

## TERZIETÀ DEL GIUDICE E CREATIVITÀ DELLA GIURISPRUDENZA: IL VALORE DEL PRECEDENTE

Antonio Cavallaro\*

### 1. Il fenomeno giuridico ed il diritto giurisprudenziale creativo

L'attività del giudice di interpretazione ed adeguamento del diritto scritto alla realtà e la trasformazione di questo in 'diritto in azione' fa assumere all'interprete un ruolo rilevante ai fini della effettività nell'ordinamento dei precetti posti dalla legge: egli, non essendo automatico strumento di sussunzione del fatto nella norma, filtra tra il caso concreto ed il comando astratto assumendo un ruolo quantomeno di integrazione e rifinitura del quadro normativo predisposto in linea generale dal legislatore. In questa ottica, il precedente giudiziario è da tempo oggetto di analisi in merito agli effetti di una giurisprudenza come fonte del diritto<sup>1</sup>.

È utile, pertanto, un approfondimento sulla giurisprudenza creativa, analizzando la centralità del giudizio giuridico e la peculiarità di un

---

\* Università degli Studi di Napoli Federico II.

<sup>1</sup> Sul precedente giudiziario e sulla creatività della giurisprudenza come fonte di diritto tra la vasta bibliografia si segnala: R. BENDITT, *The rule of Precedent*, in: *Precedent in Law*, Oxford, 1987, pp. 89 ss.; W. BIGIAMI, *Appunti sul diritto giudiziario*, Padova, 1989; M. BESSONE, *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996; R. CROSS, *Precedent in English Law*, Oxford, 1968; F. GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in: *Contratto e impresa*, Padova, 1985, pp. 701 ss.; 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, V. 80; L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975; U. MATTEI, *Il modello di common law*, Torino, 1997; M. TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, in: *Studi in memoria di Gino Gorla*, 1994 pp. 383 ss.; G. TREVES, *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Torino, 1971; G. VISINTINI, *La giurisprudenza per massime ed il valore del precedente*, Padova, 1988; G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto*, Napoli 2006.

giudice al quale, attraverso l'utilizzo del precedente giudiziario, compete un'attività interpretativa che non rinunci a spazi di creatività. Da un lato si pone il legislatore che crea e dispone le fattispecie astratte ispirate alle mutevoli esigenze dell'umanità, dall'altro vi è il giudice, quale strumento di applicazione e, dunque, di realizzazione del diritto.

L'indagine su un'attività giurisprudenziale creativa può essere, sperimentalmente, rapportata alla visione romaniana dell'unità di *logos* e *nomos* del diritto, ovvero triadicità e terzietà giuridica. Il primordiale stadio dello specchio, che caratterizza l'umanità, in un rapporto esclusivamente duale tra i parlanti, si manifesta, in ogni essere umano, soprattutto nella fase dell'infanzia. Il bambino, incapace di dominare e razionalizzare i suoi movimenti e le sue emozioni, percepisce la visione di un essere adulto come la proiezione della sua persona nello specchio anche se gli viene anticipata una manifestazione umana matura e quindi successiva. Questa ingannevole condizione caratterizza non solo l'*infans* ma anche i parlanti ogni qualvolta cedono all'identificazione con condotte tipiche altrui (basti pensare alle ideologie), col rischio di restringere il campo del proprio essere nel tentativo di assomigliare ad un'immagine. Nello stadio dello specchio regnano, incontrastate, numerose ed incondizionate aspettative cognitive: solo alcune di queste avranno poi rilievo in tema di pretesa giuridica. In questa condizione, dunque, a nulla vale il tentativo di superarla attraverso l'individualismo estremo o il collettivismo compiuto<sup>2</sup>. Il diritto rappresenta l'unica soluzione per uscire dalla situazione di regresso in cui dominano le immagini. Si tratta di un diritto che non si pone in posizione di estraneità rispetto ai parlanti, né deve essere considerato frutto di circostanze eteronome<sup>3</sup> o autonome. Il diritto si pone come substrato fertile per favorire e regolare un costante scambio intersoggettivo che caratterizza l'esperienza umana. Le condotte di un singolo si

---

<sup>2</sup> Trattasi di due posizioni che si pongono agli estremi della visione romaniana. La prima, che va attribuita al pensiero di Stirner, si fonda sul singolo in quanto unico, un "io-proprietario" che vede nell'altro il suo antagonista. La seconda, propria della filosofia di Marx, pone al centro un collettivismo che esalta il noi totalizzante, annientando il processo di differenziazione. Cfr. B. ROMANO, *Filosofia del Diritto*, Roma -Bari, 2002, pp. 111 ss..

<sup>3</sup> La modalità eteronoma viene individuata quando l'insieme dei parlanti è minacciato dall'esterno e si qualifica come gruppo in fusione. L'unità si produce nella spinta contraria che è quella finalizzata alla resistenza. Cfr J.-P. SARTRE, *Critica della ragione dialettica*, vol. II Milano 1963.

trasferiscono e incidono sull'esistenza degli altri consociati, assumendo, dunque, rilevanza giuridica.

Ciò che si individua è una pretesa precettiva che si pone come superamento del rapporto duale e del pensiero-desiderio, per far posto ad una relazione triale, in quanto disciplinata e regolata dal Terzo-Altro<sup>4</sup>. Questi ha come finalità quella di garantire il processo di differenziazione tra i singoli soggetti attraverso l'istituzione del diritto (terzo legislatore), l'amministrazione del giudizio giuridico (terzo giudice) e l'applicazione e l'esecuzione del giudizio (terzo polizia). Legislatore, giudice e polizia, sono incarnazioni differenti del Terzo-Altro. In particolare il desiderio di terzietà può essere ritrovato massimamente nel ruolo e nell'attività svolta del terzo giudice. Questi, attraverso il giudizio giuridico, si propone come momento centrale del diritto<sup>5</sup>. *"Il diritto non è una legge, né risulta dalla somma delle leggi. [...] Il diritto non è pertanto l'insieme delle norme, vigenti in un luogo e poste in un tempo, né l'unità di tutte le norme di tutti i tempi e di tutti i luoghi, ma opera secondo la struttura del linguaggio, quindi nell'esistere del parlante che si compie come il trascendimento delle singole forme storiche degli enunciati istituiti, esigendo la ripresa continua 'del che si istituisca' differenziato dall'istituito"*<sup>6</sup>.

Seppur ritenendo che competa al terzo legislatore occuparsi del 'che si istituisca' e affidare al terzo giudice l'esecuzione dell'istituito', va in ogni caso sottolineato che non potrà mai esistere un ordine giuridico che possa essere contraddistinto dal dogma della completezza. In questi margini l'attività del terzo giudice deve garantire il compimento del diritto, attraverso il giudizio giuridico. Alla luce di queste considerazioni il giudice si rivela non come soggetto-macchina ma come soggetto razionalmente vivo, sempre più elemento funzionale di terzietà. Emerge,

---

<sup>4</sup> Esso è "designato graficamente con la maiuscola perché non appartiene all'una o all'altra delle parti, ma è l'Altro, il Terzo, disinteressato e imparziale, non riconducibile a nessuno dei soggetti che vi si rivolgono nell'esercitare la pretesa giuridica". B. ROMANO, *Filosofia del Diritto*, cit., p. 133.

<sup>5</sup> Sulla centralità del giudice, Bruno Romano, afferma: "Il giudizio giuridico costituisce il momento centrale del fenomeno diritto; tutto ciò che riguarda questo fenomeno trae senso proprio dal rinvio al giudizio giuridico, anche quando non è in atto alcun suo svolgimento. L'attività legislativa, che istituisce il diritto vigente, e l'attività di polizia, che ne garantisce la concretizzazione, perderebbero ogni incidenza specifica se non si desse l'opera del giudizio giuridico (terzo giudice)". B. ROMANO, *Filosofia del Diritto*, cit., p. 148.

<sup>6</sup> Cfr. B. ROMANO, *Filosofia del Diritto*, cit., p. 158.

infatti, che il diritto non è interamente appannaggio della legge e che il giudice, inquadrato nel suo essere terzo ed imparziale, quale componente di un diritto triale e terzo<sup>7</sup> al pari del legislatore e della polizia, è soggetto in grado di superare il conflitto tipico del processo. Quest'ultimo si caratterizza come il luogo d'incontro tra le parti, dove le richieste di attore e convenuto sono presentate dinanzi all'interprete chiamato a dirimere la controversia attraverso il processo di sussunzione dalla fattispecie astratta a quella concreta. Il procedimento segue l'applicazione delle norme processuali e rinvia alle disposizioni astratte e generali prodotte dal legislatore, ma esso non esaurisce il momento giurisprudenziale<sup>8</sup>.

Va individuato un margine di creatività nell'operato del giudicante che di per sé caratterizza il fenomeno giuridico. *"La genealogia del diritto mostra che questo fenomeno si forma non appena ci si trova esposti a una qualificazione della differenza, quella data tra il senso da scegliere (che si istituisca) ed il senso da eseguire (istituito)"*<sup>9</sup>. Nessun 'istituito' (corrispondente alle norme-leggi) può completare il 'che si istituisca' (diritto). Questa scissione, simile a quella che si realizza nel linguaggio tra la scissione del 'me' (norme/leggi) e l'io' (diritto), pone le basi per quella che può essere definita differenza nomologica. Essa è fonte del diritto primo, garanzia della mancata costrizione dell'io' nelle forme del 'me', che ridurrebbe l'interezza creativa dell'io nei frammenti funzionali del me<sup>10</sup>. Queste premesse, sono necessarie per evidenziare un diritto che si ponga in costante proiezione con le multiformi relazioni sociali che caratterizzano l'essere umano e apra decisamente a forme di creazione giuridica tali da garantire la realizzazione ultima dell'essere in sé. Inevitabile la critica al positivismo giuridico, che comporterebbe *"la riduzione del diritto nel fatto del suo esser posto"*<sup>11</sup> ed il disinteresse per

---

<sup>7</sup> Sulla terzietà del diritto come dimensione costitutiva della giuridicità si veda B. ROMANO, *La legge del testo: coalescenza di logos e nomos*, Torino 1999, pp. 107 ss.; ID., *Sulla trasformazione della terzietà giuridica: sette domande al giurista e al filosofo*, Torino 2006.

<sup>8</sup> *"Nel momento centrale della vita del diritto, che è il momento del giudizio, il riferimento alla legge giuridica, in quanto 'testo', è anche il riferimento a ciò che in essa non c'è, al giudizio appunto, che non è già contenuto in nessuna legge, pur trovando la ragione giuridica della sua legittimazione solo nella legge e nel suo testo"*. B. ROMANO, *La legge del testo*, cit., p. 17.

<sup>9</sup> B. ROMANO, *Filosofia del Diritto*, cit., p. 158.

<sup>10</sup> Cfr. B. ROMANO, *Filosofia del Diritto*, cit., p. 163.

<sup>11</sup> B. ROMANO, *Filosofia del Diritto*, cit., p. 192.

la fondamentale distinzione tra il fatto ed il fenomeno. Dunque, a prevalere è un diritto che non esaurisce la sua essenza nella formazione delle norme-leggi ma legittima, seguendo un approccio fenomenologico, l'attività interpretativa (e creativa) del giudice, attraverso la produzione di veri e propri precedenti giudiziari. Non stupisce, quindi, che questa proiezione del diritto si manifesti non solo nei sistemi di *common law*, tradizionalmente più inclini a riconoscere il ruolo creativo della giurisprudenza, ma anche in quelli cosiddetti di *civil law*<sup>12</sup>. Da tempo, in dottrina si discute sulla lenta ma irrefrenabile apertura alla creatività del giudice, nei sistemi di diritto scritto, come soluzione all'incompletezza e all'incertezza degli ordinamenti giuridici<sup>13</sup>. Eppure non sono mancate considerevoli resistenze alla valutazione di un diritto giurisprudenziale quale fonte creativa. Si pensi, rapidamente, alle visioni di illustri illuministi (Montesquieu<sup>14</sup>, Beccaria<sup>15</sup> e Filangieri<sup>16</sup>) per i quali la legge è assolutezza e completezza, e alle posizioni di matrice positivista largamente diffuse in tutta Europa<sup>17</sup>. Questa concezione rigidamente

---

<sup>12</sup> Cfr. F. GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in: *Contratto e impresa*, Padova, 1985, pp. 701 ss.; 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, V. 80.

<sup>13</sup> Cfr. M. BIN, *Il precedente giudiziario*, Padova, 1995.

<sup>14</sup> "Se i giudizi fossero il fatto delle opinioni particolari dei giudici si vivrebbe in una società senza sapere con precisione quali impegni vi si contraggono". Cfr. N. BOBBIO, *Il Positivismo giuridico*, Torino, 1961.

<sup>15</sup> Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di: R. FABIETTI, Milano, 1982.

<sup>16</sup> "Ogni legislazione, per ammirabile che essa sia, deve avere i suoi vizi ed i suoi difetti. Questi sono i compagni inseparabili dalle produzioni umane. Il tempo ce li fa conoscere; ma non è il tempo che può dissiparli e che può toglierli. Il governo è quasi sempre l'ultimo ad avvedersene. Distratto dalle altre occupazioni, egli non si avvede né può avvedersi che tardi degli errori della giurisprudenza. Intanto i popoli soffrono, i filosofi declamano e la legislazione corre a gran passi alla sua rovina. Un censore delle leggi dissiperebbe tutti questi disordini: consacrato di continuo alla loro custodia, istruito dello stato della nazione, attento ad analizzare tutte le cause dei disordini, egli sarebbe il primo ad avvedersi degli errori delle leggi. Conosciuto il male e la causa del male, il rimedio è sempre più facile e più opportuno". G. FILANGIERI, *La Scienza delle legislazione*, Napoli, 2003, p. 21.

<sup>17</sup> In Francia l'orientamento di una priorità della legge appare, ben presto, il caposaldo della scuola dell'esegetica (con Alexandre Duranton, Charles Aubry,

statalistica del diritto secondo cui giuridiche sono esclusivamente le norme poste dallo Stato, tra l'onnipotenza del legislatore e la subordinazione dell'attività giudiziaria, ha come conseguenza uno

---

Frederic Charles Rau, Jean Demolombe). Julien Bonnecase afferma: *“Per il giureconsulto, per l'avvocato, per il giudice, un solo diritto esiste, il diritto positivo. Lo si definisce l'insieme delle leggi che il legislatore ha promulgato per regolare i rapporti degli uomini tra di loro. Le leggi naturali o morali non sono, in effetti, obbligatorie se non in quanto esse sono state sanzionate dalla legge scritta. Al legislatore solo spetta il diritto di determinare, fra le regole così numerose e talora così controverse del diritto naturale, quelle che sono egualmente obbligatorie. Dura lex, sed lex: un buon magistrato umilia la sua ragione davanti a quella della legge: poiché egli è istituito per giudicare secondo essa e non per giudicarla. Nulla è al di sopra della legge e l'eluderne le disposizioni sotto pretesto che l'equità naturale vi contrasta non è altro che prevaricare. In giurisprudenza non c'è non vi può essere ragione più ragionevole, equità più equa della ragione e dell'equità della legge”* (da *L'ecole de l'exégèse en droit civil*, cfr. N. BOBBIO, *Il Positivismo giuridico*, Torino, 1996). In Italia fa proprie queste considerazioni il positivista Nberto Bobbio. Di fondamentale importanza è la convinzione che debba essere lo Stato (fin dalla sua elaborazione come concetto a se stante) l'autorità competente a porre il diritto. La fase di creazione del diritto dunque è accentrata nelle mani di uno stato che deve trovare la sua dimensione come legislatore. A partire dal XVI secolo si assiste al processo di monopolizzazione della produzione giuridica da parte dello Stato. *“Il giudice non può con una propria sentenza abrogare la legge, così come non lo può la consuetudine. In altre parole il potere giudiziario non è una fonte principale del diritto. Ciò non esclude che il giudice sia in qualche caso una fonte subordinata, più precisamente una fonte delegata. Il che accade quando egli pronuncia un giudizio di equità. [...] Nel giudizio di equità il giudice decide secondo coscienza o in base al proprio sentimento della giustizia. [...] Nell'emanare il giudizio di equità il giudice si configura come fonte di diritto ma non come fonte principale bensì solo come fonte subordinata, perché egli può emettere un tale giudizio solo se e nella misura in cui è autorizzato dalla legge e comunque mai in contrasto con le disposizioni di legge come accade quando il legislatore si trova di fronte a certe situazioni che egli reputa impossibile o inopportuno disciplinare con norme generali e quindi ne demanda la regolamentazione al potere giudiziario”* (N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 175). Anche in Inghilterra non mancano anche nel sistema per eccellenza di *common law*, come quello inglese, spinte per affermare la superiorità della legge attraverso una rivoluzione codificatrice, così come auspicano illustri studiosi della portata di Bentham e Austin.

smodato culto del testo della legge. Non sono mancati, tuttavia, alcuni orientamenti<sup>18</sup> contrari ed antitetici che hanno esaltato la ratio umana sottesa al lavoro del giudice, chiamato sempre più a garantire, attraverso il processo razionale di sussunzione, l'adeguamento del diritto alle evoluzioni sociali<sup>19</sup>.

## **2. La centralità del giudice nell'unicità del Terzo-Altro**

L'impianto romaniano offre un'interessante chiave di lettura in relazione alle problematiche connaturate all'attività creativa del giudice, che si realizza attraverso la predisposizione e l'applicazione dei precedenti giudiziari, soprattutto negli ordinamenti giuridici dove a prevalere è il momento legislativo della formazione del diritto. Il precedente, quale fonte giuridica creativa molto discussa nei sistemi di *civil law*, può essere inquadrato dalla coalescenza del *logos* e del *nomos* che lo qualifica non come una realtà isolata, problematica e conflittuale, ma proficua e fertile. Non a caso, il vasto utilizzo, tralasciando la dicotomia tra efficacia vincolante e persuasiva, di pronunce giurisprudenziali a sostegno delle decisioni dell'organo giudicante appare un'esigenza imprescindibile in virtù dell'incompletezza che caratterizza ogni ordinamento giuridico. Basti pensare, ad esempio, al caso in cui

---

<sup>18</sup> Cfr. R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, trad. di M.G. Losano, Torino, 1972, Vol. I e II.

<sup>19</sup> Significativo ai fini di questa analisi è il commento di Portalis all'art. 4 del codice civile napoleonico che sanciva che *"il giudice che ricuserà di giudicare sotto pretesto del silenzio, dell'oscurità o dell'insufficienza della legge, potrà essere processato come colpevole di denegata giustizia"*. *All'onnipotenza del legislatore, principio che costituisce uno dei dogmi fondamentali del positivismo giuridico, egli contrappone la fertile e feconda attività del giudice. Quella che per alcuni era il baluardo dell'autointegrazione dell'ordinamento giuridico, per cui il giudice deve sempre trovare la soluzione a tutti i problemi giuridici, per Portalis è lasciare aperta la possibilità della libera creazione del diritto da parte dell'organo giudiziario. Quest'ottica si giustifica in un contesto che lo studioso francese definisce di incompletezza dell'ordinamento giuridico. Scriveva Jem Portalis: "Cheché si faccia, le leggi positive non potranno mai sostituire interamente l'uso della ragione naturale negli affari della vita. [...] In mancanza di un testo preciso su ogni materia, un uso antico, costante e ben stabilito, una serie non interrotta di decisioni simili, un'opinione o una massima accolta, tengono luogo di legge"* N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico, cit.*, p. 68.

manchi un'esplicita volontà normativa<sup>20</sup> oppure si registri la presenza di norme di difficile intellesione<sup>21</sup> oppure, ancora, si individuino norme esistenti nel tessuto giuridico nazionale ma che per il rapidissimo processo di progresso, anche e soprattutto tecnologico, non siano più in grado di poter disciplinare quella specifica fattispecie<sup>22</sup> o, infine, quando il giudice, attraverso il meccanismo di sussunzione, delinea e plasma il

---

<sup>20</sup> Molteplici, nel sistema giuridico italiano, sono le fattispecie giuridicamente rilevanti ma che non trovano inserimento in un perimetro normativo esplicito e ben definito dal legislatore. A titolo esemplificativo si pensi al recente dibattito in tema di eutanasia e di "testamento biologico", (cfr. T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009), ovvero alla disciplina in tema di responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica, (cfr. A. PAJNO, *Il Rapporto con le altre giurisdizioni: concorso o esclusività della giurisdizione di responsabilità amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.* 4/2006; L. TORCHIA, *La responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, in *Servizi pubblici e appalti*, n. 2, 2006; S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, n. 1; C. PINOTTI, *La responsabilità degli amministratori di società, tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica*, Milano, 2004).

<sup>21</sup> Cfr. R. GUASTINI, *Le Fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, 2010; V. ITALIA, *Il disordine delle leggi e l'interpretazione*, Milano, 2010; P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007.

<sup>22</sup> Numerosi potrebbero essere gli esempi che qui rilevano. Sicuramente interessante può essere la vicenda giurisprudenziale legata all'interpretazione dell'art. 235 c.c. in tema di disconoscimento di paternità a seguito di fecondazione artificiale eterologa. Si tratta di una norma, che così come concepita dal legislatore, non contempla tra le ipotesi di disconoscimento di paternità la fecondazione artificiale. Nonostante ciò, il rilievo normativo ha trovato larga applicazione su tale fattispecie dal 1956 al 1996. Fino a giungere, così, alla decisiva pronuncia della Corte di Cassazione, che, con sent. n. 2315 del 1999, ha deciso, per la prima volta, sulla fattispecie uscendo di fatto fuori dal perimetro normativo dell'art. 235 c.c.. Conseguenza questa che ha spinto il legislatore nel 2004, con la Legge n. 40, a regolamentare, anche se in modo particolarmente discusso in dottrina, la fattispecie in esame. Cfr. L. D'AVACK, *Fecondazione assistita eterologa: Il S. C. privilegia per la prima volta il principio volontaristico rispetto a quello genetico*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, Anno XXVIII, Fasc. IV, Milano, 1999, pp. 1096 ss..



perimetro di azione di una specifica norma giuridica<sup>23</sup>. A ciò si aggiunga la vasta applicazione del precedente giudiziario in riferimento al diritto internazionale e comunitario, ove numerosi principi di diritto sono fatti valere, all'interno dei singoli stati di appartenenza, per mezzo di una pronuncia giudiziaria di organi internazionali<sup>24</sup>.

Fenomeni, questi, che contrastano col limite soggettivo del giudicato<sup>25</sup>, ma soltanto ad una prima sommaria valutazione. La pronuncia del giudice è, spesso, caratterizzata da un'attività di analisi ed approfondimento, dovendo superare l'imprecisione e l'oscurità che frequentemente caratterizzano le singole norme giuridiche<sup>26</sup>. Pertanto, esistono delle ragioni ben evidenti affinché un giudice, in assenza di una fattispecie astratta, possa seguire una precedente pronuncia giudiziaria

---

<sup>23</sup> Si pensi alle sentenze della Suprema Corte di Cassazione italiana che molto spesso dettano orientamenti giurisprudenziali tali da caratterizzare il raggio d'azione di una norma, sia in materia civile che penale. Senza tralasciare le pronunce interpretative della Corte Costituzionale, che restringono, estendono o specificano il significato che una norma dovrà, poi, assumere in sede di applicazione senza che venga sollevata questione di legittimità costituzionale.

<sup>24</sup> Cfr. A.A.V.V., *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, a cura di: L. RUGGERI, Camerino, 2009; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005; C. CONSOLO, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, Milano, 2002; G. NASCIBENE, *Il processo comunitario dopo Nizza*, Milano, 2003; G. D'ANGELO, *Gli effetti temporali della giurisprudenza comunitaria in materia fiscale. Sulla stabilità dei rapporti tributari nella prospettiva europea*, Roma, 2010.

<sup>25</sup> In Italia vige l'art. 2909 c.c. che individua la definizione di cosa giudicata, in quanto sancisce che "l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa". Questa disposizione individua pertanto due limiti della cosa giudicata. I limiti oggettivi si riferiscono all'oggetto della sentenza ed alla *causa petendi*. La cosa giudicata, infatti, si forma su tale oggetto in relazione alla *causa petendi*, e non anche sulle questioni eventualmente presentatesi in corso di causa e risolte *incidenter tantum*. Per i limiti soggettivi, la cosa giudicata non fa stato che tra le sole parti, i loro eredi ed aventi causa; essa cioè deve essere riconosciuta da tutti, ma i suoi effetti non si estendono ai terzi (*res inter alios iudicata tertio neque nocet neque prodest*). Cfr. A. PROTO PISANI, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Napoli, 2006.

<sup>26</sup> Cfr. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004 e F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione, lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2000.

che, di fatto, non avrà più solo effetti giuridici *inter partes* ma diverrà produttrice di conseguenze giuridiche *erga omnes*. Il giudice si sostituisce al legislatore. Questa possibilità è talmente frequente e, ormai, condivisa, anche nel nostro sistema giuridico, che si crea un obbligo professionale in capo al giudice di giustificare casi di discostamento da un precedente, soprattutto se consolidato e se proveniente da Corti giurisdizionali di vertice.

Dunque, se il precedente si pone come effettivo - ma non ufficiale - strumento di creazione del diritto, quale espressione della centralità del giudice, occorre preservare le vitali limitazioni romane attribuibili ad un diritto che sia al contempo unico ma triale e terzo. Si tratta di porre in essere un'attività creativa ispirata, da un lato, alla controfattualità e, dall'altro, ad un uso che non neghi il diritto e la sua struttura peculiare.

Assumendo come perimetro di indagine il sistema giuridico italiano è interessante provare ad individuare solo alcuni dei risvolti di tali limitazioni.

In merito alla controfattualità emerge la duttilità di un diritto posto dal Terzo-Altro, attraverso pretese giuridiche dotate di transitività oltre che idonee ad estendere gli effetti nel tempo e per tutti i soggetti. È appena il caso di ricordare che dalle considerazioni svolte vanno escluse quelle pronunce giurisprudenziali che non hanno forza innovativa ma fungono da mera applicazione delle fattispecie normative astratte. Si pensi, invece, al valore e all'autorevolezza che assumono maggiormente le pronunce delle corti giudiziarie di vertice capaci di superare il limite soggettivo tipico del giudicato sulla base delle *rationes decidendi*<sup>27</sup> e produrre, così, gli effetti nel tempo per tutti i consociati. Del resto, si è detto che la sentenza, quale prodotto del giudice e del proprio bagaglio culturale, sociale ed umano, staccandosi dall'organo che la ha emessa e vivendo, pertanto, di natura propria<sup>28</sup>, garantisce, attraverso la massima, la controfattualità del diritto.

La centralità del giudizio e la fondamentale attività esecutiva del giudice, impone a quest'ultimo di poter assumere rilievo creativo a patto che non prevarichi le altrui competenze, violando palesemente le

---

<sup>27</sup> Cfr. M. BIN, *Funzione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario*, in: *Contratto e impresa*, 1988, p. 545 ss.; L. NANNI, *Ratio decidendi e obiter dictum nel giudizio di legittimità*, in: *Contratto e impresa*, 1987, p. 865 ss.; G. VISINTINI, *La giurisprudenza per massime ed il valore del precedente*, Padova, 1988.

<sup>28</sup> Cfr. R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008.

impostazioni di uno Stato di diritto. Il pericolo è quello di aberrazioni giuridiche che minano l'unicità e la trialità del diritto, la centralità e la terzietà del giudice e del suo essere elemento di un diritto che per sua natura tende alla creatività. Si pensi, nel contesto giuridico italiano, alla problematica dei repentini mutamenti giurisprudenziali. Più volte, in dottrina, è stata auspicata una maggiore consapevolezza della peculiarità del proprio operato da parte degli organi giurisdizionali, per garantire, così, una perfetta armonizzazione tra tutte le componenti.<sup>29</sup> All'importanza di tale processo è possibile ricondurre un utilizzo maggiormente ragionato dell'attività giurisprudenziale. Non va tralasciato, in ogni caso, come proprio il legislatore italiano abbia espressamente attribuito al giudice, nella sua piena e consapevole libertà, la facoltà, entro precisi limiti, di giudicare secondo equità<sup>30</sup>. I pericoli di un'indisciplinata creatività del giudice possono, poi, essere individuati anche nel rischio concreto di ledere l'autorevole vincolo costituzionale della riserva di legge. Nel contesto italiano la riserva di legge, certamente pone delle limitazioni ben specifiche all'attività

---

<sup>29</sup> Cfr. M. BIN, *Il precedente giudiziario: valore ed interpretazione*, Padova, 1995.

<sup>30</sup> "Si può qualificare come "giurisprudenziale", l'equità così come intesa e applicata dalla giurisprudenza: ciò risulta: i) dalle applicazioni giurisprudenziali delle disposizioni che richiamano l'equità (da cui si possono inferire i diversi significati che i giudici attribuiscono all'equità); ii) dalle applicazioni giurisprudenziali delle clausole generali (correttezza, buona fede, giusta causa, giusti motivi, interesse del creditore, interesse del minore, ecc.); iii) dalle applicazioni giurisprudenziali che riguardano le circostanze di specie: iv) dalle applicazioni giurisprudenziali che riguardano la natura dell'affare; v) dalle applicazioni di tecniche riequilibratrici, quali la presupposizione; vi) dalla applicazione di principi generali ispirati dall'equità (tutela dei minori tutela del consumatore, tutela dell'affidamento. [...] Comunque sia oggettivata, l'equità fa riferimento a valori che possono e non possono essere espressi dall'ordinamento: se si considera l'equità come un modo alternativo al diritto, non per questo si nega che il diritto ne abbia assunto uno o più valori traducendoli in disposizioni di legge; ma quanto non espressi, o intenzionalmente rigettati dal diritto come si può procedere in modo che l'interprete, il giudice, l'arbitro o l'arbitrato non si determinino assecondando il mero arbitrio, e quindi non facciano penetrare nella loro attività una discrezionalità eccessiva, incontrollabile, imprevedibile?". G. ALPA, *La creatività all'opera. La giurisprudenza e le fonti del diritto*, in A.A.V.V., *Diritto Giurisprudenziale*, Torino, 2003, p. 350 e ss..

legislativa<sup>31</sup> ma rappresenta una barriera invalicabile massimamente per il giudice. Questi è necessariamente chiamato ad arrestare la sua spinta creativa quando, in presenza di un vuoto normativo o di una disposizione eccessivamente datata e superata o meritevole di interpretazione autentica, si trovi ad affrontare una materia che sia oggetto di espressa riserva di legge. In tali circostanze, dunque, è facilmente opponibile all'attività libera, discrezionale e ragionata del giudice, la priorità che la Carta costituzionale attribuisce al processo di legislazione ordinaria.

In conclusione, l'arte dell'istituire il diritto, opera del terzo imparziale e disinteressato, risiede, anche, nella centralità del giudizio giuridico. La fenomenologia del diritto individua, tuttavia, come condizione ineludibile, il rispetto dell'unità delle tre qualificazioni della terzietà (legislatore, giudice e polizia) che sorge nell'ordine del reciproco coappartenersi<sup>32</sup>. Soltanto l'unicità equa e ragionata delle sue componenti potrà garantire la tutela dei soggetti ai cui l'ordinamento si indirizza.

---

<sup>31</sup> Cfr. S. FOIS, *La riserva di legge: lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1962.

<sup>32</sup> B. ROMANO, *Filosofia del Diritto*, cit., p. 9.