

PROCEDURA PENALE

Collana diretta da

M. Bargis - G. Giostra - G. Illuminati - R.E. Kostoris - R. Orlandi

STUDI

FRANCESCO MARIA DAMOSSO

IL VINCOLO AL PRECEDENTE TRA SENTENZA DI LEGITTIMITÀ E MASSIMAZIONE



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

PREMESSA

1. *Il canone dell'appropriatezza nella gestione del precedente giudiziario.*

Questo lavoro è teso a individuare le condizioni in presenza delle quali la gestione del precedente giudiziario italiano può dirsi appropriata.

È un precedente – avremo modo di intenderlo esaustivamente nel corso della trattazione – la regola giuridica in forza della quale è stato precedentemente deciso un certo caso, in sede giudiziaria [v. *infra*, anzitutto il capitolo I]. Su di un piano descrittivo, il precedente indica dunque il come si è precedentemente deciso. Su di un piano funzionale, lo stesso esiste, nel senso che viene considerato in vario modo rilevante, affinché tendenzialmente lo si segua: affinché, cioè, casi analoghi vengano decisi in modo analogo (nel segno dell'uguaglianza degli individui dinanzi alla legge per come è interpretata), e la decisione futura sia in buona misura prevedibile (per garantire libere scelte d'azione). Parliamo di precedente funzionalmente orientato, beninteso, in virtù del principio di universalizzabilità della decisione individuale: è possibile guardare a come si è precedentemente deciso, infatti, solo nella misura in cui la regola prefissata individualmente sia suscettibile di essere universalmente riapplicata a determinate classi di casi; solo nella misura in cui la decisione su di un caso – ossia il fatto e le questioni giuridiche inerenti, secondo la lezione di Gino Gorla – sia cioè suscettibile di assurgere a regola decisoria per casi successivi che, all'esito di un procedimento logico-razionale di astrazione – non esistono due fatti identici –, presentino elementi di coincidenza o somiglianza con quello precedentemente disciplinato.

Ferme queste essenziali coordinate definitorie, che il precedente vada gestito è una primissima conclusione piuttosto ovvia; essendo lo stes-

so realtà operativa, pure in un sistema fondato sulla *lex scripta* quale il nostro [v. *infra*, cap. II, § 1; III, §§ 1, 2.2].

Venendo invece a riflettere sul *quomodo* questo precedente vada gestito, è bene anzitutto chiarire che per «gestione» qui si intende l'amministrazione e il sistematico monitoraggio tanto della sua genesi quanto del suo utilizzo. Dal nostro angolo visuale, dunque, la gestione del precedente investe due macro-momenti: quello in cui il precedente in sede giudiziaria è applicato, certo; ma prima ancora il processo di costruzione dello stesso, da parte di tutti gli attori rilevanti. Vedremo, a tale ultimo riguardo, come la genesi del precedente si sostanzia in un processo di con-costruzione successiva e progressiva, giacché un precedente è tale non in quanto nasce inequivocabilmente come precedente, ma soprattutto in virtù di ulteriori opere di interpretazione susseguentisi nel tempo al cui esito si riconosce, in una determinata pronuncia anteriore, una regola giuridica provvista di un certo ambito di operatività.

I macro-momenti appena cennati, del resto, si influenzano reciprocamente e biunivocamente, posto che a un precedente costruito in un certo modo corrisponde un certo tipo di suo utilizzo; e un certo tipo di suo utilizzo contribuisce nel tempo a con-costruire il precedente in un certo modo.

Macro-momenti, dovendo essere drasticamente sintetici, concernenti a loro volta: il come si dovrebbe *jus dicere* da parte del giudice chiamato a stabilire il precedente per i casi successivi, ossia quali contenuti dovrebbe avere la sentenza destinata a divenire precedente; il come si dovrebbe interpretare quella sentenza da parte del giudice sopravveniente; il come si dovrebbe massimare quella sentenza da parte del soggetto istituzionalmente chiamato a ciò, ossia l'Ufficio del massimario della Casazione.

È bene peraltro dire subito che la massimazione delle sentenze, ossia l'estrapolazione del principio di diritto esplicitamente o implicitamente posto alla base di una decisione ritenuta precedente per i casi a venire, lungi dall'essere attività marginale di mera sistematizzazione/catalogazione dei prodotti della giurisprudenza di legittimità, è momento cruciale e centrale nell'economia del sistema del precedente giudiziario: giacché quest'ultimo vive nella relativa massima, nel senso che la massima lo con-costruisce determinandone *facies* e *substantia*, in vista del suo successivo utilizzo in sede processuale. Al punto che, applicandosi

la regola giuridica contenuta nella massima più che quella contenuta nella sentenza da cui proviene, la massima stessa arriva ad avere valore di precedente nella pratica (v. *infra*, cap. IV, § 3).

Questi momenti vanno amministrati e monitorati, dunque: il precedente va gestito, nei termini che si delineavano. E gestirlo è una urgenza derivante dalla osservazione della realtà operativa: il ragionare per precedenti ha permeato visceralmente il nostro argomentare giuridico [v. *infra*, cap. III, § 2.2]; e se questo è vero, come è vero, anche nella sede giurisdizionale, cioè a fini decisionali, allora è altrettanto vero che il problema della gestione del precedente è un problema di giustizia di non poco momento.

Al preciso fine di valutare qualitativamente una tale gestione, pertanto, auspichiamo l'affermazione del canone dell'appropriatezza. Una gestione cioè appropriata rispetto a che cosa il precedente è (regola giuridica disciplinante un certo caso) e rispetto alla sua funzione (tendere all'uniformità interpretativa, nel segno dell'uguaglianza e insieme della prevedibilità della decisione giudiziaria). Nello sviluppo del lavoro, il canone dell'appropriatezza si rivelerà immanente e implicito nelle tesi sostenute; esplicitamente, nondimeno, verrà tradotto in due indicatori fondamentali alla stregua dei quali valutarne il grado: quello della effettiva comprensione e quello della ragionevole riapplicazione del precedente.

Una sua appropriata gestione pretenderebbe insomma di comprendere effettivamente il precedente nel suo fondamento, ossia di conoscere gli argomenti logico-giuridici a suo sostegno nella loro completezza; e in seguito di riapplicarlo in modo adeguato alla vicenda fattuale rilevante ai fini della decisione, ossia di garantire la pertinenza del caso deciso con il caso da decidere. Un tale positivo giudizio di pertinenza, poi, insieme alla comprensione del precedente, dovrebbe avere luogo tanto nell'ipotesi in cui il giudicante decida in senso conforme al precedente in questione [v. *infra*, cap. III, § 4.1], quanto nell'ipotesi in cui intenda discostarsene [v. *infra*, cap. III, § 4.2]. Per entrambe le evenienze, ancora, dovrebbe sussistere un preciso onere motivazionale contenutisticamente determinato [v. *infra*, cap. III, § 2.3].

Non dimentichiamo, inoltre, quanto poc'anzi precisato in relazione all'ampiezza del concetto di «gestione» di cui si discorre, che non concerne solo il momento dell'utilizzo del precedente, ma pure quello della sua corale con-costruzione. Ne consegue la necessità di costruire il pre-

cedente agevolandone effettiva comprensione e ragionevole riapplicazione: dovrebbe cioè sussistere una tensione costante, a partire dal giudice che intenda stabilire un precedente *pro futuro* o ne contempra la possibilità, verso la chiarificazione delle ragioni a suo sostegno, e soprattutto – è ciò che tendenzialmente manca – del grado di universalizzabilità della decisione individuale, sì da agevolare l'operatore successivo nella determinazione dell'ambito di operatività della *regula iuris* [v. *infra*, cap. II, § 2.1.2].

2. *Il quadro essenziale delle questioni affrontate e delle conclusioni raggiunte.*

Indicata la direzione primaria della trattazione, si consideri che la stessa conterà di due parti. La prima attinente al contesto anglo-americano; la seconda attinente a quello nazionale.

Dapprima, ossia nel cap. I, si intenderà che cosa è un precedente studiandone il contesto giuridico-storico-istituzionale di origine mediante un'analisi comparata. In Inghilterra e negli Stati Uniti, peraltro, il precedente è tradizionalmente vincolante. Non a caso si parla di *doctrine of binding precedent*: relativamente alla quale si esamineranno genesi, operatività, dimensioni, categorie concettuali e strumenti pratici di supporto quali il c.d. *Shepard Citator* e i sistemi di *Law Reporting*. Ci si soffermerà, infine, a riflettere sui presupposti ordinamentali e organizzativi in presenza dei quali la regola del precedente vincolante (*stare decisis*) può effettivamente funzionare, e dunque una certa uniformità interpretativa può essere raggiunta. Diciamo comunque sin d'ora che in quei sistemi non è un obbligo assoluto, oggi, quello di conformarsi al precedente: il giudice chiamato ad applicarlo può infatti discostarsene, a determinate condizioni.

In seguito, con il cap. II, la ricerca si orienterà a indagare su chi, nel nostro ordinamento, sia istituzionalmente e giuridicamente chiamato a promuovere un accettabile livello di stabilizzazione degli orientamenti giurisprudenziali; che significa promuovere una direttiva di tendenziale coerenza ai precedenti. Il presupposto da considerare e dimostrare, in relazione a quest'ultimo punto, è che pure da noi l'esigenza di una certa

uniformità interpretativa, nell'applicazione della legge, deve essere soddisfatta. Ebbene, di ciò dovrebbe farsi carico per prima la Corte di cassazione nell'assolvere la propria funzione nomofilattica (art. 65 ord. giud.); il che significa riconoscere nella Corte di cassazione l'organo deputato a stabilire precedenti atti a disciplinare uniformemente i casi a venire. Il problema, a tale riguardo, è come vedremo l'insussistenza – pressoché radicale – di un *habitat* concretamente adatto a una corte del precedente, come si usa dire, in grado di guidare sistematicamente la giurisprudenza successiva.

Appurato però che in Italia si ha e si deve avere a che fare con il precedente, quest'ultimo diverrà l'oggetto del cap. III. In particolare, verrà anzitutto evidenziata la distanza – quasi disorientante – tra un diffuso (nostrano) modo di intendere il precedente e quello che invece dovrebbe invalere: basti pensare che da noi fa precedente, per così dire, una regola giuridica giurisdizionalmente pre-fissata, sì, ma colta in una dimensione tendenzialmente astratta, e dunque tendenzialmente scissa dalla fattispecie concreta in relazione alla quale è stata pronunciata.

Su di un altro piano, dovrà poi riflettersi su quale valore al precedente debba essere riconosciuto: scartata la tesi della sua efficacia meramente persuasiva, e constatata la sua vincolatività *de facto*, si prediligerà la tesi della efficacia vincolante di quest'ultimo. In modo non dissimile da quanto si registra negli ordinamenti di *common law* anteriormente presi in esame, peraltro, si tratterebbe di un vincolo al precedente non assoluto; di preciso, parleremmo di un obbligo giuridico positivo condizionato, giacché il precedente deve essere seguito salva la sussistenza di gravi ragioni di segno opposto, che devono essere analiticamente indicate e argomentate.

A quest'ultima conclusione, che riguarderebbe tutti i precedenti di legittimità, dovrà pure affiancarsi l'analisi del dato normativo esplicito: ai sensi dell'art. 618 comma 1-*bis* c.p.p. sono difatti precedenti espressamente vincolanti i principi di diritto delle Sezioni Unite della Cassazione; venendo così a configurarsi, in relazione alle pronunzie del massimo collegio e nei soli confronti delle sezioni semplici, un obbligo negativo incondizionato. Giacché la sezione semplice che non intenda condividere il precedente delle Sezioni Unite non è obbligata all'adeguamento ma non può nemmeno decidere in senso difforme, dovendo sempre rimettere a queste ultime il ricorso.

Si giungerà infine, nel cap. IV, a discorrere dello strumento della massima e dell'attività di massimazione. Il punto, come parzialmente anticipato, è il rapporto tra massima e motivazione della sentenza massimata: se il precedente vive nella sua massima, bisogna allora necessariamente chiedersi quali sono i limiti dell'attività del massimatore dinanzi al/sul testo della sentenza. E a più forte ragione constatando come la mediazione interpretativa dell'Ufficio del massimario (mediazione di secondo grado, in quanto sostanziantesi in attività ufficialmente interpretativa della sentenza, in occasione della quale la legge viene interpretata) non sia obiettivamente eliminabile, se vuole aversi odierna contezza non tanto della singola pronuncia d'interesse ma di come fluisce il sistema del precedente nel suo complesso e nella sua complessità [sul punto, corre nondimeno l'obbligo di rinviare a quanto si dirà *infra*, cap. IV, §§ 3.1, 8].

Bisognerà dunque chiedersi quale sia la tecnica di massimazione preferibile per esporre-riverbalizzare attendibilmente il precedente stabilito nella sentenza dal giudice che ha deciso. In definitiva auspicando un modello autenticamente discorsivo di massima giurisprudenziale, idoneo a rendere adeguatamente edotto l'operatore, seppure in termini essenziali, degli argomenti fondanti il precedente e della fattispecie concreta nel cui contesto il precedente è originato [v. *infra*, cap. IV, § 7.3.1]; nel segno, come già si diceva, di una gestione appropriata dello stesso. Su di un altro versante va poi auspicata l'acquisizione di capacità ri-ordinante della massima; nel segno di una autentica razionalizzazione della giurisprudenza di legittimità (dis-ordinata nella misura in cui non riesce a esercitare pienamente la sua funzione di nomofilachia), e dunque pur sempre dell'appropriatezza nella gestione del precedente [v. *infra*, cap. IV, § 7.3.2].

Vorremmo da ultimo avviare una ulteriore riflessione – piuttosto immediata e generale –, la quale nondimeno può rivelarsi d'accompagnamento, per il lettore, nell'interezza della trattazione. Questo è uno studio che si muove nella dimensione effettuale del diritto, anche con l'obiettivo di illuminarne attori e meccaniche di rilievo. Dimensione che si concreta – non integralmente ma per buona sua parte – nelle attività del giudicare e del massimare: attività che constano di micro-momenti interpretativi, in senso stretto o in senso lato, come tali richiedenti un esercizio di soggettività, tanto insopprimibile quanto necessario.

E chi scrive ritiene – pur senza merito di originalità – che sia importante lavorare per la messa a punto di un metodo condiviso e regolato; beninteso: dal nostro esclusivo angolo visuale, che si sofferma sul *quomodo* gestire il precedente giudiziario, affinché invalgano determinate tecniche di massimazione a valle dell'adozione di determinate tecniche di interpretazione delle sentenze. Probabilmente manca, a tale riguardo, un metodo sufficientemente condiviso e regolato, seppure dal di dentro. Condividerlo a nostro avviso è importante perché solo se uniforme può condurre a risultati più o meno uniformi, e cioè più o meno prevedibili; regolarlo è importante perché, trattandosi di metodo d'esercizio di soggettività, solo se regolato diviene esercizio controllabile e migliorabile. E bisognerebbe avere anzitutto chiaro, al riguardo, che condivisione e regolazione di un metodo implicano ridimensionamento e relativizzazione del proprio ruolo; che accettare un metodo presuppone consapevolezza di muoversi dentro una dinamica corale di lavoro, la quale chiama limite e decentramento, nel prendere la decisione.

E s'intenderà pure come il metodo attenga a un piano sostanzialmente culturale: è questo, peraltro, il piano in cui si misura la maggiore distanza tra il contesto nazionale e quello anglo-americano; non a caso la nostra dottrina da tempo discorre di "cultura del precedente", augurandone una più decisa interiorizzazione, quando per l'appunto con il precedente si abbia a che fare.

PARTE PRIMA

CAPITOLO I

THE DOCTRINE OF BINDING PRECEDENT.
TEORIA E PRATICA

SOMMARIO: 1. Il precedente vincolante anglo-americano. – 1.1. Definizione. – 1.2. Presupposti, spinte e contropunte strutturanti il sistema del precedente. – 1.3. *Stare decisis*. – 2. Operatività supposta ed effettuale della regola. – 2.1. Direzioni del precedente. – 2.2. Oggetto del precedente. – 2.2.1. Struttura delle sentenze inglesi e americane. Non tutto fa precedente. – 2.2.2. A fare precedente è solo la parte che contiene la *ratio decidendi*. – 2.2.2.1. *Ratio* e *holding*. – 2.2.2.2. Astrazione-universalizzazione della regola decisoria concreta-individuale. Misura della *ratio decidendi* come misura del vincolo. – 2.2.2.3. Come determinare che cosa è *ratio decidendi*? – 2.2.2.3.1. Significatività del fatto e interpretazione del precedente. Incidenza della teoria dichiarativistica nell'interpretazione dello *statute* e del precedente di origine statutaria. – 2.2.2.3.2. Defettibilità di una regola di diritto espressa nel testo della sentenza e conseguente rinvenimento della *ratio* implicita. – 2.2.2.4. Nozioni e funzioni dell'*obiter dictum*. – 2.2.2.5. *Rationale*. – 2.2.2.6. Relatività, in punto di *an* e di *quomodo*, dell'operatività del vincolo precedenziale. – 2.3. Sapere, dovere, volere distinguere. – 2.4. Esplicita flessione del vincolo precedenziale: *overruling*. – 2.4.1. Sua ammissibilità e misura nella teoria classica. – 2.4.2. Sua ammissibilità e misura nella pratica contemporanea. – 2.5. Negare il precedente nel suo fondamento: *undermining*. – 2.6. Ipotesi di insussistenza del vincolo, *ab origine* o sopravvenuta. – 2.7. Ulteriori pratiche erosive del precedente. – 2.7.1. *State of authority* del precedente: quanto e come una decisione fa precedente. – 2.8. Fuori dello *stare decisis*. *Quid proprium* dell'esperienza nordamericana. – 2.8.1. *Stare (nondum) decisis*. Quando il giudice decide sulla base di ciò che non è ancora deciso. – 2.8.2. *Stare (postremum) decisis*. Quando il giudice rimane su quanto già deciso per l'ultima volta. – 2.8.2.1. Sue varianti. – 2.8.2.2. Mutamento interpretativo *in pejus*: *prospective overruling* e *mistake of law*. – 3. Presupposti ordinali e organizzativi per l'operatività dello *stare decisis*. – 3.1. Un'unica corte di vertice che seleziona i casi da decidere. – 3.2. Efficaci sistemi di pubblica verbalizzazione e rielaborazione del precedente.

1. *Il precedente vincolante anglo-americano.*

1.1. *Definizione.*

Uno dei fondamenti che intimamente contrassegna, seppure con intensità diversa, i sistemi della tradizione giuridica e giudiziaria di *common law*, è senz'altro la *doctrine of binding precedent*.

Suona difatti *stare decisis et non quieta movere* il relativo assunto, in forza del quale al precedente giudiziario è attribuito valore vincolante. Stando alla lettera del brocardo in parola, certe decisioni precedenti – meglio, la regola di diritto in forza della quale si è precedentemente giudicato – sono idonee a far sorgere, in capo al giudice che si pronunzia in un momento successivo, un obbligo giuridico che consiste, per l'appunto, nel rimanere su quanto deciso. Questo giudice sopravveniente, letteralmente, non deve agitare ciò che è calmo: non può cioè discostarsi dal precedente, ma deve conformarvisi.

La realtà, tuttavia, appare ben più complessa e densa di implicazioni storico-culturali che hanno profondamente condizionato l'evoluzione dottrinale e l'applicazione giurisprudenziale della regola; in particolare, come si vedrà, differenze rilevanti si registrano tra gli stessi sistemi inglese e nordamericano.

Consideriamo comunque preliminarmente che in tanto sembra condivisibile considerare la dottrina del precedente alla stregua di un carattere tipico dei paesi di *common law*, in quanto si chiarisca una premessa concettuale di fondo: la regola *stare decisis* non va confusa con la prassi – più o meno consolidata – di seguire i precedenti. Quest'ultima, infatti, può dirsi coerente con un canone di giustizia direttamente funzionale a garantire il principio di uguaglianza, e insieme la certezza del diritto in termini di prevedibilità delle decisioni, che è proprio di tutta la tradizione giuridica occidentale e non solo, secondo cui casi analoghi dovrebbero essere decisi in modo analogo¹. Si tratta perciò di un *modus decidendi* che, in quanto tale, appartiene anche agli ordinamenti di *civil law*. Diversamente, è la presenza dell'obbligo giuridico di non disco-

¹ Si tratta della istanza fondamentale, che muove «ogni concezione della giustizia»: R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, ed. it. a cura di M. LA TORRE, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, 1998, p. 216.

starsi da un dato precedente ciò che risulta tipico della famiglia di *common law*, e su di un piano anzitutto storico-culturale estraneo ai sistemi di *civil law*², sebbene il richiamo all'obbligo giuridico vada inteso alla

²Se questo è vero senz'altro, guardando alla loro conformazione genetica, deve nondimeno darsi conto di una oramai pluridecennale tendenza di segno opposto: da noi e in diversi altri ordinamenti dei sottogruppi napoleonico e germanistico, cioè, al precedente giudiziario il legislatore attribuisce giuridica rilevanza, là dove non espressa vincolatività. A tale riguardo si possono menzionare, tra gli altri, gli ordinamenti spagnolo, messicano, brasiliano, francese e tedesco. In Spagna l'art. 1 *Código Civil*, nell'elencare le fonti del diritto, non vi annovera la giurisprudenza; tuttavia, alla c.d. *doctrina legal* del *Tribunal Supremo* – ossia la giurisprudenza consolidata della corte suprema – è attribuito ai sensi del comma 6 un ruolo di «completamento» dell'ordinamento giuridico mediante l'elaborazione di principi giurisprudenziali per l'interpretazione e l'applicazione della legge, della consuetudine e dei principi generali del diritto. Ad ogni modo, se si esclude un'efficacia particolarmente pregnante dei principi di diritto enunciati in sede di ricorso nell'interesse della legge – su cui si veda *Tribunal Constitucional*, sent. n. 37 del 19 marzo 2012, in *BOE* n. 88 del 12 aprile 2012 – oggi lì non sussiste formale vincolo precedenziale, a differenza di quanto era previsto dall'art. 1691 *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 1881, non più in vigore, in forza del quale con il ricorso per cassazione ci si poteva dolere, tra l'altro, della «*infracción de ley o de doctrina legal*» nei casi di cui all'art. 1692. Sul precedente spagnolo, in dottrina, v. J. CARRERAS LLANSANA-M. FENECH NAVARRO, *La técnica del recurso de casación*, in *Estudios de Derecho Procesal*, Bosch, 1962, p. 595 s.; V. FERRERES COMELLAS-J.A. XIOL. RÍOS, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009; S. GUASCH FERNÁNDEZ, *El hecho y el derecho en la casación civil*, Bosch, 1998; J.F. LASSO GAITE, *Evolución histórica de la casación civil en España*, in *Rev. Der. Proc. Iber.*, 1971, p. 127 s.; R. LÓPEZ VILAS, *La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico*, Civitas, 2002; J. PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, II ed., Bosch, 2006; M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Del recurso de casación*, in V. CORTÉS DOMÍNGUEZ (diretto da), *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tecnos, 1985, p. 784 s.; J.L. VÁZQUEZ SOTELO, *La casación civil (Revisión crítica)*, Ediser, 1979. In Messico, ai sensi dell'art. 192 commi 1 e 3 *Ley de Amparo* hanno valore vincolante per tutti i giudici inferiori cinque sentenze consecutive di medesimo segno della composizione allargata (*Pleno*) ovvero anche di una Camera (*Sala*) del *Tribunal Superior de Justicia Federal*, nonché le decisioni assunte in composizione allargata che risolvono contrasti giurisprudenziali tra le singole Camere. Costituisce del pari «giurisprudenza vincolante» la decisione con cui il *Tribunal Superior* sana il contrasto tra diversi *Tribunales Colegiados de Circuito*: cfr. al riguardo anche R.B. SCHLESINGER, *Comparative Law*, Foundation Press, 1980, p. 668 s. L'art. 192 comma 2 legge cit. prevede altresì che le pronunzie acquistano la suddetta *authority* solo se prese da almeno otto giudici del

luce della necessaria problematizzazione che accompagna l'intero svolgimento del tema.

Emerge dunque sin d'ora come rispetto a una «domanda sociale che si è fatta sentire a diversi stadi della evoluzione di ogni sistema giuridico» (ossia un'esigenza di certezza nell'uguaglianza, già perseguita con varie modalità nei diversi ordinamenti) la regola dello *stare decisis* costituisca uno strumento formale vincolante che «condensa in sé un modello di risposta istituzionale»³. Rimanendo peraltro, lo anticipiamo, vincolo mai formalizzato, non etero-imposto attraverso atti di

Pleno ovvero da almeno quattro giudici delle singole *Salas*. In Brasile vige la «*súmula vinculante*»: ai sensi dell'art. 927 comma 4 *Novo Código de Processo Civil*, è vincolante per tutti i giudici inferiori la decisione del *Supremo Tribunal Federal* in materia «costituzionale» e del *Superior Tribunal de Justiça* in materia «infracostituzionale», con cui si sana il contrasto tra la legge del singolo stato e legge federale; del pari vincolante la decisione del *Supremo Tribunal Federal* in ordine al contrasto tra norme di legge e costituzionali. L'art. 927 comma 3 legge cit. attribuisce altresì efficacia vincolante alla giurisprudenza in ordine a questioni di «competenza» ovvero a «casi ripetitivi». Sul precedente brasiliano, che molto ha interessato e interessa la sua dottrina, v. L.G. MARINONI, *Precedentes Obrigatórios*, Editoria Revista Dos Tribunais, 2010; D. MITIDIERO, *Corti supreme, precedenti e giurisprudenza nel nuovo c.p.c. brasiliano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, p. 1009 s. In Francia, in materia penale, la *Cour de cassation* decide in composizione allargata (*Assemblée plénière*) allorché la singola sezione intenda disattendere un precedente della stessa Corte ovvero in presenza di un contrasto interpretativo effettivo o potenziale in seno alla giurisprudenza di merito o a quella di legittimità, o tra la prima e la seconda. Sul valore precedente in Francia, v. F. ZENATI, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 102 s., nonché A. BRETON, *L'arrêt de la Cour de Cassation*, *Annales de l'Université de Toulouse*, vol. XXIII, 1975, p. 26 s. In Germania, sempre in materia penale, anche per i riferimenti bibliografici si veda il contributo di R. ORLANDI, *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione "politica" delle corti di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2596 s. Lì il *Bundesgerichtshof* deve essere investito della questione di diritto controversa sia nel caso in cui un *Oberlandesgericht* intenda divergere dall'orientamento di altro *Oberlandesgericht*, sia nel caso in cui la medesima evenienza veda coinvolte due sezioni (*Senat*) del *Bundesgerichtshof*; che in tale ultima ipotesi si riunisce come *Grosse Strafsenate*. Per quanto concerne, infine, la fisionomia dell'ordinamento italiano sul punto, si rinvia al cap. III della presente trattazione; qui basti fare menzione delle modifiche legislative ai codici di rito civile (art. 374 comma 3 e art. 360-bis comma 1 n. 1) e penale (art. 618 comma 1-bis), che hanno attribuito nel nostro sistema un certo valore giuridico formale ai principi di diritto affermati dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione.

³ U. MATTEI, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, Giappichelli, 1991, p. 214.

legislazione diretta, ma auto-imposto dalle stesse corti nella costruzione della pratica giudiziaria.

1.2. *Presupposti, spinte e contropinte strutturanti il sistema del precedente.*

Possiamo avvicinarci allo *stare decisis* anzitutto scontando una certa pluralità di presupposti informativi, di premesse e necessarie conclusioni logico-teoriche, tra loro non sempre convergenti, quando non addirittura divergenti. Lo *stare decisis* è difatti valutabile alla stregua di un dinamismo, in quanto tale frutto giuridico di diverse componenti filosofico-culturali che storicamente si avvicinano e si mescolano. E tra queste spicca senz'altro la c.d. teoria dichiarativa del *common law*.

È bene premettere, a questo punto, che il contesto originario di riferimento è il sistema giuridico inglese, il quale, nella sua accezione primigenia, si presenta come diritto non scritto (*unwritten law*); ciò discende immediatamente dalla sua natura di diritto d'origine giurisprudenziale (*case law*⁴), ossia costituito dall'insieme di *principles* e *legal rules* emergenti dalle decisioni dei giudici piuttosto che da atti di legislazione diretta.

Fondamento astratto-ideale del sistema in parola è per l'appunto la c.d. teoria dichiarativa (o ricognitiva), che intende il diritto – così si esprimeva Francis Bacon – come un *corpus* immutabile, fondato sul buon senso e sulla ragione⁵. La concezione di un diritto che sostan-

⁴Non tutto il *case law*, ossia tutto il diritto prodotto in sede applicativa nel decidere sul caso, diviene *common law*: in argomento, J. GARDNER, *Some Types of Law*, in ID., *Law as a Leap of Faith*, Oxford University Press, 2012, p. 74 s. D'ora in avanti, quando in questo capitolo si farà riferimento al «diritto giurisprudenziale», non s'intenderà il *case law* ma il *common law* (o *judiciary law* o *judge-made law*), conformemente a J.L. AUSTIN, *The Uses of the Study of Jurisprudence*, 1832, in ID., *The Province of Jurisprudence*, The Noonday Press, ed. 1954 con una introduzione di H.L.A. HART, p. 372.

⁵F. BACON, *The Essays*, 1625, J.M. Dent, ed. 1973 a cura di M.J. HAWKINS, p. 316; al riguardo, cfr. anche J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, Oxford University Press, 2000, p. 169.

zialmente non può cambiare, in quanto non cambia la ragione umana di cui è mera manifestazione, genera inevitabilmente la figura di un giudice oracolare, il cui compito è *jus dicere*, non *jus dare*, e dunque giammai creare ma piuttosto scoprire – per dir così – il diritto. Con tale impostazione convive un’idea di diritto inteso come antica consuetudine «esistente *ab immemorabilia*»⁶, altrettanto fissa ed immutabile, e dunque altrettanto inibente sotto il profilo creativo, anch’essa a favore di una funzione puramente dichiarativa, che dunque del pari sancisce la *declaratory nature* del diritto giurisprudenziale anglo-americano.

I riflessi di una tale concezione – cioè concepire il giuridico in una

⁶U. MATTEI, *op. ult. cit.*, p. 89. Sull’origine consuetudinaria del *common law* può riportarsi anzitutto il pensiero di Sir William Blackstone, per il quale i giudici, in quanto oracoli viventi del diritto (inglese) e le sentenze, correlativamente, sono la prova dell’esistenza delle consuetudini del *common law*: lo riportano V. VARANO-V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, VII ed., Giappichelli, 2021, p. 295. Cfr., in argomento, E. LEWIS, *The History of Judicial Precedent*, in *L. Quart. Rev.*, 1930, p. 207 s.; C.K. ALLEN, *Law in the making*, Oxford University Press, 1964, p. 187 s.; R. CROSS-J.W. HARRIS, *Precedent in English Law*, Oxford University Press, 1991, p. 22 s.; W. BIGIAVI, *Appunti sul diritto giudiziario*, 1934, Cedam, rist. 1989 a cura di M. BIN, con note aggiunte dell’autore, p. 116 s. Di *common law* come di «diritto essenzialmente consuetudinario» parla anche H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Franz Deutike, 1960, trad. it. a cura di M.G. LOSANO, *La dottrina pura del diritto*, III ed., Einaudi, 2021, p. 336. Distingue precedente e consuetudine perché il primo «si fonda sull’autorità della ragione» – in quanto fondato su di un complesso procedimento logico bifasico (v. *infra*, § 2.2.2.3) – e la seconda «sull’autorità derivante dall’esperienza», A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Art. 1-9*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca. Disposizioni sulla legge in generale*, II ed., Zanichelli, 2011, p. 706. La matrice consuetudinaria, va da sé, non deve essere confusa con la fonte consuetudinaria – in quanto tale, come ognuno sa, propria anche dei sistemi di *civil law* –, che è fonte del diritto scaturente dalla regolare e costante reiterazione nel tempo di un fare o non fare da parte della generalità dei consociati (c.d. *diuturnitas*), unito al convincimento della sua obbligatorietà in punto di diritto (c.d. *opinio iuris ac necessitatis*); cfr. in proposito V. MARINELLI, voce *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir.*, agg. VI, 2002, p. 9: il sistema del precedente attribuisce rilevanza alla costruzione delle *propositions of law* che si attua *in foro*, non già alle condotte dei soggetti che si protraggano continuativamente nel tempo. Una consuetudine, se mai, entra a far parte del patrimonio del *common law* allorquando si consacrano in uno o più precedenti giudiziari; altrimenti rimane fonte secondaria.

tale maniera – sulla successiva formazione della regola dello *stare decisis* appaiono tanto evidenti quanto controversi. A tal proposito, va infatti evidenziato l'emergere di un profilo problematico sin da questa fase prodromica della *doctrine of binding precedent*, stante che dalla stessa teoria dichiarativa derivano due possibili esiti teoricamente divergenti: da una parte l'alta vincolatività del precedente giudiziario, in quanto prova del diritto immutabile pur nel mutare delle circostanze e dei casi (*id est*: prova di ciò che il diritto è), tale per cui la decisione che non segue il precedente si considera illegittima in quanto resa *ab iniuria*; dall'altra la possibilità di superare il precedente, proprio in forza dello stesso argomento, qualora si ritenga che esso non sia dedotto da quel valore superiore al giudice, che è il diritto di ragione – o antica consuetudine, che dir si voglia – e quindi che sia stato reso esso stesso originariamente *ab iniuria*.

È pertanto percettibile una dialettica implicita tra la corrente giusnaturalista moderna⁷ (aperta a verificare la validità del precedente sulla base della sua conformità a un dettato superiore) e la tradizionale impostazione metodologica dei *common lawyers* classici (più rigorosamente legati all'autorevolezza dei precedenti, agevolmente reperibili nei *reports*)⁸. E però, nonostante l'apparente contraddittorietà della questione, si scorge un effettivo equilibrio: un precedente va seguito; la contropinta (di matrice giusnaturalista) che tende al superamento dello stesso in ossequio a una regola di ordine superiore apre lo spazio per un pacifico *overruling*: un precedente può essere disatteso (e superato), sulla base di principi preesistenti *in natura rerum*, ogni volta che gli stessi non siano stati correttamente osservati. In tal senso disattendere un precedente significa correggere una precedente decisione errata, ossia meglio dichiarare il diritto come veramente è (e non come si credeva che fosse)⁹.

⁷ Il cui fondatore è comunemente ritenuto Huig van Groot (Ugo Grozio, 1583-1645): nel *De jure belli ac pacis* (1625), dai più intesa come sua opera *summa*, il diritto s'identifica nel naturale, cioè nel razionale derivato da Dio, posto che la ragione è la natura dell'uomo; e con l'ordine naturale deve essere coerente.

⁸ Cfr. U. MATTEI, *op. ult. cit.*, p. 217.

⁹ Non vogliamo nemmeno sovradimensionare il portato giusnaturalista che dà maggiore facilità alla revoca del precedente: a partire da Grozio (*supra*, nota 7), difatti, le

Muovendo da queste premesse, la teoria dichiarativa si rinviene già finemente elaborata e consolidata nel pensiero di Sir Edward Coke (1582-1634); un tale modo di intendere il peso del precedente è successivamente riaffermato nella teorizzazione di Sir William Blackstone, esposta oltre un secolo dopo nei *Commentaries* (1765-1769) e divenuta dominante in Inghilterra e nelle colonie¹⁰.

Nel corso del XVIII secolo rimaniamo però ancora lontani, si badi, dall'affermazione di quell'obbligo giuridico che sostanzierà lo *stare decisis* inglese. Questo piuttosto è il tempo – ecco la sintesi finale, per vero poco caratterizzante, del *common law* classico – in cui si consolida la prassi di seguire il precedente in quanto indefettibile corollario di un diritto geneticamente giurisprudenziale, giungendo così al riconoscimento dell'altissimo valore persuasivo (non già vincolante) della decisione giudiziaria¹¹.

1.3. Stare decisis.

Occorre attendere la seconda metà del XIX secolo per assistere all'evoluzione da una tale prassi consolidata all'obbligo giuridico, e dunque all'imporsi del precedente formalmente vincolante nel diritto inglese. Abbiamo inteso, insomma, come lo *stare decisis* sia «fenomeno assente nel *common law* classico»¹².

leggi di natura dovevano presentarsi necessariamente certe e i comportamenti umani massimamente prevedibili, in quanto riflettono la natura (ragione) umana, dunque giammai potendo essere diverse da loro stesse.

¹⁰ V. VARANO-V. BARSOTTI, *op. cit.*, p. 317.

¹¹ Il notevole grado di uniformità delle pronunzie che si rileva nel corso del Settecento è testimoniato in particolare da A.L. GOODHART, *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, in *Yale L. Journ.*, 1931, p. 53.

¹² U. MATTEI, *op. ult. cit.*, p. 218. Cfr. in tal senso anche N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, 2008, p. 116, là dove afferma che «*(the doctrine of stare decisis) is not innate to the system*». Cfr. altresì V. VARANO-V. BARSOTTI, *op. cit.*, p. 293: secondo gli AA., prima del rigido imporsi della regola *stare decisis*, evidentemente il bisogno di certezza era avvertito in misura diversa; basti pensare che fino al XV secolo si discute circa una effettiva vincolatività del precedente, e sostanzialmente si conclude nel senso di negarla: «nessun precedente può avere la stessa forza di ciò che è giusto».

Possiamo peraltro dare conto di una pronunzia di evidente significatività in questa direzione, anticipata nel 1833, riportando quanto concluso dal giudice Parke: «il nostro sistema di *common law* consiste nell'applicare a nuove combinazioni di circostanze fattuali quelle regole giuridiche che deriviamo dai principi giuridici e dai precedenti giudiziari; e per mantenere uniformità, coerenza e certezza del diritto, noi siamo obbligati ad applicare quelle regole, ove non chiaramente irragionevoli e inopportune, a tutti i casi analoghi che si presentano; e non siamo liberi di discostarcene né di abbandonare la loro applicazione analogica ricorrendo ad altre regole non giurisdizionalmente fissate in precedenza, sol perché non le consideriamo tanto opportune e ragionevoli come noi le avremmo potute concepire»¹³.

Ebbene, se già la stabilizzazione della prassi era stata favorita dallo sviluppo e dalla diffusione dei *law reports*¹⁴, congiunto all'elevato ruolo sociale tradizionalmente ricoperto dal soggetto giudicante – legittimato nelle sue funzioni dalla natura sapienziale del potere esercitato –, il passaggio alla netta obbligatorietà della regola avviene in concomitanza della riorganizzazione in senso gerarchico delle corti inglesi ad opera dei *Judicature Acts* del 1873-1875, costituenti un apparato giudiziario piramidale, nell'ambito del quale la regola è in grado di operare strutturalmente¹⁵.

Letto poi nella prospettiva di un più ampio mutamento del clima culturale, si può osservare come l'irrigidimento dello *stare decisis* appaia dovuto principalmente all'irrompere del positivismo giuridico. Accanto a un diritto del precedente, non creato ma scoperto dai giudici, e pertanto – se non male dichiarato – fisso e immutabile in quanto espressione del buon senso e della ragione umana (o di un'antica consuetudine esistente *ab immemorabilia*), si va affermando l'idea di un diritto come legge positiva, creata sì, ma dal Parlamento che rivendica in esclusiva (unitamente al Re) l'esercizio della funzione legislativa; e davanti alla

¹³ *Mirehouse v. Rennell*, [1833], 1 Cl. and Fin. 527 (la traduzione è nostra).

¹⁴ Per un'analisi dei sistemi di raccolta delle sentenze negli ordinamenti inglese e americano, finalizzata a dimostrare come *law reports* accessibili, affidabili e ben strutturati siano *condicio sine qua non* per l'effettivo funzionamento del sistema del precedente, si rinvia al § 3.

¹⁵ *Infra*, § 2.1, in particolare nota 33.