

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2014



Edizioni ETS

MICHELE TARUFFO

ASPETTI DEL PRECEDENTE GIUDIZIALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Che cos'è un precedente. – 3. Dimensioni del precedente. – 3.1. Pluralità di corti supreme. – 3.2. Precedenti sovranazionali. – 4. Che cosa *non* è un precedente. – 5. Efficacia del precedente. – 6. Universalismo *vs* particolarismo. – 7. Un diverso punto di vista.

1. Introduzione

Da quando si è acquisita consapevolezza del fatto che anche nei sistemi di *civil law talvolta* le decisioni di casi successivi si uniformano a decisioni di casi precedenti, soprattutto se queste ultime provengono da corti supreme o superiori¹, l'invocazione al precedente giudiziale è diventata una specie di *mantra* recitato a ripetizione da dottrina², giurisprudenza, ed anche da qualche legislatore³.

¹ Nell'ampia letteratura in argomento cfr. soprattutto, per analisi di carattere comparatistico relative anche a paesi di *civil law*, le relazioni pubblicate in *Precedent and the law*, a cura di E. Hondius, Bruxelles, 2007, e i saggi raccolti in *Interpreting precedents. A comparative study*, a cura di D.N. MacCormick e R.S. Summers, Aldershot-Brookfield-Singapore-Sydney, 1997. V. inoltre TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 709 ss. e ID., *Dimensioni del precedente giudiziario*, *ibidem*, 1994, p. 411 ss., anche per numerose altre indicazioni.

² Con particolare riferimento al diritto penale v. per tutti MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, p. 29 ss. In particolare a proposito del diritto amministrativo cfr. PESCE, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli, 2012.

³ Per limitarci all'Italia, vale la pena di ricordare che nel 2009 viene riformato l'art. 118 disp. att. c.p.c., che riguarda la motivazione della sentenza, nel senso che da allora la motivazione in diritto consiste nella "succinta esposizione delle ragioni giuridiche della decisione, *anche con riferimento a precedenti conformi*" [corsivo aggiunto]. Non è chiaro se per motivare in diritto si possa far riferimento *anche o soltanto* a precedenti conformi, e che cosa accada quando vi siano precedenti difformi, o addirittura questi siano la maggioranza (in proposito v. TARUFFO, *Addio alla motivazione?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 376 ss.). Sul punto il legislatore interviene di nuovo con l'art. 79 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, ove il dubbio viene risolto dicendo che la motivazione in diritto può consistere nell'"esclusivo riferimento a precedenti conformi", con il che la motivazione in diritto viene ridotta sostanzialmente a zero. Per fortuna, in un soprassalto di resipiscenza, questa norma viene soppressa con la legge 9 agosto 2013, n. 98 (anche a questo proposito v. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 378 ss.). Analogamente, l'art. 360-bis, n. 1, c.p.c., pure introdotto nel 2009, dice che il ricorso in Cassazione è inammissibile se la sentenza impugnata ha deciso questioni di diritto "in modo conforme alla giurisprudenza della Corte" e il ricorso non offre "elementi per confermare o mutare

Le ragioni di questo fenomeno sono varie, e possono avere aspetti diversi nei differenti contesti, ma una di esse si impone al di sopra di tutte le spiegazioni: si tratta della *uniformità* nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto, che da tempo costituisce un valore ritenuto fondamentale, una sorta di oggetto del desiderio di quanti si occupano dell'amministrazione della giustizia. Nulla di particolarmente nuovo al riguardo: per limitare il discorso all'Italia basta ricordare il Calamandrei della *Cassazione civile*⁴ o le vicende che hanno portato all'unificazione della Cassazione penale nel 1888 e della Cassazione civile nel 1923⁵, o – ancora – l'art.65 della legge sull'ordinamento giudiziario, tuttora in vigore, ove si dice che la Corte di cassazione “assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge”, oltre a garantire “l'unità del diritto oggettivo nazionale”⁶.

L'uniformità viene dunque considerata come un fine che dovrebbe essere tendenzialmente conseguito in ogni sistema giuridico, e trova varie giustificazioni che vanno dalla necessaria uguaglianza di trattamento di tutti i cittadini quanto alla decisione di casi uguali – o meglio, di casi simili, come si vedrà⁷ – all'opportunità che le decisioni giudiziarie siano prevedibili (anche nella speranza che ciò riduca il numero delle controversie), alla necessità di assicurare la certezza del diritto attraverso la continuità degli orientamenti interpretativi⁸. Ecco che quindi il precedente viene generalmente considerato come lo strumento fondamentale per assicurare la realizzazione di alcuni valori o principi che si considerano essenziali per l'ordinamento giuridico e per la sua coerente attuazione attraverso la giurisprudenza, anche nei sistemi di *civil law* e non solo in quelli di *common law*.

Tuttavia, se si rivolge uno sguardo anche superficiale al complesso panorama dottrinale, giurisprudenziale e normativo che riguarda il precedente, balzano all'evidenza alcuni problemi rilevanti che caratterizzano l'argomento, almeno nelle modalità con cui esso viene solitamente affrontato e discusso. In particolare,

l'orientamento della stessa” (nella ricca letteratura sul punto cfr., anche per riferimenti, CARPI, TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, 8ª ed., Padova, 2015, p. 1492).

⁴ Cfr. CALAMANDREI, *La Cassazione civile. II. Disegno generale dell'istituto*, 1920, in ID., *Opere giuridiche*, vol. VII, Napoli, 1976, p. 57 ss.

⁵ Soprattutto sulla seconda vicenda v. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, p. 181 ss., ed anche ID., *Calamandrei e l'unificazione della Cassazione*, in ID., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991, p. 51 ss.

⁶ In argomento v. TARUFFO, *La Corte di Cassazione e la legge*, in ID., *Il vertice ambiguo*, cit., p. 59 ss., 70 ss., e da ultimo RICCI, *Il giudizio civile di Cassazione*, Torino, 2013, p. 32 ss.

⁷ Al riguardo non bisogna dimenticare la leibniziana *legge degli indiscernibili* secondo la quale due fatti uguali non esistono, e se vi sono due descrizioni uguali allora si tratta dello stesso fatto.

⁸ In proposito v. i contributi citati in nt. 1, e TARUFFO, *Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 35 ss.

ci si imbatte in una serie di equivoci che rendono vaghi, imprecisi, e non di rado inattendibili, molti dei discorsi che vengono fatti intorno al precedente.

2. Che cos'è un precedente

Un primo equivoco, molto rilevante, riguarda ciò di cui si parla quando ci si riferisce al precedente. L'equivoco nasce dal fatto che la parola "precedente" viene usata per indicare oggetti molto diversi tra loro, alcuni dei quali – come ora si vedrà – non hanno nulla a che fare con il precedente in senso proprio.

Una prima distinzione che va tenuta presente è quella che si impone tra "precedente" e "giurisprudenza". Il "vero" precedente, infatti, è costituito o può essere costituito, da *una* decisione che successivamente viene considerata come una regola che si applica anche in casi successivi. Invece, la giurisprudenza è costituita da un *insieme* di decisioni, che può anche essere numeroso – come nel caso della nostra Corte di cassazione – e può includere centinaia o migliaia di sentenze sulle medesime questioni di diritto. Nulla di strano, allora, se la giurisprudenza può essere – e spesso è – ridondante, variabile, ambigua e contraddittoria, perché sulla stessa questione di diritto si possono verificare orientamenti interpretativi diversi e variabili. Estremizzando il discorso (ma non troppo) si può dire che una giurisprudenza come quella prodotta dalla Cassazione italiana è paragonabile ad una specie di immenso supermercato in cui, con la dovuta pazienza, ognuno può trovare ciò che vuole (ed anche il suo contrario)⁹. Da questo punto di vista norme come l'art. 360-*bis*, di cui si è fatto cenno in precedenza¹⁰, hanno il sapore dell'assurdità. Esse mostrano come il legislatore italiano sia completamente all'oscuro di ciò che è un precedente, e neppure sappia in che cosa consiste la giurisprudenza.

Tornando al precedente in senso proprio, bisogna osservare che esso si definisce essenzialmente in funzione di due fattori. Il primo fattore deriva dal fatto che ciò che "fa precedente" non è tutto ciò che si dice nella decisione in questione, bensì la *ratio decidendi*, ossia la regola di diritto a cui il giudice ha fatto riferimento per qualificare giuridicamente la fattispecie oggetto di decisione, e – appunto – per decidere su di essa. Non costituiscono invece precedente gli *obiter dicta*, ossia tutte le argomentazioni o considerazioni che la sentenza contiene ma che non sono direttamente rilevanti per la decisione del caso. Nulla esclude che un giudice successivo faccia riferimento anche ad un *obiter dictum*, ma in questo

⁹ Su questi temi v. più ampiamente TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 713 ss.

¹⁰ V. *supra*, nt. 3.

caso non si tratterebbe di un precedente in senso proprio¹¹. Il secondo essenziale fattore è costituito dalla necessaria *analogia tra i fatti* del primo caso e i fatti del caso successivo¹²: perché in quest'ultimo caso si possa applicare la stessa *ratio decidendi* che ha determinato la decisione nel primo caso, occorre che i fatti dei due casi siano *abbastanza simili*, essendo ovvio – in caso di difformità delle situazioni di fatto – che non si giustificherebbe una decisione secondo quella *ratio decidendi*. In questa situazione, il secondo giudice ricorrerà al c.d. *distinguishing*, ossia alla dimostrazione di tale difformità, con ciò giustificando la non applicazione del precedente.

Sotto questo profilo appare ragionevole un'osservazione che a prima vista può sembrare paradossale, ossia che in realtà è il *secondo giudice* che – per così dire – *crea* il precedente adottando la medesima *ratio decidendi* del caso anteriore. Solo in questa ipotesi, infatti, si può propriamente dire che la prima decisione ha efficacia di precedente nei confronti della seconda. È evidente che il primo giudice può adottare una *ratio decidendi* ipoteticamente universalizzabile, e quindi potenzialmente applicabile anche a casi successivi (come accade per le pronunce delle “corti del precedente” di cui si parlerà più oltre), ma il successo di questa previsione, o speranza, dipende comunque da ciò che decideranno i giudici di questi ulteriori casi¹³. Si noti, d'altronde, che il *distinguishing* non è la sola tecnica di cui il secondo giudice dispone per evitare di seguire il precedente, e quindi per giustificarne l'inefficacia: il giudice inglese dispone infatti di un vasto repertorio di modi in cui può “liberarsi” del precedente¹⁴. Il riferimento ai fatti rimane comunque il fattore determinante per l'applicazione o la disapplicazione del precedente nei casi successivi.

Da ciò deriva una conseguenza rilevante nella prospettiva della definizione del precedente in senso proprio. Essa è che non si ha precedente in senso proprio tutte le volte che il secondo giudice non ragiona intorno ai fatti del suo caso, anche perché la stessa cosa *non* ha fatto il primo giudice. Ciò accade tutte le volte in cui la decisione che si assume come ipotetico precedente non si occupa, in realtà, dei fatti, ma si limita ad enunciare una regola di diritto senza che emerga

¹¹ Su questi concetti, fondamentali ed ovvi nella teoria del precedente, esiste una letteratura vastissima, sulla quale qualunque citazione sarebbe casuale ed incompleta. Nella letteratura italiana vale comunque la pena di vedere i saggi raccolti in *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, a cura di G. Visintini, Padova, 1988, p. 25 ss., 113 ss., 125 ss. V. anche TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, cit., p. 420 ss.

¹² Al riguardo v. ampiamente SERIO, *La rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario inglese*, in *Casistica e giurisprudenza*, a cura di L. Vacca, Milano, 2014, p. 91 ss.; WHITTAKER, *Precedent in english law: a view from the citadel*, in *Precedent and the law*, cit., p. 41 ss.

¹³ Cfr. WHITTAKER, *op. cit.*, p. 42.

¹⁴ Per un'interessante analisi di queste tecniche cfr. MARSHALL, *Trentatre cose che si possono fare con i precedenti*, in *Ragion pratica*, 1996, fasc. 6, p. 29 ss.

alcuna connessione con i fatti di *quel* caso. Nulla di strano: basta pensare alle *massime* che costituiscono di fatto la gran parte della giurisprudenza della nostra Corte di Cassazione a cui si fa di regola riferimento, per avere testi di poche righe in cui si enuncia una regola in termini generali ed astratti, senza alcuna connessione o spiegazione fattuale. D'altronde, la funzione istituzionale della Corte *esclude* – come è noto, almeno in teoria – che essa si possa occupare dei fatti della causa, essendo esclusivamente un giudice – il giudice supremo – della nomofilachia. Senza approfondire qui il tema come forse meriterebbe, questa osservazione sembra costituire una ragione sufficiente per dire che in realtà la Corte di Cassazione non enuncia precedenti in senso proprio.

Occorre tuttavia tener conto del fatto che si è ampiamente diffusa l'abitudine di usare la parola "precedente" non tanto nel suo significato proprio ed originario (che si è appena definito), bensì in un significato generico, impreciso, non rigoroso e sostanzialmente diverso. In sostanza, si parla di precedente a proposito di ogni decisione, di qualunque forma e contenuto – ma il riferimento più frequente è alle sentenze di corti superiori o supreme – che in qualche modo influenzano, o possa influenzare, la decisione di casi successivi¹⁵. In proposito vale la pena di sottolineare che in questo uso del termine "precedente" viene meno qualsiasi riferimento ai fatti che sono stati ad oggetto della prima decisione, e anche ai fatti che sono oggetto delle decisioni successive. Ciò spiega come mai il termine venga usato pure a proposito di decisioni – come quelle della nostra Corte di Cassazione – che non si occupano dei fatti, e addirittura anche a proposito delle massime redatte a cura dell'apposito Ufficio del Massimario. Ne discende, allora, che il precedente può essere costituito da qualsiasi enunciazione relativa alla soluzione di una questione di diritto, e nulla esclude che tale enunciazione non corrisponda affatto alla reale *ratio decidendi* che ha determinato la decisione del primo caso, ma possa consistere – come non di rado accade nelle massime – di qualunque cosa che sia stata detta nella relativa sentenza¹⁶.

3. Dimensioni del precedente

Per intendere correttamente il fenomeno del precedente, e i suoi limiti, è opportuno fare qualche sintetica considerazione intorno alle *dimensioni* che esso può avere¹⁷. La dimensione più rilevante, caratteristica in particolare del

¹⁵ Sulle modalità di questa influenza v. *infra*, par. 5.

¹⁶ Si tratta del fenomeno già da tempo segnalato da SACCO: v. ID., *La massima mentitoria*, in *La giurisprudenza per massime*, cit., p. 53 ss.

¹⁷ In argomento, e per ulteriori riferimenti, cfr. TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, cit., p. 416.

precedente in senso proprio di cui si è appena parlato, è senz'altro la dimensione *verticale*. Essa si connette con la struttura gerarchica dell'organizzazione giudiziaria, che vede al vertice una corte suprema, e varie corti ai livelli inferiori. Il precedente verticale si ha soprattutto a proposito delle sentenze delle corti supreme, in quanto si ritiene che esse possano influenzare le decisioni di tutti gli altri giudici. Questi, in altri termini, debbono uniformarsi ai precedenti delle corti supreme¹⁸, ed è in questo modo, e per questa ragione, che tali precedenti dovrebbero realizzare l'uniformità dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto nell'ambito dell'intero sistema giurisdizionale. È in questa prospettiva, allora, che si parla di vere e proprie "corti del precedente", per significare che la funzione essenziale di queste corti consiste proprio nell'enunciare decisioni destinate a servire come precedenti, ossia come punti di riferimento per tutte le decisioni successive¹⁹. Il modello per certi versi "puro" di una corte del precedente è senz'altro rappresentato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti. Questa corte pronuncia ora solo alcune decine di sentenze all'anno (in tutte le materie, incluse le questioni di costituzionalità), e "decide di decidere" nel merito il ricorso (mentre in tutti gli altri casi dice semplicemente "*certiorari denied*", senza alcuna motivazione), in base ad un potere largamente discrezionale che le consente di scegliere i casi in cui ritiene opportuno pronunciarsi su una questione di diritto, per stabilire un precedente nuovo, per risolvere contrasti di giurisprudenza, o per provvedere all'*overruling* di un proprio precedente²⁰. In sostanza, l'attività della corte è orientata essenzialmente a ciò che si potrebbe definire come "governo dei precedenti".

Soprattutto dopo la riforma intervenuta nel 2001, che ha modificato i §§ 543 ss. della ZPO, anche il *Revisionsgericht* tedesco può essere considerato come una "corte del precedente", poiché il ricorso può essere ammesso solo quando sollevi una questione di diritto che abbia un *grundsätzlich Bedeutung* oppure quando la decisione della corte suprema sia necessaria per l'evoluzione del diritto o la conferma di una specifica giurisprudenza²¹.

¹⁸ Sull'intensità di questo vincolo v. *infra*, par. 5.

¹⁹ In argomento v. TARUFFO, *Le funzioni delle Corti Supreme*, cit., p. 11 ss., MARINONI, *O STJ enquanto corte de precedentes. Recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*, São Paulo, 2013.

²⁰ In proposito v. per tutti BARSOTTI, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino, 1999, e da ultimo BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva "quantistica"*, Milano, 2014, p. 86 ss., anche per numerosi riferimenti bibliografici.

²¹ Cfr. il § 543 della ZPO tedesca. In proposito si osserva giustamente che quindi la funzione della corte non è tanto di decidere casi individuali, quanto di unificare e razionalizzare l'intero sistema della giustizia civile. In questo senso cfr. MURRAY, STÜRNER, *German civil justice*, Durham, 2004, p. 386. Sulla corte suprema tedesca prima della riforma cfr. SONELLI, *L'accesso alla Corte Su-*

È dubbio, invece, che possano considerarsi come vere e proprie corti del precedente quelle corti che, come la nostra Cassazione, hanno soprattutto una funzione *retroattiva*, consistente principalmente nella correzione degli errori di diritto, sostanziale e processuale, *già compiuti* dai giudici inferiori (la c.d. nomofilachia), mentre solo *de facto*, non sempre ed in modo solo eventuale, svolgono una funzione *proattiva* consistente nel formulare regole che potrebbero essere seguite dai giudici dei casi successivi²².

Naturalmente non è possibile escludere che qualche efficacia di precedente venga riconosciuta anche alle decisioni di corti di livello inferiore nell'ambito della stessa gerarchia giudiziaria: ad esempio, la decisione di una Corte d'Appello potrebbe essere richiamata come precedente da giudici di primo grado. La dimensione verticale del precedente opera però, in questo caso, in modo limitativo: esso varrebbe come tale solo per i giudici appartenenti allo stesso distretto; altrimenti, si avrebbe un fenomeno diverso dal precedente in senso proprio.

L'altra dimensione rilevante del precedente è la dimensione *orizzontale*²³, ma a questo proposito occorrono alcune precisazioni. L'esempio più tipico del precedente orizzontale è il c.d. *autoprecedente*, che si ha quando il secondo giudice (ad esempio, una corte suprema) fa riferimento ad un *proprio* precedente. Non è affatto escluso che ciò accada, ed anzi si tratta di un fenomeno frequente nella prassi, ma al riguardo sorge un problema non trascurabile, in quanto normalmente si esclude che il riferimento di una corte ad una *propria* decisione passata abbia davvero efficacia di precedente. Bastino al riguardo pochi esempi. Per quanto riguarda la patria del precedente in senso proprio, ossia l'Inghilterra, va ricordato il *Practice Statement* con il quale nel 1966 la *House of Lords* comunicò che da quel momento non si sarebbe più ritenuta vincolata ai propri precedenti. In effetti negli anni successivi essa si discostò in pochi casi dai suoi precedenti, ma la negazione dell'autoprecedente era quanto mai chiara. Un altro esempio rilevante è, ancora una volta, quello della Corte Suprema degli Stati Uniti: è costante e normale, infatti, che la corte proceda all'*overruling* dei propri

prema e l'ambito del suo sindacato. Un contributo al dibattito sulla Cassazione civile in un'ottica comparatistica, Torino, 2001, p. 82 ss., (e in particolare p. 88 ss., sul significato del criterio di *grundsätzlich Bedeutung*).

²² In proposito v. più ampiamente TARUFFO, *Le funzioni delle Corti Supreme. Cenni generali*, in *Ann. dir. comp. e st. leg.*, 2011, p. 11 ss. A proposito della *Cour de Cassation* francese CADIET parla di una funzione *jurisprudentielle et normative*, alludendo al fatto che la corte pronuncia sentenze possibilmente destinate ad essere seguite dagli altri giudici (cfr. CADIET, *Le rôle institutionnel et politique de la Cour de Cassation en France: tradition, transition, mutation?*, in *Ann. dir. comp. e st. leg.*, 2011, p. 191 ss.).

²³ V. TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, cit., p. 417, anche per riferimenti relativi ai punti successivi del testo.

precedenti, tutte le volte che essa ritiene – per le ragioni più diverse – che il precedente debba essere abbandonato²⁴. Un ulteriore esempio interessante, infine, è costituito dalla nostra Corte di Cassazione, che in una pronuncia recentissima²⁵, nega che nel nostro sistema esista lo *stare decisis* (ossia, pare di intendere, il precedente vincolante) ed in particolare nega che la stessa Corte sia tenuta a seguire i propri precedenti, neppure quando si tratti di decisioni pronunciate dalle Sezioni Unite.

3.1. Pluralità di corti supreme

Dal precedente verticale e dal precedente orizzontale si discostano altri fenomeni che pure hanno a che fare in vario modo con il precedente, e meritano qualche ulteriore considerazione.

Il primo di questi fenomeni si verifica quando nello stesso ordinamento sono presenti più corti supreme, come ad esempio, nel caso italiano, la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato²⁶. Nulla esclude che le decisioni di queste corti possano avere efficacia per i giudici delle rispettive giurisdizioni, ma se una di esse fa riferimento alla decisione di un'altra corte suprema non si ha certamente un precedente verticale, ma neppure un precedente orizzontale, trattandosi appunto di giurisdizioni distinte.

Situazioni peculiari si verificano, poi, a proposito delle corti costituzionali o – più in generale – della decisione di questioni di costituzionalità. Al riguardo occorre distinguere a seconda che ci si trovi in un sistema in cui il controllo di costituzionalità è *diffuso*, ovvero in un sistema in cui il controllo di costituzionalità è *accentrato* e viene svolto da apposite corti autonome rispetto al sistema giurisdizionale ordinario. Nel primo caso, e ancora una volta l'esempio

²⁴ È di particolare interesse un'indagine empirica di cui si dà conto in BRENNER-SPAETH, *Stare Decisis. The Alteration of Precedent in the Supreme Court. 1946-1992*, N.Y. 1995, p. 10 ss., 29 ss., dalla quale risulta la frequenza con cui la Corte Suprema procede all'*overruling*. Farber e Shelly (*Judgment Calls. Principle and Politics in Constitutional Law*, Oxford 2009, p. 63 ss., 81) danno, occupandosi della giurisprudenza della Corte in materia costituzionale, un'immagine relativamente ottimistica del valore del precedente, secondo la quale parrebbe che l'*overruling* si verifici abbastanza di rado, ma non possono negare la sua esistenza (oltre al fatto che non mancano orientamenti contrari a riconoscere al precedente qualsiasi valore). D'altronde, già nel 1921 Benjamin Nathaniel Cardozo, in una delle sue *Yale Lectures*, diceva che la regola del precedente non andava abbandonata ma doveva essere "*in some degree relaxed*", e che il precedente non doveva essere seguito quando apparisse incoerente "*with the sense of justice or with the social welfare*". Egli segnalava inoltre la tendenza della Corte Suprema, e delle corti superiori di vari Stati, a subordinare "*the precedent to justice*", e a rovesciare le loro decisioni "*when manifestly erroneous*" (cfr. CARDOZO, *The Nature of Judicial Process*, New Haven MDCCCCXXI, p.150, 158, 160).

²⁵ Cfr. Cass. civ., sez. VI, 9 gennaio 2015, n. 174.

²⁶ In particolare sul precedente nella giustizia amministrativa v. ampiamente PESCE, *op. cit.*, p. 29 ss., 103 ss., 143 ss., 177 ss.

più immediato è offerto dagli Stati Uniti, la Corte Suprema che occupa il vertice del sistema giurisdizionale è unica, e decide *anche* le questioni di costituzionalità. Peraltro, queste questioni vengono decise anche da tutti gli altri giudici, a partire da quelli di primo grado, con le ordinarie modalità processuali, sicché la Corte Suprema se ne occupa (quando lo ritiene opportuno, come già si è detto) solo come *corte di ultima istanza*. La sua decisione ha naturalmente efficacia diretta nel caso specifico, ma non ha nessun effetto abrogativo, e costituisce soltanto un *normale precedente* (evidentemente verticale) che potrà essere seguito dai giudici successivi.

Se invece, come nel caso italiano, la Corte Costituzionale è autonoma e non fa parte dell'ordinamento giurisdizionale ordinario, la situazione è evidentemente diversa. Non è dubbio, invero, che alle sue decisioni, quale che ne sia lo specifico contenuto (di accoglimento o di rigetto), e al di là della loro specifica efficacia all'interno del procedimento in cui è sorta la questione di legittimità costituzionale, viene solitamente attribuita la capacità di orientare o di determinare le decisioni dei giudici successivi²⁷. Si può escludere, tuttavia, che si tratti di precedenti in senso proprio: tali decisioni non sono precedenti orizzontali (rispetto alle altre corti supreme dell'ordinamento, che sono al vertice di giurisdizioni distinte), né autoprecedenti, poiché si esclude pacificamente che una corte costituzionale sia vincolata ai propri precedenti, ma neppure precedenti verticali, poiché non vi sono giudici di rango direttamente subordinato rispetto alla Corte Costituzionale. Tutti i giudici sono vincolati dalle pronunce della Corte che dichiarano l'illegittimità di una norma ordinaria, ma questo è l'effetto tipico di quelle pronunce, non è un effetto di precedente. Si può ulteriormente osservare, in proposito, che la Corte Costituzionale si occupa di norme e di interpretazioni di norme²⁸, non di fatti e della loro qualificazione, sicché le sue decisioni costituiscono in realtà precedenti soltanto nel senso ampio che si è indicato più sopra. Tutto ciò non impedisce, peraltro, che la Corte Costituzionale partecipi attivamente ad un "gioco di squadra", insieme con le altre giurisdizioni, fondato da un lato sull'"uso giudiziario" della Costituzione che viene fatto dalle corti ordinarie, e dall'altro lato sulla attività con cui la stessa Corte si rende protagonista – con varie modalità – dell'evoluzione generale del sistema giuridico²⁹.

²⁷ In proposito cfr. già PIZZORUSSO, *Stare decisis e Corte Costituzionale*, in *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, a cura di G. Treves, Torino, 1971, p. 31 ss. (oltre agli altri saggi raccolti nello stesso volume); ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Roma, 1985.

²⁸ V. per tutti GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2005, p. 267 ss.; ID., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, p. 330 ss.

²⁹ In proposito v. ampiamente, e per numerosi riferimenti, LAMARQUE, *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte Costituzionale e giudici comuni*, in *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocar e D. Pulitanò, Milano, 2012, p. 37 ss.

3.2. Precedenti sovranazionali

Le considerazioni svolte finora si sono basate sulla premessa che il fenomeno del precedente sorga all'interno di specifici ordinamenti giuridici nazionali. Occorre tuttavia tener conto della complessa realtà costituita dall'esistenza di corti sovranazionali di varia natura, e delle conseguenze che possono ricollegarsi alle loro pronunce. Si intuisce facilmente che il tema è troppo ampio e complesso per essere qui affrontato con l'approfondimento che meriterebbe³⁰. Tuttavia, rimanendo rigorosamente nell'ambito di un discorso sul precedente, vale la pena di fare sintetico riferimento ad almeno due fenomeni di notevole rilevanza.

Il primo di questi fenomeni riguarda gli effetti delle decisioni di corti istituite da convenzioni o trattati internazionali: gli esempi più importanti sono la Corte Europea dei diritti dell'uomo, la Corte interamericana dei diritti dell'uomo istituita con il Patto di San José de Costarica, e per molti aspetti anche la Corte di Giustizia della UE e le corti penali internazionali. È noto che le decisioni di queste corti hanno un'efficacia che può definirsi *diretta* in ordine alla specifica controversia che viene decisa e nei confronti degli Stati coinvolti nelle controversie³¹, ma non è questo ciò che particolarmente interessa in questa sede. L'aspetto rilevante di queste decisioni è che esse costituiscono dei precedenti nei confronti di tutti i giudici degli Stati di volta in volta coinvolti nelle controversie, ma anche nei confronti dei giudici degli Stati che hanno aderito alla rispettiva convenzione o al rispettivo trattato, i quali vengono a configurarsi come appartenenti ad un sistema giudiziario per certi versi omogeneo (nelle materie regolate da tali convenzioni e trattati)³². In proposito si può probabilmente parlare di precedenti in senso proprio, sia perché essi presentano una dimensione verticale, essendo diretti ai giudici in certo senso "inferiori" appartenenti a quel sistema, sia perché la loro applicazione a casi successivi si fonda solitamente sull'analogia delle situazioni di fatto cui si riferiscono la decisione anteriore e i casi successivi.

³⁰ In argomento v. da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, LAMARQUE, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 727 ss. Con riferimento al diritto penale cfr. in particolare MANES, *op. cit.*, p. 77 ss., 131 ss.

³¹ A proposito delle decisioni della Corte di Giustizia della UE v. per tutti D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di Giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*, Torino, 2012, p. 212 ss., 314 ss.

³² Con riferimento alla Corte Europea dei diritti dell'uomo v. in particolare ZAGREBELSKI, *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo; fatto e diritto alla luce dei precedenti*, in *La fabbrica delle interpretazioni*, cit., p. 61 ss. In generale sui precedenti delle corti europee in materia penale v. MANES, *op. cit.*, p. 28 ss., ed inoltre DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011.

Il secondo dei fenomeni che qui meritano di essere richiamati va da qualche tempo sotto il nome di *judicial globalization*. Si tratta della tendenza, che negli ultimi anni ha ricevuto manifestazioni sempre più numerose, a far riferimento a decisioni rese da corti appartenenti ad altri ordinamenti. Esso si manifesta soprattutto al livello delle corti supreme e delle corti costituzionali, che adottano argomentazioni utilizzate da altre corti del medesimo livello, soprattutto in decisioni relative all'interpretazione e alle garanzie dei diritti fondamentali³³. Si intende facilmente che qui non si è di fronte a precedenti in senso proprio, né verticali né orizzontali, dato che si tratta di riferimenti a decisioni rese in ordinamenti *diversi*. Tuttavia, non si può disconoscere l'importanza di questo fenomeno, dal quale emerge la tendenza "globalizzante" a far capo a principi comuni (intesi come universali) per creare una giurisprudenza possibilmente costante e coerente nella protezione dei diritti fondamentali³⁴.

4. *Che cosa non è un precedente*

L'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto viene perseguita con varie tecniche. Alcune si fondano, come si è appena visto, sul precedente, inteso in senso proprio o in senso ampio, mentre altre tecniche non vanno confuse con il precedente (anche se spesso i relativi discorsi sono troppo generici e danno luogo ad equivoci).

Una tecnica peculiare, che sta avendo un certo successo in alcuni ordinamenti, si fonda su enunciazioni formulate da corti o tribunali supremi con il fine di determinare l'interpretazione di disposizioni legislative, eliminando eventuali dubbi che sono sorti o possono sorgere al riguardo. Queste enunciazioni hanno efficacia vincolante per tutti i giudici successivi (e di solito anche per tutti gli organi pubblici) in ogni caso che ricada nel campo di applicazione delle norme interpretate. Non mancano esempi significativi di queste tecniche: un esempio rilevante era costituito dalle *direttive* che venivano emanate dalla corte suprema dell'URSS, e che oggi vengono emanate dalla cassazione cubana, e tuttora dalla

³³ Cfr. MARKESINIS, FEDKE, *Judicial recourse to foreign law. A new source of inspiration?*, London, 2006; IDD., *Engaging with foreign law*, Oxford-Portland, 2009, p. 134 ss., 159 ss.; SLAUGHTER, *Judicial globalization*, in *Virginia journal of international law*, vol. 40, 1999-2000, p. 1103 ss.; TARUFFO, *Globalization, Processes of judicial*, in *Enc. of law & society. American and global perspectives*, a cura di D.D. Clark, Los Angeles a.o., 2007, vol. 2, p. 656; BAHDI, *Globalization of judgment: transjudicialism and the five faces of international law in domestic courts*, in *The George Washington international law review*, vol. 34, 2002-2003, p. 555 ss.

³⁴ Ciò non toglie che vi siano casi, come quello degli Stati Uniti e quello della Francia, di ordinamenti che non partecipano a questa tendenza, sia pure per ragioni rispettivamente diverse. In proposito v. ampiamente MARKESINIS, FEDKE, *Engaging with foreign law*, cit., p. 187 ss.

corte suprema della Federazione Russa³⁵. Queste direttive non nascono da decisioni relative a casi specifici, ma da decisioni in senso lato “normative”, essendo finalizzate a stabilire come vanno interpretate determinate norme. Non pare, quindi, che esse possano essere assimilate a dei precedenti.

Una tecnica sorprendentemente analoga (non risulta, infatti, che il legislatore brasiliano si sia ispirato al modello sovietico) è quella che oggi (dopo una riforma costituzionale del 2004) si fonda sulle *súmulas vinculantes*. Si tratta di massime che il *Supremo Tribunal da Justiça* enuncia, dopo una riunione dei suoi membri che votano al riguardo (con una maggioranza di due terzi), quando si tratta di risolvere contrasti interpretativi sorti nella giurisprudenza dei tribunali inferiori. Esse sono vincolanti per tutti i giudici, ed anche per gli altri organi pubblici. Anche le *súmulas* brasiliane hanno natura di atti in senso lato “normativi”, e non vengono enunciate in occasione della decisione di casi specifici. Anche in questo caso, dunque, non sembra appropriato far riferimento al concetto di precedente, neppure in senso molto ampio³⁶.

5. Efficacia del precedente

Un aspetto molto rilevante del precedente giudiziale riguarda la sua efficacia, ossia la capacità che esso ha di influenzare – o addirittura di determinare – la decisione di casi successivi. Si dice spesso che il precedente ha efficacia *vincolante*³⁷, ma questa definizione appare impropria, oltre a produrre confusioni con pronunce che non sono precedenti, come quelle esaminate nel par. 4.

In effetti, vi sono varie ragioni per escludere che il precedente, se correttamente inteso, abbia davvero un’efficacia vincolante nei confronti dei giudici dei casi simili successivi.

Una di queste ragioni deriva dalla teoria delle fonti: si può sostenere infatti, ad es. nell’ordinamento italiano, che la Costituzione esclude che i precedenti siano vincolanti, ossia che i giudici abbiano un vero e proprio *obbligo* di seguirli³⁸; sarebbe anzi incostituzionale una norma ordinaria che mirasse ad introdurre nel nostro diritto la regola del precedente vincolante³⁹. Ciò non esclude che

³⁵ Cfr. RUDOVKAS, *Precedente giudiziario come fonte di diritto nell’ordinamento giuridico della Federazione Russa*, in *Casistica e giurisprudenza*, cit., p. 129 ss.

³⁶ In argomento v. HIGASHIYAMA, *Teoria do direito sumular*, in *Rev. de processo*, 2011, p. 74 ss.; BAHIA, *As súmulas vinculantes e a Nova Escola da Exegese*, ivi, 2012, p. 362 ss.

³⁷ Cfr. ad es. MARINONI, *op. cit.*, p. 154, 162 ss.; PESCE, *op. cit.*, p. 153 ss.

³⁸ V. da ultimo Cass. civ., sez. VI, 9 gennaio 2015, n. 174 (v. nt. 25 e ivi nel testo), e cfr. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 480.

³⁹ Cfr. GUASTINI, *ibidem*.

l'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto venga considerata come un valore da perseguire nel nostro ordinamento⁴⁰, ma ciò non implica affatto che a tal fine si possa o si debba considerare il precedente come vincolante.

Un altro argomento di rilievo è di carattere comparatistico, e deriva dalla considerazione che il precedente non è davvero vincolante neppure negli ordinamenti che tipicamente si fondano su di esso, ossia l'Inghilterra e gli Stati Uniti. Quanto all'Inghilterra, si è già visto che il giudice dispone di un ampio repertorio di strumenti dei quali può servirsi per discostarsi dal precedente⁴¹, e il *Practice Statement* del 1966 – di cui si è pure già parlato – vale anche per la *Supreme Court* che da qualche anno ha preso il posto della *House of Lords* al vertice dell'ordinamento giudiziario inglese. Dunque, in sostanza, il giudice inglese disattende il precedente quando ritiene opportuno farlo al fine di giungere ad una decisione più giusta⁴². Quanto agli Stati Uniti, non solo la Corte Suprema esercita il potere di discostarsi dai suoi precedenti tutte le volte che lo ritiene opportuno, come si è già visto, ma ogni giudice ad ogni livello ha la possibilità di non uniformarsi al precedente quando ritiene che ciò lo condurrebbe ad una decisione ingiusta ed inaccettabile nel caso specifico⁴³. Nei vari ordinamenti di *civil law*, oltre al nostro, di regola non si attribuisce al precedente alcuna efficacia vincolante, anche se si riconosce che i precedenti possano influenzare le decisioni successive⁴⁴.

È chiaro, peraltro, che negare in linea generale che il precedente abbia efficacia vincolante non significa dire che esso non ha *nessuna* efficacia. Bisogna invece riconoscere che esso può avere una sua *forza* nei confronti dei giudici successivi. Si tratta, in altri termini, di ammettere che il precedente può *influenzare*, ma non formalmente *determinare* le decisioni di questi giudici. Parlare di forza del precedente significa allora riconoscere che esso ha un'efficacia puramente *persuasiva*⁴⁵, e quindi considerare che questa efficacia può sussistere in *gradi* molto diversi a seconda di come operano vari fattori, come ad es. la struttura dell'ordinamento giurisdizionale, la funzione svolta dalle varie

⁴⁰ Così infatti Cass. civ., S.U., ord. 6 novembre 2014, n. 23675, ove si afferma, con varia argomentazione, che tale valore dovrebbe essere realizzato soprattutto in materia processuale, poiché in essa sarebbero maggiori gli inconvenienti derivanti da un'eccessiva variabilità della giurisprudenza.

⁴¹ V. *supra*, nt. 13 e ivi nel testo.

⁴² Cfr. BANKOWSKI, MACCORMICK, MARSHALL, *Precedent in the United Kingdom*, in *Interpreting precedents*, cit., p. 325 ss.; TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 716.

⁴³ Cfr. SUMMERS, *Precedent in the United States (New York State)*, in *Interpreting precedents*, cit., p. 369 ss.

⁴⁴ Cfr. i saggi di ALEXY-DREIER, AARNIO, ENG e BERGHOLZ-PECZENIK, in *Interpreting precedents*, cit., p. 17 ss., 65 ss., 189 ss., 293 ss.

⁴⁵ Cfr. in particolare PECZENIK, *The binding force of precedent*, in *Interpreting precedents*, cit., p. 461 ss.; GUASTINI, *op. ult. cit.*, p. 480.

corti e in particolare dalle corti supreme, l'autorevolezza di queste corti, il pregio delle argomentazioni con cui viene giustificata la decisione del precedente, la corrispondenza di questa decisione con i valori che ispirano l'ordinamento giuridico del luogo e nel momento in cui essa viene presa, la possibilità che essa induca i giudici successivi a prendere decisioni giuste, e così via.

Ne deriva la conseguenza che in linea di massima il giudice successivo non è mai veramente obbligato a sottomettersi al precedente. Piuttosto, egli è obbligato a *giustificare* adeguatamente la sua decisione quando sceglie di *non* uniformarsi al precedente, esprimendo le ragioni per le quali compie questa scelta⁴⁶. Non si ha quindi un obbligo di applicare il precedente, bensì un obbligo di motivare la decisione nella quale il precedente non viene applicato. È *questo* obbligo che può avere maggiore o minore intensità nei vari ordinamenti, e viene avvertito come più forte nei sistemi in cui vige lo *stare decisis*, e nei quali vi sono vere e proprie corti del precedente, mentre viene avvertito in maniera più debole e flessibile nei sistemi nei quali – invece che con precedenti in senso proprio – si ha a che fare con una giurisprudenza che, come accade in Italia, è pletorica, variabile e spesso contraddittoria.

Bisogna peraltro osservare che la *forza persuasiva* di una decisione, ossia la sua capacità di influenzare decisioni successive, può esistere anche a proposito di decisioni che non possono considerarsi precedenti in senso proprio (e forse neppure in senso lato). È possibile d'altronde distinguere, rispetto – appunto – alle decisioni che in qualche modo costituiscono precedenti, altre decisioni che tuttavia possono costituire punti di riferimento per decisioni successive perché possono essere prese ad *esempio per tali* decisioni⁴⁷. La loro funzione, invero, non è di indicare una regola che dovrebbe essere seguita in altri casi, ma semplicemente di indicare che una certa norma è stata applicata in un certo modo in quel caso. Si possono dare anche esempi *negativi*, ossia decisioni che risultano erronee o infondate, che quindi non dovrebbero essere prese a modello. In tal caso il giudice successivo fa riferimento ad un tipo di decisione che rifiuta come erroneo o ingiusto.

Sintetizzando le situazioni più rilevanti in cui si può parlare di esempi, e non di precedenti, si possono ricordare i casi in cui una corte fa riferimento a decisioni di corti dello stesso livello (come nel caso di più corti supreme del medesimo ordinamento, di cui si è fatto cenno in precedenza), o anche casi in cui

⁴⁶ Cass. civ., S.U., ord. 6 novembre 2014, n. 23675, condivide questa prospettiva affermando che il giudice che non segue il precedente deve addurre “buone ragioni” per giustificare la sua scelta (ragioni che dovrebbero essere “ottime” in materia processuale).

⁴⁷ Su questa distinzione v. più ampiamente TARUFFO, *Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria*, in *Scritti per Uberto Scarpelli*, a cura di L. Gianformaggio e M. Jori, Milano, 1998, p. 783 ss.; ID., *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 720 ss.

una corte fa riferimento alla decisione di un giudice di rango inferiore. Peraltro, il caso più rilevante, e per molti versi più interessante, di riferimento ad esempi, è quello della *judicial globalization* di cui pure si è fatto cenno più sopra: è chiaro, infatti, che se la corte suprema di un Paese fa riferimento a una decisione pronunciata da una corte suprema di un altro Paese, ciò non ha nulla a che fare con il precedente. Tuttavia, proprio questo fenomeno rende evidente come vi possano essere esempi che in realtà manifestano una rilevante forza persuasiva su decisioni successive⁴⁸.

6. *Universalismo vs particolarismo*

Nelle pagine che precedono si è seguita la prospettiva che pare largamente prevalente, secondo la quale l'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto è un valore fondamentale, e la funzione principale che si attribuisce alle corti supreme è di assicurare che tale valore venga conseguito attraverso la produzione e la gestione di precedenti che dovrebbero condizionare la decisione dei casi successivi. Si vede facilmente che questa prospettiva è comune a vari ordinamenti, e che essa si fonda – in maniera più o meno esplicita – su una immagine ideale dell'ordinamento giuridico secondo la quale esso dovrebbe essere sincronicamente coerente, uniforme e statico, e dovrebbe anche assicurare che tutte le controversie che sorgono al suo interno vengano risolte nel modo il più possibile unitario. Rimane ai margini dell'orizzonte concettuale che caratterizza questa prospettiva l'eventualità che all'interno dell'ordinamento vi siano eccezioni e variazioni, e si ammette, ma senza attribuirvi particolare importanza, la possibilità che il sistema si evolva, e quindi si modifichi, nel tempo. Nulla di particolarmente nuovo in tutto ciò: si tratta della immagine di "Un ordinamento giuridico perfettamente omogeneo, unitario, ordinato" che secondo Vittorio Frosini "non esiste che nelle astrazioni dei giuristi formalisti, ma non appartiene al mondo reale dell'esperienza giuridica"⁴⁹. Se poi si considera il compito che in questa immagine viene assegnato alle corti supreme, emerge anche una dimensione spiccatamente burocratica – e sostanzialmente autoritaria – del funzionamento del sistema. Invero, le corti supreme occupano i vertici delle rispettive piramidi giudiziarie e – come in tutte le strutture burocratiche accentrate – tutto il vero potere si colloca al vertice, e da lì discende condizionando il comportamento dei soggetti (nel nostro caso i giudici) che, essendo collocati ai livelli inferiori, sono subordinati a ciò che dice il vertice.

⁴⁸ V. più ampiamente TARUFFO, *opp. ult. cit.*

⁴⁹ Cfr. FROSINI, *Ordine e disordine nel diritto*, Napoli, 1979, p. 23.

D'altronde, la corte suprema finisce con l'essere più importante dello stesso legislatore: costui produce norme generali ed astratte, ma è la corte che stabilisce il "vero" significato di queste norme e tendenzialmente lo impone a tutti i giudici inferiori.

Questa immagine rappresenta un caso specifico, tuttavia molto importante, di ciò che nella teoria generale del diritto si usa chiamare "universalismo giuridico", ossia la concezione secondo la quale il diritto sarebbe costituito da norme generali ed astratte. Queste norme, inoltre, dovrebbero essere applicate in modo uniforme dai giudici attraverso la "sussunzione" in esse dei singoli casi particolari⁵⁰. Peraltro, l'universalismo è da tempo oggetto di varie critiche, fondate soprattutto sulla considerazione che la decisione giudiziaria non è mai soltanto il frutto dell'applicazione meccanica di norme generali, dato che la loro interpretazione ed applicazione dipende direttamente dalla complessità del caso specifico che è oggetto di decisione⁵¹. Basta considerare, in proposito, che di regola sono i fatti sui quali il giudice deve decidere che condizionano e determinano l'interpretazione e l'applicazione delle norme che regolano il caso⁵². Emergono allora prospettive diverse ed alternative rispetto all'universalismo, che si raccolgono sotto la denominazione comune di "particolarismo giuridico"⁵³. L'idea fondamentale del particolarismo è – appunto – che la decisione giudiziaria deve tener conto soprattutto⁵⁴ delle circostanze specifiche – i c.d. *particulars* – del singolo caso concreto⁵⁵. Nelle versioni più moderate del particolarismo non si esclude che la decisione tenga comunque conto anche delle norme riferibili al caso⁵⁶, fermo rimanendo che sono soprattutto le circostanze del caso a determinare l'interpretazione delle norme.

⁵⁰ Nell'ampia letteratura in argomento cfr. in particolare BOUVIER, *Particularismo y derecho. Un abordaje postpositivista en el ámbito práctico*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012, p. 19 ss., 38 ss. Cfr. inoltre PALAZZO, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Napoli, 2011; GROSSI, *Universalismo e particolarismo nel diritto*, Napoli, 2011; SACCO, *Il diritto tra uniformazione e particolarismi*, Napoli, 2011.

⁵¹ Cfr. in vario senso gli autori citati nella nota precedente.

⁵² In proposito v. più ampiamente TARUFFO, *Il fatto e l'interpretazione*, in *La fabbrica delle interpretazioni*, cit., p. 123 ss. In una prospettiva analoga cfr. BIN, *op. cit.*, p. 22 ss.

⁵³ V. soprattutto BOUVIER, *op. cit.*, p. 58 ss., 175 ss., 309 ss., 349 ss., ma anche gli scritti cit. nella nt. 48 e TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Bari, 2009, p. 200 ss.

⁵⁴ In alcune versioni estreme si afferma che il giudice dovrebbe tener conto *soltanto* di queste circostanze, senza riferirsi ad alcuna norma, ma queste versioni sono ovviamente inaccettabili nel contesto di un ordinamento giuridico in cui viga il principio di legalità.

⁵⁵ Cfr. soprattutto i saggi raccolti in *The universal and the particular in legal reasoning*, a cura di Z. Bankowski e J. MacLean, Aldershot, 2006.

⁵⁶ Cfr. ad es. MACCORMICK, *Particulars and universals*, in *The universal*, cit., p. 3 ss.; WALKER, *The burden of universalism*, ivi, p. 53 ss.

Senza estendere ulteriormente in questa sede⁵⁷ l'analisi della visione particolaristica della decisione giudiziaria, vale la pena di sottolineare che da tale visione derivano almeno due conseguenze importanti per il discorso che qui si va svolgendo.

La prima di queste conseguenze è che, nel momento in cui si insiste sul rilievo essenziale che rivestono i fatti in quanto *particulars* del singolo caso concreto ed in quanto fattori determinanti per l'interpretazione e l'applicazione delle norme che il giudice assume come criterio di decisione, emerge una chiara connessione con la concezione originaria e rigorosa del precedente in senso proprio di cui si è detto in precedenza. Se infatti, come si è visto, l'applicazione del precedente da parte del secondo giudice si fonda essenzialmente sull'analogia che costui rileva tra i fatti del caso che deve decidere e i fatti che sono stati oggetto della decisione anteriore, emerge in tutta evidenza che il precedente in senso proprio implica necessariamente l'esame e la considerazione dei *particulars* dei due casi. Per così dire, la concezione originaria del precedente si iscrive a pieno titolo in una prospettiva particolaristica.

La seconda conseguenza rilevante riguarda la maniera in cui si configura la struttura dell'ordinamento giuridico. È facile vedere, infatti, che ci si trova di fronte a due modelli, o paradigmi, divergenti. Da un lato, il paradigma universalistico fa capo ad un modello piramidale in cui è tendenzialmente un solo vertice a "dire il diritto" in modo vincolante per tutti e *once and forever*. In questo modo, inoltre, il diritto viene "detto" enunciando formule ad alto grado di astrazione, senza considerare un cosa ovvia, ossia che più si sale verso l'alto nella scala delle astrazioni più si perde di vista la realtà concreta. Il paradigma particolaristico, invece, non implica un sistema piramidale governato rigidamente da corti supreme, e fa invece riferimento ai livelli inferiori dell'amministrazione della giustizia, ossia soprattutto ai giudici di primo grado, poiché sono questi giudici che tipicamente debbono occuparsi dei fatti, e dunque dei *particulars*.

Si tratta dunque di paradigmi divergenti, anche se non necessariamente contraddittori. È ben possibile, infatti, ed è ciò che accade di regola, che essi convivano – sia pure determinando una tensione rilevante⁵⁸ – all'interno dello stesso sistema giuridico⁵⁹. Da un lato, dunque, vi può essere il paradigma universalistico incentrato sulla formulazione e l'interpretazione di regole generali ed astratte; dall'altro lato vi è il paradigma particolaristico incentrato sulla considerazione dei fatti particolari del caso concreto. Nulla esclude che vi sia

⁵⁷ In proposito v. più ampiamente TARUFFO, *Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia*, cit., p. 42 ss.

⁵⁸ PALAZZO, *op. cit.*, p. 7 ss., parla a questo proposito di "tensione vitale" e di "dinamismo complesso", senza escludere (p. 10) che ciò possa convertirsi in una conflittualità esasperata.

⁵⁹ Più ampiamente in proposito v. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 44 s.

qualche correlazione tra i due paradigmi, se si ammette che l'attenzione necessaria per i *particulars* si coniughi con l'individuazione di regole tendenzialmente universali applicabili ad una pluralità di casi. D'altronde, la situazione prevalente in ogni singolo ordinamento giuridico si colloca nello spazio esistente tra i due paradigmi, e a seconda dei casi può essere più vicina al paradigma universalistico o al paradigma particolaristico. Ad esempio, si può sostenere che il diritto penale sia più vicino al paradigma particolaristico ma debba tendere verso il paradigma universalistico in vista dell'attuazione di valori universali e della tutela dei diritti umani⁶⁰. In altre aree dell'ordinamento sembra possibile che il diritto sia relativamente più orientato verso il particolarismo, specialmente quando si tratta di dare adeguata considerazione alle situazioni sociali, culturali ed economiche dei soggetti coinvolti, soprattutto quando questi oggetti sono "deboli" e i loro diritti fondamentali hanno bisogno di essere particolarmente tutelati. Da questo punto di vista possono esservi varie ragioni, giuridiche e metagiuridiche, per interpretare diversamente le stesse norme in situazioni concrete differenti. In ragione di questa possibile varietà di situazioni varia anche la funzione che si assegna al precedente e il modo in cui si determina il grado della sua efficacia: sarà allora maggiore la forza condizionante del precedente se ci si trova in un sistema dominato dal paradigma universalistico, rigorosamente orientato verso il valore dell'uniformità, mentre il paradigma particolaristico implica precedenti più "deboli", dovendo essi riferirsi a realtà fattuali diverse, variabili nel tempo e nello spazio.

7. Un diverso punto di vista

La considerazione che necessariamente deve essere data al paradigma particolaristico rende evidente che quando ci si riferisce al "diritto" non è possibile limitarsi a ciò che se ne dice da parte di coloro che seguono rigidamente il paradigma universalistico, se non a costo di perdere di vista il "mondo reale dell'esperienza giuridica"⁶¹. Questo, però, può essere considerato come un primo passo verso una considerazione più realistica di questo "mondo reale" e della natura che il precedente assume in questa "esperienza". Tale considerazione può forse concretizzarsi nell'adozione di un paradigma diverso, che tenga adeguatamente conto del *disordine* che caratterizza l'ordinamento giuridico nella sua complessità. Il tema del disordine dell'ordinamento non è certamente nuovo

⁶⁰ In questo senso v. PALAZZO, *op. cit.*, p. 11 ss., 17, 24 ss., con una valutazione sostanzialmente negativa del particolarismo penale.

⁶¹ Cfr. FROSINI, *op. cit.*, *loc. cit.*

nella teoria del diritto⁶², e si incentra sulla considerazione che il diritto non è costituito solo da norme (e tanto meno solo da un sistema di concetti), ma anche da decisioni, atti amministrativi, contratti, lodi arbitrali, convenzioni e trattati internazionali, e così via, e quindi è irriducibilmente eterogeneo⁶³. D'altronde, quand'anche si prendesse solo in considerazione il livello delle norme, ci si troverebbe di fronte a fattori rilevanti di complessità e di disordine. Da un lato, analizzando solo le *fonti* del diritto italiano (e quindi escludendo giurisprudenza⁶⁴, atti privati, atti amministrativi e *soft law*⁶⁵) si scopre che esse si distinguono in non meno di 19 tipi⁶⁶. Dall'altro lato, nessuno conosce il numero degli atti legislativi in vigore, e alcune stime danno risultati impressionanti, oscillando dai 40.000 ai 150.000 atti⁶⁷, sicché – anche qualora si volesse prescindere dai numerosi e talvolta risibili difetti che caratterizzano la produzione normativa in Italia⁶⁸ – pare evidente che ci si trova di fronte ad una situazione di immenso disordine⁶⁹, in chiaro contrasto con qualsiasi idea di ordine e coerenza. In effetti, se si può ammettere che questa idea sia una valida e condivisibile *aspirazione* in ogni ordinamento giuridico, non si può fare a meno di constatare che nella realtà gli ordinamenti giuridici – e l'Italia è un buon esempio, ma non l'unico – sono dominati dal disordine. Allora, però sembra che la via migliore per affrontare il problema non sia quella di tentare di esorcizzare il disordine del diritto con concetti o paradigmi astratti come quelli offerti dall'universalismo giuridico, quanto quella di pensare a qualche diverso paradigma che consenta di conoscere meglio la realtà.

Tra le varie possibilità, una opzione che pare ragionevole consiste nel far riferimento alle teorie del caos (o dei sistemi complessi)⁷⁰. A parte la loro origine scientifica e matematica⁷¹, a queste teorie si fa riferimento anche per l'analisi di fenomeni sociali⁷², dato che sistemi complessi si incontrano in numerose aree

⁶² Cfr. ad es. FROSINI, *op. cit.*, p. 19 ss.; VAN DE KERKHOVE, OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, 1988, p. 160 ss.; BIN, *op. cit.*

⁶³ Cfr. VAN DE KERKHOVE, OST, *op. cit.*, p. 49 ss.

⁶⁴ Nel senso che i precedenti costituiscono fonti del diritto cfr. invece PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, 2^a ed., Bologna-Roma, 2011, p. 705 ss., 723 ss.

⁶⁵ In argomento v. BIN, *op. cit.*, p. 38.

⁶⁶ Cfr. GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., p. 80 ss., e ivi l'ampia analisi delle diverse fonti (v. p. 271 ss., 307 ss., 414 ss., 494 ss., 549 ss., 587 ss., 615 ss.). Analogamente cfr. l'ampissima analisi di PIZZORUSSO, *op. cit.*, p. 353 ss., 431 ss., 491 ss., 643 ss., 747 ss.).

⁶⁷ Cfr. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Bari, 2002, p. 20.

⁶⁸ In proposito cfr. AINIS, *op. cit.*, p. 10 ss., 135 ss.

⁶⁹ A proposito del mutato sistema delle fonti del diritto penale cfr. in particolare MANES, *op. cit.*, p. 14 ss., 19.

⁷⁰ In una prospettiva diversa, ma per molti aspetti condivisibile, cfr. BIN, *op. cit.*, p. 18 ss., 55 ss.

⁷¹ Nell'ampia letteratura in argomento cfr. ad es. SMITH, *Caos*, trad. it., Torino, 2008.

⁷² Cfr. PRIGOGINE, STENGERS, *La nuova alleanza. Metamorfosi della scienza*, trad. it., Torino, 1999, p.175.

della vita sociale, economica, politica e culturale⁷³. Non è difficile vedere, d'altronde, che il diritto – così come lo si è ora descritto – presenta proprio i caratteri fondamentali di un sistema caotico. Si tratta certamente di un sistema complesso in senso proprio, essendo composto da più parti che interagiscono in vari modi ma comunque in maniera non semplice, e che cambia nel tempo⁷⁴. Nel suo insieme, il sistema è caratterizzato dalla crescente tendenza al disordine entropico⁷⁵, ma le teorie del caos concordano nel sottolineare che all'interno del disordine complessivo possono emergere momenti di ordine determinati da vari fattori: in sostanza, il caos non è totale e non investe tutte le aree del sistema, il quale appare piuttosto come un insieme complesso di elementi caotici, e quindi di disordine, e di momenti nei quali cessa il disordine e si creano strutture ordinate. Come è stato detto, dal mare del caos emergono isole di ordine⁷⁶, sicché l'equilibrio tra ordine e disordine si colloca “*at the edge of the chaos*”⁷⁷. Un aspetto essenziale è che il sistema è dinamico, si muove e si sviluppa secondo la freccia del tempo, e quindi la formazione delle isole di ordine è casuale, mobile, mai definitiva e aperta al cambiamento: ciò determina l'evoluzione del sistema⁷⁸. L'idea che nel sistema caotico si verifichino aree di ordine può forse rendere meno preoccupante lo spettro di un sistema in perenne disordine dominato dall'entropia, spettro che spaventa giuristi, giudici e legislatori e li spinge – come si è detto all'inizio – a porre l'uniformità dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto come valore fondamentale dell'ordinamento giuridico, anche se – come pure si è detto – questo valore è, nella migliore delle ipotesi, difficilmente conseguibile. Per esorcizzare questo spettro sarà opportuno accennare brevemente a come isole di “ordine giuridico” possano sorgere all'interno del diritto in continuo disordine.

Le teorie del caos forniscono utili suggerimenti in proposito. Con una terminologia che deriva dall'origine chimico-matematica di queste teorie, le zone di ordine che sorgono dal disordine vengono comunemente definite come *strutture dissipative*⁷⁹. Esse nascono essenzialmente da eventi che vengono chiamati

⁷³ Cfr. TAYLOR, *The moment of complexity. Emerging network culture*, Chicago-London, 2003, p. 141.

⁷⁴ Su questi aspetti cfr. TAYLOR, *op. cit.*, p. 141 ss., 158.

⁷⁵ Cfr. FROSINI, *op. cit.*, p. 19. Sull'entropia nel diritto v. in particolare BIN, *op. cit.*, p. 61 ss. Alla formazione del disordine entropico coopera l'imprevedibilità della giustizia e dell'amministrazione, su cui v. AINIS, *op. cit.*, p. 27.

⁷⁶ Cfr. WEISSERT, *Representation and bifurcation: Borges's garden of chaos dynamics*, in *Chaos and order. Complex dynamics in literature and science*, a cura di N.K. Hayles, Chicago-London, 1991, p. 224.

⁷⁷ Cfr. TAYLOR, *op. cit.*, p. 146, 165; analogamente PRIGOGINE, STENGERS, *op. cit.*, p. 187.

⁷⁸ Per la concezione del disordine come permanente possibilità di nuovi ordini “minori”, tra loro collegati o dissociati, o anche accumulati e ridondanti, cfr. FROSINI, *op. cit.*, p. 20 ss., 24 ss.

⁷⁹ Cfr. ad es. PRIGOGINE, *Le leggi del caos*, trad. it., Bari, 1993, p. 15 ss.; PRIGOGINE, STENGERS, *op. cit.*, p. 148; PORUSH, *Fiction as dissipative structures. Prigogine's theory and postmodernism's roadshow*, in *Chaos and order*, cit., p. 56 ss.

biforcazioni, e che si verificano quando un elemento del sistema che si muove nel tempo, dovendo optare per due o più alternative possibili, ne adotta una, e continua a muoversi in quella direzione sino a che si propone una ulteriore biforcazione⁸⁰. In sostanza, la biforcazione determina un “nuovo punto” di ordine nella fluttuazione del sistema, ed è l’insieme delle biforcazioni a creare, al contempo, la dinamica del sistema e il sorgere di aree di ordine all’interno di questa dinamica.

Senza approfondire oltre questi concetti nell’ambito delle teorie del caos, si può osservare che essi forniscono un utile punto di vista per l’analisi di quel particolare sistema caotico che è il diritto. Più specificamente, le strutture dissipative che si creano per effetto delle biforcazioni corrispondono ai momenti nei quali all’interno del sistema complessivo (caotico e dinamico) si creano delle zone “locali” – e temporanee – di ordine⁸¹. Ciò può avvenire per varie ragioni, come ad es. l’introduzione di una nuova norma che tende ad essere applicata successivamente, oppure l’abrogazione di una norma, o altri eventi che riguardano questo o quel punto delle fonti del diritto. In questo contesto si può peraltro sottolineare che il precedente corrisponde bene all’idea di una struttura dissipativa: è il frutto di una biforcazione, nel senso che opta per una alternativa tra le varie interpretazioni possibili di una norma, o enuncia una nuova interpretazione, e tende a stabilire un’area di ordine, se e nella misura in cui viene seguito in decisioni successive, ossia in quanto sia in grado di rendere uniformi queste decisioni. Per così dire: fino a quando dura, e a seconda di quante e quali decisioni successive lo seguono, il precedente crea un’isola di ordine – ossia di *uniformità* – all’interno del disordine complessivo. Questa isola di ordine non è né stabile né eterna, sorge con modalità largamente casuali – dovute alle “fluttuazioni” del sistema⁸² – ed è destinata a venir meno per effetto di biforcazioni successive⁸³. Tuttavia, e malgrado questi limiti, si tratta pur sempre di un importante fattore di ordine all’interno del caos del diritto.

Se, in conclusione, fosse possibile indicare con una metafora letteraria che cosa sono i precedenti nell’ambito di un diritto che fluisce in crescente disordine lungo la freccia del tempo, si potrebbe dire che essi sono *isole nella corrente*. Isole, instabili, provvisorie, limitate nello spazio, e tuttavia rappresentano tutto l’ordine che si può creare in un diritto caotico.

⁸⁰ L’idea della biforcazione era già stata anticipata da Jorge Luis Borges in un racconto del 1941 (cfr. BORGES, *Il giardino dei sentieri che si biforcano*, in ID., *Finzioni*, trad. it., Torino, 1955, p.79 ss.), ma viene poi utilizzata dalle teorie del caos per spiegare la dinamica fondamentale dei sistemi. Cfr. PRIGOGINE, *op. cit.*, p. 16 ss., 81; PRIGOGINE, STENGERS, *op. cit.*, p. 173 ss., 187; WEISSERT, *op. cit.*, p. 234 ss.; PORUSH, *op. cit.*, p. 59; TAYLOR, *op. cit.*, p. 150; SMITH, *op. cit.*, p. 70 ss.

⁸¹ Cfr. WEISSERT, *op. cit.*, p. 232, ed in senso analogo FROSINI, *op. cit.*, p. 19 s.

⁸² Cfr. PRIGOGINE, STENGERS, *op. cit.*, p. 170 ss.

⁸³ BIN, *op. cit.*, p. 81 ss., sottolinea giustamente come l’efficacia di un precedente, per quanto autorevole esso sia, può benissimo venir meno a causa di una successiva decisione che prende una direzione diversa.