioni strutturati in modo puntuale e preciso: il che comporta che il giudice, sempre più di frequente, non è chiamato a svolgere il solo (inevitabile e tradizionale) compito di *chiarimento del contenuto normativo delle disposizioni*, di *interpretazione quindi della legge*, dovendo attendere a *riempire concetti indeterminati o espressioni polisenso* volutamente utilizzati della legge, a *colmare vuoti di previsione normativa* (non potendo sottrarsi comunque al dovere della decisione), a tener conto, nella definizione del caso concreto, della *natura multilivello del sistema delle fonti del diritto* e del rilievo sempre più imponente e cogente che in esso assumono quelle sovranazionali.

La concezione, che riprende l'idea di Montesquieu, secondo cui i giudici sono “*bocche della legge*”, non fa i conti, quindi, con una serie di fattori che finiscono inevitabilmente per assegnare al giudice un ruolo ben più complesso. E' utile passare brevemente in rassegna alcune delle ragioni di tale complessità.

A. Merita porre in primo luogo in rilievo che molto spesso la legge *non contiene regole chiare e precise* e impone al giudice di *interpretarle*, ricostruendone il significato: in tali casi, il giudice prende spesso le sue decisioni non in maniera meccanica, ma disponendo di estesi spazi di discrezionalità, pure essendo vincolato all'applicazione dei canoni dell'ermeneutica giuridica, da quello letterale, a quelli di tipo storico e sistematico, a quelli dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata.

Si tratta di processi interpretativi che spesso tengono conto dell'*evoluzione anche sociale* che taluni degli istituti disciplinati dalla legge da interpretare hanno subito nel tempo, così di frequente anticipando un legislatore cui spesso mancano prontezza di adeguamento e coraggio.

Solo per portare un banale esempio, prima che intervenisse il legislatore nel 2012 a stabilire che commette il reato di maltrattamenti in famiglia non solo chi maltratta il *coniuge* ma *anche* chi maltratta il *convivente*, i giudici erano *già* giunti a tale conclusione *interpretando* l'art. 572 c.p., che prevedeva all'epoca come reato *solo* il caso di chi maltrattasse “*una persona della famiglia*”: che si intende per famiglia ci si chiese? *Interpretando* la legge allora in vigore, ossia il richiamato art. 572, i giudici sostennero che, alla luce dell'evoluzione sociale che ha interessato il concetto di famiglia, nello stesso rientra anche la *famiglia di fatto*, fondata sulla reciproca volontà di vivere insieme, di generare figli, di avere beni in comune, di dare vita a un nucleo stabile e duraturo.

B. In altri casi, è la legge stessa che, utilizzando (talvolta volutamente) *termini generici o espressioni con più possibili significati*, rimette al giudice il compito di riempire di contenuto quei termini e quelle espressioni nella decisione del caso concreto.

Si pensi, per esemplificare, ai concetti generici, spesso utilizzati dalla legge *civile*, di “*giusta causa*”, “*buona fede*” e “*correttezza*”.

La stessa autonomia negoziale dei privati e la disciplina del contratto sono non poco condizionati dalla presenza del giudice, chiamato a riscontrare l’equità dell’assetto negoziale e a garantire il rispetto dei diritti fondamentali e dei doveri di solidarietà a tutela del contraente debole⁷.

O si pensi, nel diritto *amministrativo*, all’espressione “*grave pregiudizio per gli interessi essenziali*” al ricorrere del quale la legge condiziona l’azionabilità dei *golden powers* di cui è titolare lo Stato preposto al controllo degli investimenti esteri; o ai concetti indeterminati di cui è ricca la disciplina *antitrust*.

Oppure si considerino per concludere -nel diritto che meno dovrebbe dare la stura a rischi di arbitri e soggettivismi giudiziari, quale è quello *penale*- i numerosissimi casi in cui il legislatore, nella descrizione di ciò che è reato e rinunciando ad una tipizzazione rigorosa, ricorre all’uso di termini o espressioni *non rigidi*, ma *elastici* (“*senza giustificati motivi*”, “*ingente quantità*”, “*cagiona stati d’ansia*”), che pure hanno superato il vaglio di costituzionalità relativo alla coerenza con il principio penalistico di precisione o tassatività.

C. In altri e ancor più complessi casi, la *legge non disciplina affatto il caso concreto o non lo fa con norme direttamente riferibili allo stesso*. In questi casi, il giudice, non potendo mai *decidere di non decidere*, perché non può rifiutarsi di dare soluzione alla lite (c.d. divieto di *non liquet*), dovrà applicare le regole dettate per *casi simili* o utilizzare i *principi generali dell’ordinamento*: si aprono le porte per l’operazione *analogica*, nella quale ancor più ampia è la discrezionalità del giudice.

Con riferimento a tutte queste ipotesi in cui il giudice decide la lite senza trovare una soluzione certa ed univoca nella formulazione letterale della legge o, addirittura, senza che la legge dica alcunché, si è parlato di “*supplenza giudiziaria*”. Espressione utilizzata da taluni in polemica con i magistrati per sostenere che gli stessi invadono un campo riservato al Parlamento, da altri, invece, semplicemente per chiarire che i giudici, dovendo risolvere casi non puntualmente regolati dalla legge e non potendo sottrarsi al dovere di decidere, lo fanno utilizzando tutti gli strumenti che l’ordinamento giuridico offre, in particolare valorizzando i principi costituzionali e quelli generali.

Un esempio su tutti. Negli scorsi anni, il dibattito istituzionale e politico sui casi di c.d. *supplenza giudiziaria* si è molto sviluppato attorno al caso Englaro e alla decisione con cui la Cassazione, nel 2007,

⁷ G. Canzio, *Crisi della nomofilachia e prospettive di riforma della Cassazione*, in A. Cadoppi, *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, 329 ss..

lo ha risolto. Luana Englaro era una ragazza che, a seguito di un tragico incidente, era stata per lunghi anni in stato vegetativo, irreversibile e permanente, tenuta in vita da un respiratore artificiale di cui da anni i genitori chiedevano l'interruzione non trovando, tuttavia, un medico disposto a “staccare la presa”. In quegli anni il legislatore non disciplinava casi come questi. La legge interverrà, infatti, solo dieci anni dopo, nel 2017, introducendo e disciplinando le c.d. D.A.T., Disposizioni anticipate di trattamento (Testamento biologico), con cui è oggi possibile dare anticipatamente indicazioni relative alle cure mediche che si vuole o non si vuole ricevere qualora sopraggiunga l'incapacità di manifestare una consapevole volontà.

Nel 2007, in assenza di una legge, la Cassazione ha deciso il caso Englaro facendosi guidare dai principi costituzionali. La legge dell'epoca, in particolare, nulla disponeva in merito: a) alla sussistenza di un diritto del paziente a *rifiutare* le cure, anche quando necessarie per il mantenimento in vita; b) alla possibilità che tale diritto sia fatto valere da un rappresentante del paziente (tutore, come il padre di Luana Englaro), qualora lo stesso non sia in condizione, a causa della malattia, di esprimere le proprie volontà. Ebbene, la Cassazione, premesso che nessuno può essere sottoposto a cure senza il proprio consenso (come prevede l'art. 32 Cost.) e che il medico ha il dovere di rispettare la volontà del paziente, anche se contraria a cure vitali, ha affermato che i suddetti principi valgono anche nei casi di soggetti incapaci di esprimere la propria volontà (come Luana Englaro). Pertanto, anche i malati in stato vegetativo permanente godono del diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari e possono far sentire la loro voce tramite i loro rappresentanti legali, per esempio i genitori. Nel decidere il caso Englaro, quindi, la Cassazione ha concluso affermando che va autorizzata l'interruzione dei trattamenti artificiali che mantengono in vita il paziente quando ricorrono due condizioni: a) malattia irreversibile; b) volontà certa del paziente di rifiutare la prosecuzione del trattamento, anche ricostruita tenendo conto della sua personalità, del suo carattere, del modo in cui viveva prima della malattia. I giudici di Cassazione hanno così deciso un caso non regolato dalla legge, utilizzando principi costituzionali e generali.

Come all'epoca autorevolmente sostenuto, *“il quadro delineato dalla Cassazione ... è rigoroso, solidamente fondato su principi e norme, mostra che, anche in assenza di una specifica legge, il sistema giuridico mette a disposizione tutti gli strumenti necessari per affrontare le difficili questioni della fine della vita. ... La Cassazione, e gli altri giudici, non hanno «creato» regole. Hanno estratto dal sistema tutti gli elementi che impongono il riconoscimento dell'autonomia della persona ...”*⁸.

⁸ S. Rodotà, in *Repubblica*, 25 ottobre 2007.

D. D'altra parte, e per concludere su questo aspetto, il giudice, chiamato a trarre la regola del caso concreto da un ordinamento giuridico composto da norme introdotte da *fonti di livello e grado diversi*, è tenuto talvolta a “disobbedire” alla legge ordinaria del Parlamento qualora dubiti della sua coerenza con i principi e le regole della Costituzione o della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (dovendo attendere in questo caso la valutazione data dalla Corte costituzionale) o con quelle dell'Unione europea, di cui deve direttamente garantire l'immediata efficacia. Prima ancora deve verificare che l'apparente antinomia non sia superabile in via interpretativa, applicando i noti strumenti dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata.

3. I rischi connessi all'ampliarsi degli spazi di discrezionalità del giudice....

Il quadro che per sommari cenni si è ricostruito rende evidente non solo quanto sempre complessa è l'attività del giudice, ma anche quanto elevato sia il rischio che ad essere compromesse siano le esigenze storicamente sottese all'enunciazione costituzionale del principio della sua soggezione alla legge.

Per quel che attiene alla crescente complessità dell'attività giurisdizionale, si è dubitato che possa conformare la sua attività, in via esclusiva, al primato della legge un giudice sempre più chiamato a risolvere il caso concreto nel fluire delle variabili di riferimento, nel contesto cioè di un “*labirinto*” di fonti normative e giurisprudenziali, prodotte da Legislatori e Corti, nazionali e sovranazionali, talora ambigue, contraddittorie o addirittura oscure⁹.

La pluralità delle fonti consegna all'interprete -è stato osservato- una affatto semplice attività di *bricolage*, di *decoupage*, lo sforzo, quindi, di definire, nel mettere a punto i contenuti della singola regola di giudizio, il contesto delle fonti rilevanti, il loro differente grado di prescrittività, la possibile conciliazione, o, altrimenti, l'ordine di prevalenza¹⁰.

Si tratta, tuttavia, di una realtà di cui prendere atto e con cui fare i conti, con l'obiettivo di renderla in qualche modo compatibile con le esigenze sostanziali della legalità, in specie quelle rappresentate in apertura di calcolabilità e prevedibilità.

Per quanto, infatti, sia utile appellarsi ad un maggiore rigore del legislatore nella elaborazione della legge, invocando leggi più chiare, precise, comprensibili, conoscibili, osservabili, oltre che assetti normativi meno esposti a continui e repentini cambiamenti, le linee di tendenza così sinteticamente descritte paiono inesorabili, sicché divengono sempre più mobili gli spazi dell'interpretazione, sempre più di frequente

⁹ V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

¹⁰ V. Manes, *cit.*; M. Vietti, *A proposito del volume di V. Manes*, in www.penalecontemporaneo.it

condotta, a fronte della frammentazione e della polisemia del testo normativo, secondo modalità “parzialmente creative” del diritto¹¹.

La descritta ampiezza del compito del giudice, in uno alla natura diffusa del potere giudiziario, espone a rischi elevati il soddisfacimento delle indicate esigenze sottese al principio di soggezione del giudice alla legge.

Elevato, a fronte di un labirinto normativo siffatto, è in particolare il rischio che i singoli giudici *decidano in maniera diversa cause simili*, con conseguente sacrificio delle esigenze di certezza, orientamento dei futuri comportamenti e prevedibilità delle conseguenze.

La “*disintegrazione del sistema delle fonti*” e la conseguente emersione di una giurisprudenza “creativa” moltiplicano, cioè, il pericolo dell’incalcolabilità giuridica, intesa come imprevedibilità delle regole cui conformare le condotte e delle conseguenze possibili¹².

L’obiettivo è, quindi, conciliare la portata “creativa e diffusa” del diritto giurisprudenziale con le esigenze di uniformità e prevedibilità della decisione, neutralizzando il rischio di una deriva della giurisdizione verso l’instabilità perenne del diritto “liquido”¹³.

3.1. ... e le strade da percorrere. Cultura della giurisdizione, cultura del precedente e carenze dei percorsi universitari e di accesso alle professioni legali, funzione nomofilattica.

Almeno tre le strade da percorrere nel perseguire quell’obiettivo.

In primo luogo, è necessario che si diffonda e si rafforzi una cultura della giurisdizione che, ferme le irrinunciabili opportunità connesse alle differenze culturali e al fermento del dibattito giuridico, includa rigore metodologico e costante applicazione dei canoni di gradualità e proporzionalità nell’adeguamento della disciplina positiva alla concretezza dei casi¹⁴.

Si tratta, tuttavia, della necessaria direzione di marcia di un percorso da seguire con determinazione, costanza e intelligenza, con il concorso culturale del ceto forense, degli organismi associativi, degli organi di autogoverno, della dottrina, non certo di un obiettivo realizzabile in un lasso temporale breve e definito. Vengono quindi in soccorso, in prospettiva meno a lungo termine, la c.d. *funzione nomofilattica* delle giurisdizioni superiori e, in senso ancor più ampio, il rilievo da assegnare ai *precedenti giudiziari*.

¹¹ G. Canzio, *Crisi della nomofilachia e prospettive di riforma della Cassazione*, cit.

¹² N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, IV, 2015, 1115 ss.

¹³ In tema, N. Irti, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. Carleo, cit., 23.

¹⁴ G. Canzio, *Crisi della nomofilachia e prospettive di riforma della Cassazione*, cit., il quale invoca una “*saggezza pratica e buon senso – la wisdom anglosassone – nell’esercizio dell’ars interpretandi*”.

Quanto ai *precedenti*, con una giurisprudenza sempre più al centro della scena giuridica il bene della calcolabilità non può essere soddisfatto senza una adeguata valorizzazione degli stessi e della relativa forza di orientamento.

Il che impone di volgere lo sguardo a differenti questioni, talune solo apparentemente lontane dal tema che si esamina.

Volendo schematizzare, in un sistema giuridico nel quale i precedenti giudiziari assumono importanza centrale, divenendo non marginalmente rilevanti nel soddisfare talune delle esigenze storicamente sottese al principio di legalità, quali quelle di prevedibilità e calcolabilità, è fondamentale – in disparte ancora il tema della forza vincolante del precedente- che quanto normalmente si sostiene con riguardo alla legge valga per il precedente stesso.

La legge deve essere chiara? Lo deve essere il precedente.

La legge deve essere correttamente interpretata? Lo deve essere il precedente.

Quanto alla *chiarezza del precedente*, la sua portata è condizionata dalla tecnica seguita nel crearlo. Il che non è il risultato della sola attività del giudice, ma della non semplice e scontata attività di massimizzazione delle pronunce giudiziarie; un'attività di fondamentale importanza se solo si considera che la sentenza diventa precedente attraverso la sua *massima*¹⁵, spesso tuttavia elaborata come enunciazione astratta, senza alcun riferimento al fatto in concreto deciso, viceversa essenziale per cogliere l'autentica *ratio decidendi* e, sulla base di quella, per valutare identità, somiglianza o diversità tra casi già definiti e nuovi casi da decidere¹⁶.

Quanto, invece, all'*interpretazione del precedente*, già nel 1964, si mettevano in luce le carenze dei percorsi universitari di formazione nel trasmettere regole e tecniche di interpretazione delle sentenze¹⁷. Successivamente, ma pur sempre più di 30 anni fa, si è autorevolmente ribadito come “*non siamo attrezzati -né culturalmente né tecnicamente- per lavorare compiutamente sulla giurisprudenza: una scienza o, più modestamente, una tecnica dell'interpretazione del prodotto giudiziario è da noi tutta da fondare*”¹⁸. A ulteriori 30 anni di distanza, in un contesto nel quale la giurisdizione e la giurisprudenza hanno indiscutibilmente assunto una centralità

¹⁵ A. Di Porto, *I nuovi sacerdoti della giurisprudenza della Corte*, in A. Carleo, *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Bologna, 2018, 179.

¹⁶ Per una critica alla tecnica della massimazione volta, sulla falsariga “generale e astratta” della norma giuridica, all'elaborazione di un precedente per l'appunto astratto, senza puntuale riferimento al fatto concreto, così destinato a costituire solo l'occasione della massima, G. Gorla, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per l'interpretazione delle sentenze*, in *Foro it.*, 1964, c. 80. Circa l'attitudine dei precedenti a conformare l'attività dell'operatore del diritto e dell'avvocato in particolare, G. Alpa, *Solo fantascienza. Il robot non potrà sostituire l'avvocato*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 luglio 2017; A. Di Porto, *Avvocato-robot nel nostro stare decisis*, in A. Carleo, *Decisione robotica*, Bologna, 2019, 239 ss.

¹⁷ G. Gorla, *cit.*, c.84.

¹⁸ F. Galgano, *cit.*, 700.

ancor più significativa, non pare che quelle gravi lacune siano state colmate. Anzi, duole constatare come si registri al riguardo un vero e proprio deficit culturale di più ampio respiro sul punto se solo si considera che la riforma dell'esame di accesso alla professione forense ruota attorno al divieto di utilizzo delle massime giurisprudenziali, come se l'oggetto della verifica di idoneità professionale non fosse costituito proprio dalla capacità di leggerle, interpretarle e verificarne la coerenza con il caso oggetto della traccia di parere.

Quanto, infine, alla *funzione nomofilattica* delle giurisdizioni superiori, si tratta di un rimedio al rischio di incalcolabilità ben chiaro da tempo al legislatore che ha assegnato, come è noto, alla Corte suprema di cassazione la funzione di assicurare l'esatta osservanza e l'*uniforme interpretazione della legge* (art. 65, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12).

In tale prospettiva, si sono mosse del resto le recenti riforme che hanno rafforzato la funzione nomofilattica disponendo che, qualora una Sezione semplice della Corte di cassazione o del Consiglio di Stato intenda discostarsi, nel decidere una sua causa, da una precedente decisione delle Sezioni unite o dell'Adunanza plenaria, deve rimettere la questione alla stessa sede.

Non si tratta di irrigidire, in tal modo, il flusso evolutivo dell'elaborazione giurisprudenziale ma, per l'appunto, di conciliare con il fermento del dibattito giuridico e con i rischi connessi all'operare congiunto di diffusione del potere giudiziario e descritta ampiezza degli spazi discrezionali riconosciuti al giudice le esigenze di certezza e prevedibilità correlate al principio di legalità.

In tale prospettiva -è stato osservato- *“la nomofilachia moderna non può essere che “orizzontale”, “circolare” e “cettuale”. Essa trova il naturale punto di sintesi nella Corte di cassazione, ma è promossa dai giudici di merito, i primi a confrontarsi con la fluidità sociale; e torna ai giudici di merito, che misurano gli effetti pratici della giurisprudenza di legittimità. Non le magistrature soltanto, bensì tutto il “ceto dei giuristi” fa nomofilachia. Fondamentale è il ruolo critico della dottrina, alla quale compete l'analisi delle soluzioni e l'elaborazione delle alternative”*¹⁹.

Si consideri del resto -come pure è stato condivisibilmente sostenuto- che il giudice, per l'utente finale del servizio giustizia, è l'organo giurisdizionale, non la persona fisica, sicché quel che per noi magistrati è garanzia di indipendenza funzionale e di autonomia di giudizio, per il fruitore del sistema giustizia è, a fronte di pronunce divergenti in fattispecie identiche, *“una sorta di sdoppiamento della personalità, cioè un caso di schizofrenia clinica”*²⁰.

E questo va evitato tanto più in un momento storico in cui la fiducia nel sistema giudiziario è il bene più prezioso da salvaguardare.

¹⁹ G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in www.penalecontemporaneo.it

²⁰ F. Patroni Griffi, *Introduzione alle giornate di studio su “Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica”*, in www.federalismi.it.