

LIBER AMICORUM
PER
PASQUALE COSTANZO

GIACOMO CANALE

**L'USO "TENDENZIALE" DEL PRECEDENTE NELLA
GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE
E I SUOI POSSIBILI SVILUPPI FUTURI**

16 MARZO 2020



Giacomo Canale

L'uso "tendenziale" del precedente nella giurisprudenza costituzionale e i suoi possibili sviluppi futuri

SOMMARIO: 1. Premessa: gli effetti dell'innovazione tecnologica e ordinamentale sull'uso del precedente nella giurisprudenza costituzionale. – 2. Il dibattito dottrinale sul suo valore giuridico. – 3. L'uso del precedente nel processo decisionale della Corte costituzionale. – 4. L'uso del precedente nella pronuncia. – 5. La tesi dell'uso prevalentemente tendenziale. – 6. Prospettive future: ritorno al passato?

1. *Premessa: gli effetti dell'innovazione tecnologica e ordinamentale sull'uso del precedente nella giurisprudenza costituzionale.*

1. Ci si potrebbe domandare perché affrontare nuovamente un tema così classico, come quello dell'uso del precedente nella giurisprudenza costituzionale, già più volte affrontato autorevolmente in dottrina¹. La domanda non sarebbe certo peregrina, soprattutto se lo studio non avesse, come in questo caso, il solo scopo di riassumere criticamente il dibattito, ma invece volesse tragarlo da altri angoli visuali, sulla base delle evoluzioni ordinamentali e, soprattutto, tecnologici nel frattempo intervenute.

E se può sembrare naturale "aggiornare" uno studio giuridico alle novità normative e istituzionali, può sembrarlo meno il riferimento ai progressi tecnologici. A noi invece pare che questi abbiano enorme importanza per il nostro tema. In primo luogo, perché la tecnologia, e in particolare quella informatica e telematica², non rappresenta un mero fatto giuridicamente neutro, in quanto essa stessa di per sé è idonea a produrre molteplici effetti sul mondo del diritto³, potendone favorire l'evoluzione e/o trasformazione di istituti e concetti⁴. E ciò vale per il nostro tema, come peraltro dimostra la singolare circostanza che quasi tutti gli studi sul tema del precedente nella giurisprudenza costituzionale facessero riferimento al possibile sviluppo dell'evoluzione tecnologica⁵.

¹ Una prima risalente riflessione articolata sul tema si vedano G. TREVES (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, UTET, Torino, 1971; A. PIZZORUSSO, *Effetto di giudicato ed effetto di precedente delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, 1976 ss.. A. ANZON, *Il Valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Roma, 1985.

² Al riguardo, si può certo affermare che il Prof. Pasquale Costanzo sia stato uno dei primi a percepire questo fenomeno, dedicando larga parte della sua produzione scientifica a queste tematiche, soprattutto con la direzione della rivista telematica [Consulta OnLine](#), al punto che qualsiasi studioso voglia approfondire le complesse questioni giuridiche poste dalla rivoluzione digitale e telematica non possa non considerarlo come un punto di riferimento imprescindibile.

³ «Già ora noi pratichiamo il diritto in modo diverso da quanto facessimo in passato: abbiamo a disposizione computer sui quali scrivere i nostri atti (e, come sa chi utilizza entrambi gli strumenti, il pensiero che passa dalla penna stilografica - della biro non saprei che dire... - non è lo stesso che passa dalla tastiera); banche dati digitali (di leggi, sentenze, contributi dottrinali, atti amministrativi) alle quali attingere (sulle quali operiamo attraverso le parole chiave e non più con quella sorta di percorso iniziatico che era implicato dalla ricerca cartacea); pur meno diffuse - allo stato - previsioni probabilistiche robotiche sull'esito di una possibile controversia (le quali, addirittura, possono rendere recessivo il nostro ruolo di chierici, se è vero che le informazioni degli esperti "in realtà altro non sono che valutazioni di probabilità")». M. LUCIANI, *La decisione giuridica robotica*, in [Rivista AIC](#), 2018, 892.

⁴ Si pensi anche al notevole contributo allo sviluppo della scienza costituzionale (e non solo) fornito dalla pubblicazione delle riviste elettroniche sulla rete Internet. G. GRASSO, [Il diritto costituzionale nelle riviste elettroniche. Un omaggio a Pasquale Costanzo](#), in [Liber Amicorum per Pasquale Costanzo](#), 2019.

⁵ Ad esempio nella nota conclusiva della monografia citata *supra* (A. ANZON, *Il Valore del precedente nel giudizio sulle leggi*), l'autrice scriveva: «Di particolare interesse, da questo punto di vista (quello della raccolta delle decisioni e della loro corretta sistematizzazione, NdA), sono sia la progettata schedatura elettronica di tutte le pronunzie (...), sia la recente istituzione (...) dell'Ufficio ruolo e massimario, sia la redazione da parte del Servizio Studi, di raccolte ragionate e sistematiche di giurisprudenza per argomenti o per problemi, come pure la migliore messa a punto, sotto il profilo organizzativo e funzionale di alcuni servizi, quali quello di cancelleria e quello di assistenza di studio ai singoli giudici.» (148). È evidente l'importanza che correttamente veniva attribuita al progresso tecnico, ancorché allora nemmeno si potevano prevedere i successivi straordinari sviluppi, e all'organizzazione interna che, come vedremo, è successivamente stata affinata ulteriormente. Ma già il Treves scriveva nel 1971 che «Se pure la Corte non ha sviluppato le tecniche

Al riguardo, è indubbio che la catalogazione informatica del materiale giurisprudenziale consenta una facilità di ricerca che semmai capovolge i problemi pratici del giurista che oggi non sperimenta più la difficoltà del reperimento archivistico dei precedenti anche relativamente recenti (chiunque oggi sarebbe atterrito all'idea di ricercare in un archivio pubblico un fascicolo processuale cartaceo di 20 o 30 anni fa), quanto semmai la difficoltà di delimitare esattamente il campo della ricerca per selezionare soltanto i casi di effettivo interesse e non essere sepolto da una marea di dati⁶. E dell'incidenza di tale strumento sull'argomento del precedente dimostrava di esserne consapevole la medesima Corte costituzionale, quando adottò alla fine degli anni ottanta l'allora nuovo sistema informatico "SIGICO"⁷.

Nello stesso tempo si profilano orizzonti di impiego che avremmo confinato fino a ieri nella letteratura o cinematografia fantascientifica grazie alle possibili applicazioni concrete dell'Intelligenza Artificiale⁸.

L'altro elemento di cambiamento che giustifica una nuova riflessione sul tema concerne l'arricchimento dei modelli giuridici di riferimento. Infatti, come è noto, il tema è stato affrontato usando come termine di riferimento la tradizionale distinzione tra ordinamenti di *civil law* e quelli di *common law*, allo scopo di indagare la possibile sussistenza, seppur in forme diverse, della nota regola dello *stare decisis* anche nella nostra giurisprudenza costituzionale⁹. Ma oggi questa prospettiva di analisi, che, come si vedrà meglio *infra* ha originato due principali distinti orientamenti dottrinali, può essere ampliata in virtù della "comparsa"¹⁰ di nuove corti sovranazionali, Corte di Giustizia¹¹ e Corte EDU¹², divenute indubbiamente i principali, *rectius* i più frequenti, riferimenti della nostra giurisprudenza costituzionale (e non solo).

raffinate dei giudici di common law, non essendo obbligata a seguire i propri precedenti, è tuttavia fuori di dubbio l'esistenza di taluni punti di contatto fra i due sistemi. Un elaboratore elettronico potrebbe certo fornire dati più completi e sicuri, ma, pure seguendo, mezzi artigianali si possono individuare taluni procedimenti tipici, anche se non sempre si presentano con nettezza». G. TREVES, *Il valore del precedente nella giustizia costituzionale italiana*, in G. TREVES (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 8.

⁶ «È anche per questo che la completezza e l'efficienza di un sistema informatico rappresenta uno strumento essenziale nel reperimento dei precedenti». E. CRIVELLI, *Il richiamo della ratio decidendi nei precedenti della giurisprudenza costituzionale*, in M. PEDRAZZA GORLERO, *Il precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, CEDAM, Padova, 2008, 285.

⁷ Infatti, il Presidente Saia in occasione della consueta conferenza stampa, presentando il nuovo sistema informatico affermava che «il preciso e rapido riscontro delle precedenti decisioni attraverso un'attenta ed omogenea massimazione di una giurisprudenza più che trentennale avrebbe consentito anche ai terzi di seguire lo svolgimento del processo dall'inizio alla conclusione, nonché di conoscere gli elementi comuni a giudizi affini». Conferenza stampa sulla giustizia costituzionale nel 1988.

⁸ A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2017; A. CARLEO, *Decisione robotica*, Il Mulino, Bologna, 2019; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli editore, Torino, 2016.

⁹ Prospettiva di analisi giustificata anche dal fatto che la Corte costituzionale avrebbe le caratteristiche strutturali per una implementazione della regola del precedente vincolante, essendo un giudice unico composto da un numero limitato di persone che adotta un numero relativamente basso di pronunce. Situazione totalmente distinta dagli organi supremi della giurisdizione civile e penale (ma anche amministrativa) che sono strutturalmente contraddistinti dalla compresenza di più sezioni e dalla numerosità dei membri, in particolare per la Corte di Cassazione, i quali costituiscono fortissimi ostacoli ad una forte coerenza giurisprudenziale. G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, 2017.

¹⁰ In verità, come noto, questi due organi già esistevano ai tempi dei primi studi sul precedente nella giurisprudenza costituzionale, ma, a parte i loro successivi passi evolutivi che ne hanno ampliato significativamente il raggio di azione, allora non era ancora così diffuso quel rapporto costante tra Corte costituzionale e queste corti sovranazionali, testimoniata dalla sterminata letteratura sul c.d. dialogo tra le Corti che comprova l'arricchimento dei modelli di riferimento da cui attingere concrete modalità di funzionamento.

¹¹ Va infatti osservato che il processo comunitario di integrazione subisce un deciso cambio di passo con il trattato di Maastricht, che trasforma quella che era nata come un'unione puramente economica in un'organizzazione attiva in [tutta una serie di settori](#) che vanno dal clima all'ambiente, alla salute, alle relazioni esterne e alla sicurezza, alla giustizia e all'immigrazione. Per riflettere questo cambiamento, nel 1993 il nome di Comunità economica europea (CEE) è stato sostituito da Unione europea (UE).

¹² Il cui ambito di tutela giurisdizionale è stato significativamente esteso al novembre 1998, con l'applicazione del protocollo XI, il quale ha eliminato il filtro del controllo statale al ricorso individuale che ha permesso al giudice europeo

Il tema del precedente può inoltre essere riesaminato anche alla luce del riferimento anche ad altri attori istituzionali italiani che conoscono la medesima problematica. Si fa riferimento all'uso del precedente nell'attività parlamentare¹³, poiché tale esperienza mostra significative suggestioni e, soprattutto, consente di evidenziare un processo in corso sul ruolo della Corte costituzionale che forse giustifica un parallelismo un tempo impensabile.

2. Il dibattito dottrinale sul suo valore giuridico.

Se queste sono le tante ragioni che inducono a tornare sul tema del precedente nella giurisprudenza costituzionale, sembra comunque necessario riassumere sinteticamente i termini del dibattito dottrinale che perlopiù ha riguardato la possibilità di individuare nell'ordinamento costituzionale il fondamento dell'efficacia del precedente giudiziale.

Come si diceva, sono individuabili due principali orientamenti teorici¹⁴: secondo l'uno, l'osservanza del precedente da parte della Corte costituzionale esclude ogni rilevanza giuridica, ossia è un dato di mero fatto posto che non vi è nessun vincolo legale in tal senso¹⁵; secondo l'altro, si riconosce una limitata efficacia giuridica al precedente, poiché «per i nostri giudici il precedente si impone per varie ragioni, fra le quali balza in primo piano la sua forza persuasiva¹⁶. E se pure essi sono liberi di seguire il proprio convincimento, non essendo tenuti a *stare decisis*, non può scordarsi che il diritto, in un dato momento, è in sostanza quello che risulta dalle loro decisioni»¹⁷.

Non sorprende dunque che tale posizione, la quale tende ad essere sostenuta sulla base dei principi di certezza del diritto, di affidamento di eguaglianza davanti alla legge e alla giurisdizione, enfatizzi il riconoscimento della funzione nomofilattica della Corte di cassazione, poiché «la stessa natura e gli stessi scopi di tale funzione (...) implicherebbero necessariamente il valore giuridico dei precedenti della Cassazione»¹⁸.

Non sono mancati in dottrina altresì tentativi di attribuire un'efficacia giuridica almeno parziale ai precedenti della giurisprudenza costituzionale¹⁹, ma è rimasta prevalente la tesi dell'efficacia

l'estensione del suo intervento. B. RANDAZZO, *Gli effetti delle pronunce della corte europea dei diritti dell'uomo*, in [Studi e Ricerche](#) del sito web della Corte costituzionale.

¹³ Si veda, N. LUPO, *Il precedente parlamentare tra diritto e politica*, Il Mulino, Bologna, 2013.

¹⁴ M. PEDRAZZA GORLERO, *Introduzione ad una ricerca sul precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in M. PEDRAZZA GORLERO (a cura di), *Il precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 11.

¹⁵ A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, cit., 69.

¹⁶ A. PIZZORUSSO, *Stare decisis e Corte costituzionale*, in G. TRAVES (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 31-82; Id., *Effetto di giudicato ed effetto di precedente delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, 1976 ss.

¹⁷ G. TREVES, *Il valore del precedente nella giustizia costituzionale italiana*, cit., 6.

¹⁸ A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi. L'esperienza italiana alla luce di un'analisi comparata sul regime di Richterrecht*, Giuffrè, Milano, 1995, 85. L'autrice, continuando a riassumere il pensiero di Gorla e Pizzorusso per poi confutarlo con la sua posizione più tradizionalista di mero elemento fattuale del precedente, prosegue così: «sarebbe impensabile infatti – dicono – che l'assolvimento di una simile altissima funzione (nomofilattica NdA), collegata per di più ad interessi e principi fondamentali dell'ordinamento, quali l'uniformità dell'interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, la certezza del diritto e l'uguaglianza dei cittadini, fosse assicurato mediante una semplice autorità di fatto dei precedenti della stessa Corte.»

¹⁹ C. SALAZAR, *Ratio decidendi e obiter dicta nella più recente giurisprudenza costituzionale (1986-1992): due formule "antiche" (forse troppo) per un processo "nuovo" (ma non troppo)*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giappichelli editore, Torino, 1994. L'autrice sostiene che l'inimpugnabilità delle decisioni della Corte rappresenterebbe «un referente costituzionale a sostegno dell'imposizione di fedeltà al proprio precedente».

Altri autori invece hanno tentato di attribuire rilevanza giuridica ai precedenti sul fondamento del principio di eguaglianza. A. CARLI GARDINO, *Il principio del precedente e la sua applicazione nella giurisprudenza costituzionale sulle Regioni a statuto ordinario*, in *Quaderni Regionali*, 1985.

persuasiva²⁰ nella quale la posizione che la Corte attribuisce al richiamo del precedente costituisce «un modo di esprimersi in sintesi con un rinvio»²¹.

Se questo è, in estrema sintesi, il quadro delle posizioni dottrinali sul tema, sembra comunque opportuno quando si affrontano queste tematiche non smarrire mai l'orizzonte più ampio delle fondamenta dell'edificio istituzionale dello stato costituzionale della tradizione liberaldemocratica che poggia sul principio della separazione dei poteri, con particolare riferimento alla tesi della scomposizione del potere in funzioni di Vezio Crisafulli²², secondo la quale bisognava distinguere tra il momento del “disporre”, in via tendenzialmente generale e astratta, e il momento dell'individuale e concreto “provvedere” e come su queste basi il potere viene distribuito tra i diversi segmenti dell'apparato statale, secondo la propria fonte di legittimazione: «il potere di disporre in via generale ed astratta è –almeno tendenzialmente – appannaggio degli organi appartenenti al circuito democratico-rappresentativo, mentre quello di provvedere in termini individuali e concreti spetta ad organi sganciati da tale circuito»²³ e che invece sono riconducibili ad un circuito tecnico-professionale²⁴.

Questa breve digressione di contesto ha il compito di tenere a mente il quadro costituzionale generale anche quando si discorre di diritto giurisprudenziale come fonte del diritto, onde evitare che facili entusiasmi conducano a sentieri pericolosi, ma, per quel che qui interessa, anche per la valutazione complessiva sull'uso del precedente della Corte costituzionale, la quale probabilmente è difficilmente inquadrabile in uno dei due menzionati circuiti, potendo contare al contempo su un certo grado di rappresentatività, determinato dalle modalità di nomina ed elezione dei suoi membri²⁵, e su una specifica legittimazione tecnica²⁶.

E forse questo angolo visuale potrebbe rivelare qualche sorpresa sulla valutazione dell'uso del precedente della Corte costituzionale, che potrebbe risultare più vicino alla logica di un organo rappresentativo piuttosto che a quello di un organo giurisdizionale²⁷.

3. L'uso del precedente nel processo decisionale della Corte costituzionale.

²⁰ Un'autorevole dottrina equiparava l'influenza persuasiva alla efficacia vincolante, osservando che la prima «pur non essendo per lo più meno intensa di quella derivante dalla comminatoria di una sanzione vera e propria» non era qualitativamente diversa dalla seconda, «in quanto si risolve anch'essa in una forma, sia pur blanda di concezione alla osservanza della norma». A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto, Disposizioni sulla legge in generale*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, a cura di, Bologna- Roma, 1971, 51.

²¹ G. ZAGREBELSKY, *Caso, regola di diritto, massima*, in G. VISENTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, CEDAM, Padova, 1988, 96.

²² V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, 255.

²³ A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Terza edizione, Giappichelli editore, Torino, 2012, 56.

²⁴ Sullo specifico rapporto tra separazione degli apparati e delle funzioni, si veda F. NEUMANN, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, trad. it. G. SAVINI, seconda edizione, Il Mulino, Bologna, 1984.

²⁵ Infatti, non solo i giudici costituzionali di provenienza parlamentare hanno un certo grado di rappresentatività, ma anche quelli di nomina presidenziale e quelli eletti dalle supreme magistrature. Naturalmente, la rappresentatività non va confusa con la vicinanza a partiti o movimenti politici o correnti sindacali, quanto la capacità di rappresentare nel collegio orientamenti culturali, giuridici e politici in senso lato.

²⁶ In virtù delle note elevate qualifiche professionali richieste per potere essere eletti o nominati giudici costituzionali.

²⁷ Peraltro, ciò potrebbe dipendere dal fatto che «la caratteristica differenziale più saliente e macroscopica è che nel processo costituzionale la controversia non verte intorno alla valutazione di un fatto, come nel processo ordinario, ma intorno alla valutazione di una norma» (E. CHELI, *Sulla correzione degli errori materiali e sull'ammissibilità della revocazione per le sentenze della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1959, 303).

Così anche F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli editore, Torino, 2002, 47, secondo cui il processo costituzionale è «un giudizio su norme che solo indirettamente ed eventualmente, nel caso di accesso incidentale, incide su posizioni soggettive». È altresì segnalato che l'asse del giudizio di costituzionalità, tenderebbe a spostarsi «in moltissimi casi, dalle norme ai principî, dal confronto tra norme al «bilanciamento» tra diversi interessi e valori sottesi alle norme. Altre deviazioni dal modello hanno riguardato l'arricchimento della tipologia delle sentenze, lo spostamento del giudizio dalle disposizioni alle norme, concepite come possibili varianti contenute nella stessa disposizione, e l'avvicinamento al giudizio di merito attraverso il sindacato di ragionevolezza». M. CROCE, *Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale*, in *Contratto e impresa*, 2006, 1147.

L'analisi sull'uso del precedente da parte della Corte costituzionale crediamo debba avere inizio dall'esame del suo uso nel processo decisionale, cioè come viene utilizzato il precedente nelle attività di assistenza necessarie alla decisione e alla redazione della pronuncia da parte rispettivamente degli assistenti di studio (ed eventualmente del Servizio Studi, se incaricato di predisporre apposito quaderno di ricerca) e dell'Ufficio Massimario.

Infatti, va preliminarmente osservato che nelle attività compiute dal Servizio Cancelleria (verifica regolarità notifiche e comunicazioni; completezza del fascicolo ecc.) e dall'Ufficio Ruolo (iscrizione della causa nei registri telematici con evidenziazione delle questioni e delle liti pendenti) non sembrano sussistere profili di particolare interesse per il nostro studio (naturalmente ve ne sono molti altri ma, appunto, relativi ad altri aspetti).

Non è invece così per il momento centrale del lavoro preparatorio che, come è noto, consiste nella predisposizione di un quaderno di ricerca da parte degli assistenti di studio del giudice relatore, nonché talvolta da uno, più generale, preparato dal Servizio Studi e da uno di indagine delle principali esperienze ordinamentali straniere da parte dell'area di diritto comparato del medesimo Servizio Studi.

Il principale strumento è dunque il quaderno predisposto dagli assistenti di studio, che è preparato per qualsiasi pronuncia da parte del giudice relatore e che viene distribuito all'intero collegio prima della sua discussione.

La struttura dei quaderni di ricerca degli assistenti è ormai collaudata e pacificamente adottata da tutti per evidenti ragioni di uniformità. I quaderni sono normalmente introdotti dall'esposizione succinta della questione in esame e dalle indicazioni delle disposizioni normative e dei parametri costituzionali di precipua pertinenza del giudizio. Subito dopo questa breve parte introduttiva, che ha lo scopo di far percepire con immediatezza i termini della questione da discutere e decidere, vi è una lunga parte dedicata ai propri precedenti. A seguire vi sono i precedenti di altri giudici, la normativa estesa, vario materiale istruttorio²⁸ (lavori parlamentari, pareri, relazioni ecc.) e, infine, la dottrina.

Già la posizione topografica dei precedenti può fornire l'idea di quanta rilevanza la Corte assegni alla propria giurisprudenza e, soprattutto, l'incidenza che essa concretamente può svolgere nell'operato di ciascun giudice, posto che è quasi materialmente impossibile consultare tutto il materiale della ricerca (che verosimilmente dovrebbe essere contenuta in spazi di effettiva e concreta consultabilità integrale), ma ciò che rileva maggiormente, a nostro parere, è un altro aspetto maggiormente indicativo del valore dell'uso del precedente nella giurisprudenza costituzionale.

Si fa riferimento al fatto che i precedenti riportati per argomenti processuali e sostanziali sono inseriti senza sostanziale distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dicta*²⁹, o tra *ratio decidendi* ancora vincolante o non più, anche se talvolta il curatore della ricerca evidenzia in grassetto le parti che ritiene di maggiore rilevanza, ma con citazione estesa dei brani di pronunce ritenuti di interesse e allegazione delle intere pronunce citate. Si tratta, in definitiva, di un ampio materiale giurisprudenziale di autocitazioni, dal quale la Corte può (quasi) liberamente trarre spunto per la

²⁸ Verosimilmente se i quaderni delle ricerche fossero pubblici, almeno dopo la pubblicazione delle relative pronunce, la questione dell'attività istruttoria della Corte potrebbe essere ridimensionata, poiché spesso la Corte non adotta specifiche ordinanze istruttorie perché ha acquisito i dati in modo informale attraverso dati pubblici, oltre che direttamente dalle parti che abbiano voluto allegarli, cosicché la Corte ne fa uso anche quando ciò non traspare nella motivazione.

²⁹ Infatti, in dottrina è stato evidenziato che «il concetto stesso di *ratio decidendi* va inteso in maniera meno stringente: andrà considerato come *obiter dictum* esclusivamente lo «svolazzo» dell'estensore, mentre altre considerazioni all'interno della motivazione potranno fungere da precedente, proprio per la probabile formulazione in termini più generali conseguente alla minor importanza dei fatti della causa». M. CROCE, *Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 1148. In senso conforme v. anche R. CALVANO, *Lo stare decisis nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1996, 1279 ss., che mette in evidenza come «nel caso della Corte, soprattutto mediante la lettura delle sentenze più recenti, è stato possibile invece riscontrare una quasi totale equiparazione tra le *rationes* ed i *dicta* cui la Corte fa riferimento nelle proprie pronunce, ed è anzi rilevabile un'utilizzazione molto frequente degli *obiter dicta*, tesa ad iniziare ad elaborare i principi guida della futura giurisprudenza, o per dare spazio ad opinioni minoritarie che, nelle decisioni successive, trovando maggiore consenso entrano nella sentenza come *rationes decidendi*».

motivazione della sua decisione. E ciò vale sostanzialmente anche per i quaderni predisposti dal Servizio Studi e per l'area comparata (ma qui è tutto sommato naturale che sia così, non potendo certo sussistere un qualsiasi obbligo giuridico posto da un precedente di un giudice supremo di un altro ordinamento).

Sembra dunque mancare una concezione "prescrittiva" del precedente, come, appunto, dimostrerebbe la copiosa selezione di brani di giurisprudenza costituzionale forniti a corredo del materiale di ricerca da impiegare per la soluzione della questione.

Un'indiretta prova fattuale di tale tesi è rappresentata dall'assenza di uno strumento informatico dedicato al precedente³⁰. Come detto, esiste una banca dati (adesso SIGICO2)³¹ accessibile ai diversi operatori del giudizio costituzionale, i quali possono fare svariate ricerche sulle pronunce, ovviamente potendo distinguere molteplici campi (tipo di giudizio, tipo di pronuncia, anno, attore, relatore, ricerca per parola, ricerca per parametro ecc.), ma non esiste un database dei precedenti, cioè non tanto un programma che consenta di visualizzare le catene dei precedenti, ma nemmeno uno che permetta di estrapolare normali dati di ricerca sui precedenti (numero di precedenti citati per pronuncia, tipo di precedente: processuale o sostanziale, precedenti citati maggiormente, ricerca cronologica dei precedenti ecc.). Questo strumento di facile acquisizione tecnica è molto indicativo perché rende evidente come non sia stata finora avvertita esigenza di indicizzare i precedenti citati in motivazione, affidandosi alle consuete ricerche per avere a disposizione il più ampio materiale, senza che questo sia organizzato concettualmente secondo verosimilmente accadrebbe ad un giudice che avverta obbligo di essere vincolato alle proprie precedenti decisioni.

Dopo la decisione della questione, come noto, il relatore redige la pronuncia che, prima di essere letta e approvata dal collegio, viene revisionata dall'Ufficio Massimario, di recente istituzione, il quale non si limita a fare il correttore di bozze, dovendo altresì contribuire a favorire l'uniformità redazionale e, ai nostri fini, controlla la regolarità di tutti i riferimenti normativi e giurisprudenziali citati nella motivazione. Quindi, si può ragionevolmente prevedere che al Presidente e al relatore, i due interlocutori delle risultanze dell'Ufficio Massimario, vengano segnalate le eventuali citazioni di precedenti non congrue o, in ipotesi, mancanti.

In conclusione, l'intervento di diversi attori in varie fasi del processo di decisione del giudice costituzionale ci può far presumere con un affidabile grado di certezza che i precedenti siano stati tutti ben individuati e valutati.

³⁰ Si era tentato di fare una ricerca statistica sui precedenti, ma non è stato possibile se non manualmente, cioè consultando tutte le pronunce ma solo per il 2019.

³¹ Il Sigico è il sistema informatico della Corte costituzionale che gestisce l'intero processo giudiziario, dalla registrazione dell'atto di promovimento al deposito della decisione della Corte costituzionale.

Il sistema Sigico2 si compone di due sottosistemi, uno dedicato agli uffici, Sigico2 Gestione, e l'altro rivolto alla consultazione dei dati disponibili, Sigico2 Consultazione.

Il sistema Sigico 2 Gestione ha funzionalità specifiche per i seguenti uffici:

- Cancelleria
- Ruolo
- Servizio Studi
- Massimario

Il sistema Sigico2 Consultazione permette la consultazione dei seguenti archivi/registri:

- Registro delle ordinanze
- Registro dei ricorsi
- Registro dei conflitti tra poteri
- Registro dei conflitti tra enti
- Registro dell'ammissibilità referendaria
- Registro delle decisioni
- Archivio delle massime
- Archivio delle note a sentenza

Sono previste funzionalità di reportistica e di stampa oltre che di gestione utenti e accessi.

Il Sigico è un'applicazione web accessibile esclusivamente nell'ambito della rete interna Corte costituzionale.

4. L'uso del precedente nella pronuncia.

Occorre ora verificare l'uso del precedente nella giurisprudenza costituzionale per avere conferma che i precedenti individuati in fase di preparazione della decisione trovino poi piena corrispondenza nel corpo delle motivazioni che la Corte usa. Per ragioni di economia espositiva, non sarà possibile fare un'elencazione esaustiva delle molteplici eterogenee ipotesi di uso nel precedente nella giurisprudenza costituzionale³², ma ci si limiterà a riportare alcuni esempi casistici per poi tentare di tirare delle (necessariamente) sommarie considerazioni generali, facendo riferimento anche alle più recenti ricerche sull'argomento.

A tal fine, va osservato in via preliminare che la Corte dimostra, ovviamente oserei dire, di sapere applicare con maestria le tecniche elaborate nella dottrina del precedente in uso nelle Corti dei Paesi di *common law*. Un recente esempio è fornito dalla [sentenza n. 77/2018](#) in materia di disciplina processuale relativa alla compensazione delle spese in giudizio, nella quale, appunto, il Collegio evidenzia che la decisione della questione (definita con una sentenza di illegittimità costituzionale di tipo additivo) è differente da un'altra analoga (decisa con un'inammissibilità), in quanto la "fattispecie" è sostanzialmente diversa e espressamente indica che alcune argomentazioni del precedente non costituivano la sua *ratio decidendi*. In definitiva, nella motivazione della sentenza citata vi è una esauriente e corretta motivazione delle ragioni che conducono ad un esito diverso, senza che si possa configurare un mutamento di orientamento.

Eppure non è sempre così. E sembra difficile ritenere che ciò accada inconsapevolmente.

Un primo esempio si può rinvenire nella [pronuncia n. 120/2018](#), che peraltro può evidenziare come tale fenomeno possa manifestarsi anche in casi largamente condivisibili negli esiti finali. La sentenza, infatti, riguarda la dichiarazione di illegittimità dell'art. 1475, comma 2, del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare), in quanto prevede che «I militari non possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali» invece di prevedere che «I militari possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale alle condizioni e con i limiti fissati dalla legge; non possono aderire ad altre associazioni sindacali».

È singolare osservare che nella motivazione si dia adeguatamente conto della precedente giurisprudenza costituzionale - che sul punto specifico aveva stabilito, anche in tempi relativamente recenti³³, che le specificità dell'ordinamento militare giustificavano l'esclusione di forme associative ritenute non rispondenti alle conseguenti esigenze di compattezza ed unità degli organismi militari³⁴ - ma che il significativo, ancorché graduale e parziale, mutamento del precedente orientamento venga descritto come un'ulteriore verifica della corretta attuazione della disciplina costituzionale, senza che si dimostrino le ragioni per le quali la costituzione di un'associazione sindacale tra solo militari non metta a rischio la coesione interna e la neutralità dei reparti militari, mentre l'adesione a sindacati comuni invece sì. Si precisa che ci sono ben chiare, e si condividono appieno, le ragioni sottese a questa innovazione graduale, ma è sul piano della tecnica argomentativa che pare esservi una non piena conformità con le tecniche tipiche impiegate. Qui sembra emergere un profilo di politicità, non

³² Basti pensare che già Treves nel 1971 contava otto diversi modi frequenti con cui la Corte manifestava la tendenza a adeguarsi alle proprie decisioni (*op. cit.* 8-13).

³³ Cioè dopo che la Corte, con la [pronuncia n. 278 del 1987](#), aveva chiarito che la Costituzione repubblicana ha superato radicalmente la logica istituzionalistica dell'ordinamento militare e ha ricondotto anche quest'ultimo nell'ambito del generale ordinamento statale, particolarmente rispettoso e garante dei diritti sostanziali e processuali di tutti i cittadini, militari oppure no.

³⁴ «Di particolare rilevanza, infine, i principi richiamati nella [sentenza n. 449 del 1999](#). Questa Corte era chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 8, primo comma, della legge n. 382 del 1978, in relazione all'art. 39, letto in sistema con l'art. 52, terzo comma, Cost. La disposizione, abrogata a seguito dell'adozione del d.lgs. n. 66 del 2010, era sostanzialmente identica a quella attuale, prevedendo che "I militari non possono esercitare il diritto di sciopero, costituire associazioni professionali a carattere sindacale, aderire ad altre associazioni sindacali", e questa Corte, nel dichiarare non fondata la questione, ha affermato la sussistenza di peculiari esigenze di "coesione interna e neutralità", che distinguono le Forze armate dalle altre strutture statali; ha rilevato in particolare che l'art. 52, terzo comma, Cost. "parla di 'ordinamento delle Forze armate', non per indicare una sua (inammissibile) estraneità all'ordinamento generale dello Stato, ma per riassumere in tale formula l'assoluta specialità della funzione"» ([sent. n. 120/2018](#)).

nel senso ovviamente di partigianeria partitica quanto semmai di un decisore pubblico che interpreta (correttamente) l'evoluzione dei temi e adegua conseguentemente l'ordinamento, cioè detta una nuova disciplina normativa, operando discrezionalmente un bilanciamento tra diversi beni giuridici (la libertà sindacale, la specificità funzionale delle Forze Armate) sulla base di una ricostruzione giuridica che può suscitare qualche perplessità (il riferimento alla disciplina normativa prevista per la costituzione di associazioni tra militari, ad esempio le associazioni combattentistiche, per la prima attuazione dell'associazionismo sindacale, con il singolare aspetto che un'associazione militare sindacale deve ottenere l'approvazione per la sua costituzione del Ministro della Difesa).

E comunque questo è ancora un caso nel quale la lettura della motivazione dà sufficientemente conto del sostanziale mutamento giurisprudenziale e in cui i precedenti sono riportati correttamente.

Talvolta, infatti, la Corte mimetizza i suoi *revirements*, nascondendo i precedenti non conformi alla decisione che si vuole assumere al fine di trasmettere comunque una immagine di lineare continuità, anche quando vi è stata una decisa inversione di marcia.

Ne è un emblematico recente esempio la [pronuncia n. 122/2019](#), la quale, come noto, supera il consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte, che «interpretava in senso limitativo lo spazio di autonomia delle Regioni con riguardo alla tassa automobilistica, ricomprendendo il tributo in questione, al pari dell'IRAP, nell'alveo dei tributi propri 'derivati'. Ciò sul presupposto che, pur essendo il gettito della tassa attribuito alle Regioni, unitamente all'attività amministrativa connessa alla sua riscossione, nonché ad un limitato potere di variazione dell'importo dovuto, la disciplina sostanziale della tassa permaneva nell'esclusiva competenza dello Stato, così impedendo la configurazione di misure, anche agevolative, da parte del legislatore regionale al di fuori dei limiti dettati dal legislatore statale»³⁵, come prima aveva stabilito la Corte nelle [pronunce n. 199 del 21 luglio 2016](#), [n. 242 del 22 novembre 2016](#) e [n. 269 del 26 settembre 2003](#).

Ciò che qui colpisce è che dalla lettura della pronuncia non solo non traspare nessun *overruling* - semmai sembrerebbe che la Corte continui nel solco della sua giurisprudenza seppur con la specificazione di una distinzione che giustifica un esito diverso - ma nemmeno cita i precedenti summenzionati. Semplicemente decide che non esistono (non si può in alcun modo ritenere che il Collegio li ignorasse o che in sede di ricerca da parte degli assistenti di studio o di revisione dell'Ufficio Massimario ciò non sia emerso). Non si possono certo immaginare le ragioni di tale omissione, ma la circostanza che il relatore delle due pronunce del 2016 fosse il Presidente della Corte della sentenza in argomento indurrebbe a ritenere che ci si possa trovarsi dinanzi ad un caso di deferenza istituzionale, non volendo forse «sconfessare» pubblicamente il proprio Presidente. È ovvio, o almeno a me così pare, che nessuna sconfessione vi sarebbe stata se la Corte avesse adeguatamente ed espressamente motivato le ragioni del suo mutamento di indirizzo; anzi ciò sarebbe stato quanto mai necessario, proprio in considerazione del breve lasso di tempo intercorso dalle ultime pronunce contrarie e della consistenza del precedente orientamento, definito in dottrina granitico³⁶.

5. La tesi dell'uso prevalentemente tendenziale.

Sembra dunque evidente che siamo in presenza di un caso nel quale deliberatamente la Corte tralascia le tecniche giudiziarie sul precedente che molto bene padroneggia, se e quando vuole farlo.

³⁵ S. M. RONCO, *Tassa automobilistica ed autonomia finanziaria: quali nuovi spazi per la discrezionalità del legislatore regionale?*, in *Osservatorio AIC*, 2019.

³⁶ «Con la pronuncia qui in esame, la Corte sembra infatti aver aperto un varco nella (sinora) granitica giurisprudenza costituzionale che aveva assimilato a tutti gli effetti la cosiddetta tassa automobilistica regionale ai tributi propri derivati, anche nella fase successiva alla l. n. 42/2009 sul federalismo fiscale. Se tale orientamento fosse confermato, si consoliderebbe un presupposto di non secondario momento per consentire la manovrabilità regionale del tributo in funzione delle specifiche e differenziate esigenze». G. RIVOSECCHI, *Una convincente pronuncia sulla manovrabilità (al ribasso) della tassa automobilistica regionale*, in *Le Regioni*, 2019.

Ed è questo il punto che, forse, solleva maggiori interrogativi: la libertà che talvolta la Corte manifesta nell'uso dei suoi precedenti può rappresentare una epifania della sua natura politica³⁷?

Da questo punto di vista sembra interessante evidenziare come anche da questa pronuncia emerga un uso retorico del precedente, nel senso che la Corte ricorre spesso all'autocitazione perché questa tecnica trasmette l'idea di una coerenza, continuità e prevedibilità del suo operato³⁸.

Ma un uso analogo di questa tecnica retorica si trova anche in un altro ambito istituzionale, o almeno così a noi sembrerebbe. Si fa riferimento all'uso del precedente nelle assemblee parlamentari, nelle quali un'attenta dottrina evidenzia come in Parlamento sia diffusa «una <propensione al precedente> piuttosto che <una dottrina del precedente>». Ben lungi, cioè, gli attori dei procedimenti parlamentari dal ritenere che esista anche un solo implicito vincolo formale allo *stare decisis* o possibilità strutturali di sviluppare precedenti di vera autorità in senso verticale o orizzontale è però comune la sensazione per cui richiamarsi o essere richiamati al rispetto dei propri precedenti è un modo per rafforzare la legittimazione politica delle Camere»³⁹.

È suggestiva la possibile trasposizione di quanto detto con quanto spesso la dottrina dica con riferimento alla funzione legittimante delle autocitazioni della Corte.

E invero è sufficiente la lettura delle pronunce della Corte per appurare l'ampio ricorso all'autocitazione⁴⁰, che possono far ritenere prevalente il ricorso a questo schema funzionale di legittimazione, posto che il ricorso alle tecniche giudiziarie del precedente sembrano meno frequenti.

Naturalmente, questa affermazione va giustamente intesa, nel senso che vi sono anche casi in cui si fa ricorso ad un uso vincolante del precedente⁴¹.

Tale elemento apparentemente contraddittorio è forse indicativo di una doppia anima della Corte costituzionale⁴², grazie anche alla sua potenziale ascrivibilità a entrambi i circuiti di potere dello schema crisafulliano (o se si preferisce avendo, al contempo, caratteri di rappresentatività e di competenza, tipici, rispettivamente, degli organi democratici e di quelli burocratici) di cui occorre tenere sempre conto.

Ma, come si diceva prima, è la libertà con cui la Corte decide di argomentare secondo le tecniche tipiche della dottrina del precedente ovvero secondo quella (prevalente) retorica dell'uso tendenziale del precedente a costituire un indice paradigmatico di una maggiore vicinanza al modello parlamentare, secondo il quale «il precedente non è una prescrizione, non è un comando, e non è neppure una mera situazione di fatto, piuttosto è la traccia, l'iscrizione lasciata su un determinata situazione di fatto dall'applicazione delle norme e dei principi del diritto parlamentare. Il che significa che, di fronte ad una situazione successivamente determinatasi, analoga o accostabile ad altre

³⁷ Ciò sembra ancor più evidente nel giudizio di ammissibilità dei referendum, nel quale la prevalente dottrina ha spesso ritenuto la giurisprudenza costituzionale ondivaga (G. AZZARITI, *Il modello della sentenza n. 16 del 1978 e il carattere abrogativo del referendum: ritorno al futuro?*, in M. AINIS (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Giuffrè, Milano, 2005) e sostanzialmente ondivaga (E. ROSSI, *Corte e referendum abrogativo*, in *Foro italiano*, 2006). In particolare, questo autore sostiene che la sostanziale imprevedibilità dell'esito del giudizio di ammissibilità referendaria possa dipendere dai vari criteri adottati che «appaiono di volta in volta utilizzati in una diversità di significati e con una latitudine di senso tale che non è garantita affatto la loro riaffermazione successiva (almeno allo stesso rigoroso significato), si da far parlare di assenza di un modello di ammissibilità del referendum, malgrado il tentativo compiuto con la [sentenza n. 16/1978](#)» (337). Per un recente studio sull'uso del precedente nei giudizi di ammissibilità dei referendum si veda L. BERTOLASO, *Il precedente nella giurisprudenza costituzionale sul referendum abrogativo*, in M. PEDRAZZA GORLERO, *Il precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 71- 128.

³⁸ E. CRIVELLI, *Il richiamo della ratio decidendi nei precedenti della giurisprudenza costituzionale*, cit., 284.

³⁹ D. PICCIONE, *Le ombre della dottrina del precedente conforme e i dualismi dell'odierno parlamentarismo*, in N. LUPO (a cura di), *Il precedente parlamentare tra diritto e politica*, cit., 257.

⁴⁰ Prendendo come campione statistico le prime 38 pronunce del 2019, la media delle citazioni è di 18,23, con la sentenza n. 13 del 2019 che ne conta ben 61. Come detto, in assenza di un apposito applicativo l'indagine va svolta manualmente su ogni pronuncia e pertanto non è facile svolgere indagini statistiche più estese o qualitativamente più significative.

⁴¹ Per economia espositiva, si rinvia alla recente accurata casistica di E. CRIVELLI, *Il richiamo della ratio decidendi nei precedenti della giurisprudenza costituzionale*, cit., 285.

⁴² In dottrina è stata usata la metafora della Corte come anello di raccordo fra sfera giurisdizionale e sfera politica, da cui deriverebbe una necessità di massima elasticità per ciò che attiene all'esercizio delle funzioni. E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Il Mulino, Bologna, 1996, 3.

situazioni in precedenza verificatesi, il soggetto (chiamato ad applicare il regolamento) che si avvale dei precedenti non decide semplicemente secondo lo schema della riconduzione della situazione concreta al corrispondente comando, ma opera ermeneuticamente ricostruendo concettualmente gli elementi della situazione concreta, percorrendo le tracce dei precedenti e riferendosi al sistema dei principi e degli istituti del diritto parlamentare per dare alla situazione concreta la disciplina di cui necessita»⁴³. Se si provasse a mutare i soggetti e i parametri normativi del brano appena citato, potremo constatare che tale meccanismo di selezione e uso del precedente, cioè come traccia da cui partire per interpretare il dato costituzionale, è quello più frequentemente usato dalla Corte o, forse ancor più significativamente, è quello usato nei casi di maggiore rilevanza generale.

Tale tendenza sembra inserirsi in una più generale che percorre le principali esperienze ordinamentali⁴⁴ e delle Corti sovranazionali europee, incline a valorizzare la dimensione storica, perfettibile e incrementale dell'attività giurisdizionale del giudice (soprattutto di quello costituzionale), il quale con le pronunce tenta di cogliere l'essenza e lo spirito del testo costituzionale, più che il suo tenore testuale. Di ciò si trova, appunto, conferma nelle esperienze della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia dell'Unione europea, «le quali tentano d'interpretare dinamiche transnazionali che sfuggono alle strutture dello stato regolatore, per puntare alla flessibilità del diritto più che alla sua stabilità. Anche a causa degli ambiti in cui operano le corti di maggiore impatto, tali ricostruzioni si muovono all'interno della narrativa prevalente del diritto internazionale, che interpreta la storia in senso incrementale, concependo il diritto come progresso e investendosi del ruolo di liberazione e affermazione dei diritti umani, ormai le direttrici prevalenti proprio del costituzionalismo contemporaneo. Il progredire della riflessione sui diritti fondamentali e sui diritti umani, rilanciata dalle corti sovranazionali, non a caso ha contribuito, a fianco delle giurisdizioni nazionali, al declino del positivismo ottocentesco e del primo Novecento»⁴⁵.

Questa tendenza potrebbe far comprendere la diffusa percezione di un maggiore attivismo “politico” della Corte costituzionale che si traduce anche in un accentuato bisogno comunicativo, inconsueto per un organo giurisdizionale. Si pensi non solo ai comunicati stampa, nei quali traspare evidente il bisogno di stabilire un contatto diretto con l'opinione pubblica⁴⁶, ma anche alle più recenti iniziative di “viaggi” dei giudici costituzionali nelle scuole e, soprattutto, nelle carceri, indicative di un bisogno di visibilità esterna, come testimonia la pubblicazione sul sito istituzionale di ampia attività documentale (foto e video) a supporto di queste iniziative, nonché la pubblicazione di un documentario tematico sul viaggio alle carceri che può prestarsi a fornire letture politiche alle più controverse pronunce della Corte costituzionale sui temi connessi alla detenzione carceraria.

E non è un caso che una delle critiche più severe⁴⁷ a questa tendenza concluda la sua riflessione richiamando il principio della separazione dei poteri: «I costituzionalisti si sono a lungo accapigliati

⁴³ G. FILIPPETTA, *La raccolta dei precedenti al Senato, tra archivistica, codicistica ed ermeneutica*, in N. LUPO (a cura di), *Il precedente parlamentare tra diritto e politica*, cit., 29.

⁴⁴ Si pensi all'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale statunitense secondo la quale «il meccanismo dello *stare decisis* non era dunque più un punto fisso del ragionamento del giudice, ma solo il punto di partenza della sua analisi». A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, CEDAM, Padova, 2018, 118.

⁴⁵ A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, cit., 6-7.

⁴⁶ E difatti la più attenta dottrina ha iniziato a indagare il tema. Si veda A. SPERTI, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, Relazione al convegno Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale, 17-18 ottobre 2019, Torino. L'autrice sostiene, tra l'altro, che nel rapporto diretto con l'opinione pubblica, «la Corte non troverebbe la sua fonte di legittimazione, ma, al contrario, nuove forme per svolgere un “ruolo collaterale” rispetto agli organi politici, per operare – per richiamare ancora Pizzorusso – “di rincalzo” rispetto ad essi e “correggere il flusso principale o per rimetterlo in moto ove si arresti”. Tuttavia, non si può negare che proprio in questa attività di stimolo, per quanto volto alla conservazione dei valori costituzionali svincolati dalla politica contingente – si ponga la sottile linea di confine tra attività “giurisdizionale” e quella più propriamente qualificabile come “politica”. Il rapporto con l'opinione pubblica, il contatto diretto con il “Paese reale” e, quindi, con le sue istanze e sollecitazioni, accentua il rischio che la Corte possa “cedere alla tentazione del consenso popolare” divenendo “agente di una parte politica» (38 – 39).

⁴⁷ Per una lettura particolarmente critica verso questa tendenza, si veda A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionale*, 2019, 251-290.

sul confine che dovrebbe separare il parlamento e il governo, ma hanno finito per mettere nell'ombra il fatto che il principio di divisione attiene soprattutto al rapporto tra istituzioni di governo e giurisdizione. Anche se la giurisdizione in questione è quella della Corte costituzionale. In questo ambito la separazione dei poteri è un bene assoluto: il costituzionalismo – (...) – aveva eretto formidabili steccati per separare *gubernaculum* e *iurisdictio*. Tutto ciò non vale a creare sfere di intollerabile immunità, (...), ma è la migliore garanzia per assicurare l'autonomia e l'indipendenza (in sé e nei rapporti reciproci) degli organi di governo e dei giudici, anche costituzionali».

6. Prospettive future: ritorno al passato?

Ma, forse, un aiuto insperato a “mitigare” la necessaria elasticità dell'uso del precedente nella giurisprudenza costituzionale può venire dallo sviluppo delle applicazioni di intelligenza artificiale. Queste, infatti, sembrano aprire scenari straordinari di feconda utilità applicativa in ambito giurisdizionale.

Si è già visto come la catalogazione elettronica abbia favorito la ricerca giurisprudenziale così che oggi chiunque in pochi istanti può avere a disposizione una completa serie di precedenti. E abbiamo anche constatato che ciò vale sia per il giudice, il quale ha un formidabile strumento di ricerca dei suoi precedenti, sia per lo studioso (o il cittadino) che voglia controllare l'esercizio del potere giurisdizionale tramite la verifica delle citazioni dei precedenti richiamati in motivazione, onde appurarne la completezza e la congruità.

Ma altri scenari saranno a breve possibili, tra i quali, ad esempio, la decisione automatizzata di una decisione giudiziaria⁴⁸. Questo può sembrare un argomento fantascientifico, ma non lo è, come dimostra la recente decisione del Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, sull'uso di un algoritmo per la realizzazione delle graduatorie scolastiche⁴⁹, nella quale il Collegio sottolinea che «per rispettare il concetto di massima trasparenza e dunque consentire di attuare quel meccanismo di spiegabilità che consiste nella traduzione della formula tecnica nella regola giuridica a essa sottesa, non basta fornire le istruzioni del *software* ma occorre che siano resi noti i suoi autori, il procedimento utilizzato per la sua elaborazione, il meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti: in altri termini, il linguaggio sorgente del *software*. Infatti, gli algoritmi funzionano attraverso appositi *software*, cioè programmi informatici specifici. A ben vedere, il fulcro della sentenza del Consiglio di Stato sta proprio in questo passaggio argomentativo e nell'accezione “sostanziale” di trasparenza che propone. Non vi è alcun ostacolo giuridico all'utilizzo dell'algoritmo nei procedimenti amministrativi che, anzi, si pone del tutto in linea con il *favor* generale dell'ordinamento per la digitalizzazione degli uffici pubblici»⁵⁰.

D'altronde, sembra indubbia «l'utilità delle formule digitali con riferimento alle procedure seriali e standardizzate, rispetto alle quali la scelta di sostituire l'attività umana affidando a un elaboratore informatico la classificazione e il riordino d'istanze di numero elevato consente di raggiungere i medesimi obiettivi con un minor dispendio di risorse»⁵¹.

Se già questo è lo stato dell'arte del progresso tecnologico, già si intravede la possibilità di una decisione automatizzata anche per la giurisdizione, che però per il nostro ordinamento costituzionale appare come ipotesi concreta remota⁵².

⁴⁸ Un'attenta dottrina parla infatti di una “società dell'algoritmo”. M. C. CAVALLARO – G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'Amministrazione nella società dell'algoritmo*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), 2019.

⁴⁹ Si veda commento alla sentenza di D. DALFINO, *Decisione amministrativa robotica ed effetto performativo. Un beffardo algoritmo per una "buona scuola"*, in [Questione Giustizia](https://www.questionegiustizia.it), 2020.

⁵⁰ I. NICOTRA, V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in [Rivista AIC](https://www.rivistaaic.it), 22 novembre 2019, 15.

⁵¹ I. NICOTRA, V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, cit., 2.

⁵² Sul punto sembrano pienamente condivisibili le osservazioni di una dottrina molto autorevole: «Nondimeno, e ragionevole pensare che mettere in pratica l'idea estrema del robot giudice abbia più svantaggi che vantaggi. Come ben sanno i matematici che si occupano del calcolo delle probabilità, la previsione non è predizione, sicché quando chiediamo

Più concreta appare un altro orizzonte applicativo dell'Intelligenza Artificiale dedicata alla giurisdizione⁵³: l'utilizzabilità di una banca dati per conoscere preventivamente la sorte che potrebbe avere una causa su una data materia, con un chiaro messaggio di prevedibilità e di probabilità, la c.d. giustizia predittiva⁵⁴.

Al riguardo, sembra opportuno, per comprendere i possibili effetti di tale tecnologia sulla giustizia costituzionale, riportare gli esiti di una ricerca condotta ormai nel lontano 2016 dalla University College of London (UCL), che si è occupata di 584 decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo⁵⁵. Gli esiti di questa ricerca sono sembrati stupefacenti, poiché con tecniche AI di apprendimento automatico la macchina ha riprodotto le decisioni umane con una percentuale di successo del 79%. «Questo risultato è, in realtà, tanto sorprendente quanto la meccanica utilizzata. La macchina è stata programmata su diversi elementi costitutivi delle sentenze della Corte: i fatti, l'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il dispositivo (binario: violazione o non violazione). La frequenza della presenza di gruppi lessicali coerenti è stata, poi, registrata in una banca dati e confrontata con la violazione (o meno) della Convenzione. In sintesi, le parole che potrebbero portare a una violazione (o non violazione) della Convenzione sono state ponderate in base alla loro presenza predominante nei diversi tipi di decisioni esaminate. Così, secondo lo studio, i termini «condizioni di detenzione», «obblighi dello Stato», «esecuzione delle decisioni» sembravano avere maggiori probabilità di essere trovati in una decisione di violazione. Al contrario, la «mancanza di prove», i «diritti di proprietà», la «precedente violazione degli articoli 2 e 11» sembravano avere maggiori probabilità di essere trovati nelle decisioni di non violazione. La macchina non ha dunque cercato di simulare un ragionamento giuridico; ha, semplicemente, provveduto al trattamento statistico dei dati raccolti e calcolato delle probabilità. Lo stesso lavoro,

che le decisioni giudiziarie siano prevedibili eleviamo una pretesa di certezza giuridica, non di infallibilità matematica (ammesso - e nient'affatto concesso - che il robot possa essere infallibile). Forse il problema che l'idea della decisione robotica intenderebbe risolvere potrebbe essere rimosso se, da un lato, noi elevassimo pretese meno estreme (difficilmente compatibili, del resto, con un mondo fisico segnato dalla perdita delle credenze deterministiche, nel quale «tutti e sempre ci troviamo - nei confronti di tutte o quasi tutte le cose - in condizioni d'incertezza») nei confronti del giudice e, dall'altro, questi recuperasse una cultura della giurisdizione che ne cogliesse la funzione servente (ma non per questo meno importante) rispetto alla legislazione (e quindi alla decisione democratica)». M. LUCIANI, *La decisione giuridica robotica*, cit., 893.

⁵³ Nonché all'attività amministrativa, come recentemente affermato dal Presidente del Consiglio di Stato nell'ultima relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario: «L'applicazione dell'intelligenza artificiale all'attività amministrativa richiede una paziente opera di adattamento delle tradizionali forme e categorie giuridiche. Premessa la generale ammissibilità e utilità dell'algorithmo nell'azione amministrativa, anche discrezionale, si è ritenuto, che occorre assicurare, quali elementi di minima garanzia: a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati; b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algorithmo; c) la verifica e la sindacabilità in sede giurisdizionale dei dati immessi e dei criteri utilizzati. Si segnalano sezione VI, sentenza 13 dicembre 2019, n. 8472 e 8 aprile 2019, n. 2270, la quale ultima ha riguardato le contestazioni mosse da alcuni docenti di scuola secondaria a seguito della loro assegnazione presso sedi di servizio sulla base delle risultanze di un algorithmo a loro sconosciuto». F. PATRONI GRIFFI, *Relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2020 del Consiglio di Stato*, Palazzo Spada, Roma, 4 febbraio 2020.

⁵⁴ «Chiariamoci innanzitutto sul concetto, esprimendoci con termini da linguaggio di programmazione: parliamo di algoritmi, cioè funzioni, i cui argomenti (cioè il cosa fare) sono contenuti decisionali (sentenze, provvedimenti, dottrina, testi) e gli output sono probabilità di orientamento decisionale, oppure di *range* di indennizzi e costi, con finalità analitiche (individuazione di pattern) o predittive riguardo l'orientamento probabile del giudice. Non sono sistemi che simulano il ragionamento umano (sistemi di AI «forte»), e quindi in grado di sostituire il ragionamento del giudice. Ma sistemi di AI «debole» quali *Natural language processing* e *machine learning* (incrocio di gran mole di dati in entrata, ricerca di correlazione tra dati (pattern), deduzione di un modello e applicazione del modello ai casi in entrata, in autoapprendimento)». C. MORELLI, *Giustizia predittiva: il progetto (concreto) della Corte d'appello di Brescia*, in *Altalex* 8 aprile 2019.

⁵⁵ Al riguardo, va evidenziato che un'autorevole dottrina ha mosso acute critiche sulla possibile obiettività sull'uso predittivo di banche dati giuridiche (M. LUCIANI, *La decisione giuridica robotica*, cit., 886-887) che però non sembrano pienamente condivisibili, se non nella conclusione della impraticabilità di una decisione giurisprudenziale robotica nel nostro ordinamento. In particolare le critiche relative alla gestione del dato cronologico o valoriale del precedente possono essere opportunamente superate con una ponderazione del precedente anche attraverso l'indicizzazione dei precedenti citati nella motivazione.

svolto sull'applicazione della Convenzione, ha portato a una riduzione del tasso di successo della riproduzione delle decisioni al 62%. Questo risultato, più che soddisfacente a prima vista, deve tuttavia essere riconsiderato alla luce del fatto che chiunque ha una possibilità di "predire" l'esito di una decisione affermando a caso "violazione" o "non violazione" (50%)»⁵⁶.

Questi sorprendenti risultati potrebbero ancora essere migliorati con l'uso di tecniche matematiche più sofisticate e con il progresso tecnologico delle macchine, ma quello che ai nostri fini interessa non è tanto l'uso di software predittivo da parte della Corte costituzionale⁵⁷, quanto piuttosto il fatto che una sua esistenza potrebbe condizionarne l'operato per la sua disponibilità alle varie parti processuali e alla dottrina.

In altri termini, lo sviluppo di sistemi avanzati di "giustizia predittiva", o se si preferisce di accurata prevedibilità delle decisioni sulla base dei precedenti e del testo normativo di riferimento (nel nostro caso la Costituzione), potrebbero "costringere" il giudice costituzionale a ricorrere maggiormente alle tecniche tipiche della "dottrina del precedente".

In conclusione, paradossalmente l'ulteriore sviluppo tecnologico potrebbe favorire il ritorno al passato del costituzionalismo liberaldemocratico, nel senso di un maggior rispetto del principio della separazione, favorendo un rapporto più armonico, e non antagonista, tra il diritto giurisprudenziale e il diritto politico⁵⁸.

Bibliografia

AINIS M. (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Giuffrè, Milano, 2005.

ANZON A., *Il Valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Roma, 1985.

ANZON A., *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi. L'esperienza italiana alla luce di un'analisi comparata sul regime di Richterrecht*, Giuffrè, Milano, 1995.

BARBARO A., *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo?*, in *Questione giustizia*, n. 4/2018.

CALVANO R., *Lo stare decisis nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1996.

CANZIO G., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, 2017.

CARLEO A. (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2017.

CARLEO A., *Decisione robotica*, Il Mulino, Bologna, 2019.

CARLI GARDINO A., *Il principio del precedente e la sua applicazione nella giurisprudenza costituzionale sulle Regioni a statuto ordinario*, in *Quaderni Regionali*, 1985.

CHELI E., *Sulla correzione degli errori materiali e sull'ammissibilità della revocazione per le sentenze della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1959.

CHELI E., *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Il Mulino, Bologna 1996.

CRISAFULLI V., *Atto normativo*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959.

CROCE M., *Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale*, in *Contratto e impresa*, 2006.

D'ATENA A., *Lezioni di diritto costituzionale*, Terza edizione, Giappichelli editore, Torino, 2012.

DALFINO D., *Decisione amministrativa robotica ed effetto performativo. Un beffardo algoritmo per una "buona scuola"*, in *Questione Giustizia*, 2020.

DAL CANTO F., *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli editore, Torino, 2002.

⁵⁶ C. BARBARO, *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo?*, in [Questione Giustizia](#), n. 4/2018.

⁵⁷ Infatti, gli spazi per una giustizia costituzionale predittiva sembrano molto angusti poiché tramite le tecniche di giudizio del bilanciamento, della ragionevolezza, della proporzionalità il giudice costituzionale ha creato delle fughe dal determinismo decisionale, potendo di volta in volta dosare diversamente i diversi beni costituzionali in gioco o ridefinire le contrapposte priorità valoriali sulla base delle cangianti situazioni sociali.

⁵⁸ A. RUGGERI, *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in [Consulta OnLine, Studi 2019/III](#), 727-728.

GRASSO G., *Il diritto costituzionale nelle riviste elettroniche. Un omaggio a Pasquale Costanzo, Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 2019.

IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli editore, Torino, 2016.

LUCIANI M., *La decisione giuridica robotica*, in *Rivista AIC*, 2018.

LUPO N., *Il precedente parlamentare tra diritto e politica*, Il Mulino, Bologna, 2013.

MORRONE A., *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionale*, 2019.

NEUMANN F., *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, trad. it. G. SAVINI, seconda edizione, Il Mulino, Bologna, 1984.

NICOTRA I. - VARONE V., *L' algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, 2019.

PEDRAZZA GORLERO M., *Il precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, CEDAM, Padova, 2008, p. 285.

PIN, A. *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, CEDAM, Padova, 2018.

PIZZORUSSO A., *Effetto di giudicato ed effetto di precedente delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1966.

PIZZORUSSO A., *Delle fonti del diritto, Disposizioni sulla legge in generale*, in SCIALOJA A. – BRANCA G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, a cura di, Bologna-Roma, 1971.

RANDAZZO B., *Gli effetti delle pronunce della corte europea dei diritti dell'uomo*, in [Studi e Ricerche](#) del sito web della Corte costituzionale

RIVOSECCHI G., *Una convincente pronuncia sulla manovrabilità (al ribasso) della tassa automobilistica regionale*, in *Le Regioni*, 2019.

RONCO S. M., *Tassa automobilistica ed autonomia finanziaria: quali nuovi spazi per la discrezionalità del legislatore regionale?*, in [Osservatorio AIC](#), 2019.

ROSSI E., *Corte e referendum abrogativo*, in *Foro italiano*, 2006.

RUGGERI A. (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giappichelli editore, Torino, 1994.

RUGGERI A., *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in *Consulta On Line*, 2019.

SPERTI A., *Corte costituzionale e opinione pubblica*, Relazione al convegno *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale*, 17-18 ottobre 2019, Torino, in corso di pubblicazione in *Diritto e Società*.

TREVES G. (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, UTET, Torino, 1971.

VISENTINI G. (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, CEDAM, Padova, 1988.