

ALMA MATER STUDIORUM - UNIVERSITA' DI BOLOGNA

DOTTORATO DI RICERCA IN  
**STATO, PERSONA E SERVIZI NELL'ORDINAMENTO EUROPEO ED  
INTERNAZIONALE**  
CICLO XXVIII

SETTORE CONCORSUALE DI AFFERENZA: 12/C1 - DIRITTO COSTITUZIONALE

SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE: IUS/08 - IUS/09

**IL VALORE DEL PRECEDENTE  
GIURISPRUDENZIALE  
NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE**

---

**Presentata da:** *Dott. Alessandro Martinuzzi*

**Coordinatore del Dottorato**

Prof. Andrea Morrone

**Relatore**

Prof.ssa Elena Ferioli

**Correlatore**

Prof. Andrea Morrone

Esame Finale anno 2016

*Per la realizzazione di questo lavoro mi corre l'obbligo di ringraziare il Prof. Andrea Morrone per la considerazione e la pazienza dedicatami e il Prof. Giuseppe de Vergottini per i preziosi consigli e gli spunti che hanno orientato tutti i miei studi. Sento fortemente di ringraziare anche la Professoressa Elena Ferioli per avermi motivato ad affrontare un dottorato di ricerca e per aver curato la mia esperienza accademica, condividendo sacrifici e soddisfazioni, nonché la Professoressa Susanna Mancini per avermi aperto gli orizzonti della comparazione.*

## SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	5
CAPITOLO I: ANALISI STORICA DELLE ORIGINI DEL VINCOLO AL PRECEDENTE.....	12
<b>1. Il valore del precedente nella tradizione giuridica anglosassone .....</b>	<b>12</b>
i. <i>Il predicato giurisdizionale come strumento di accentramento del potere .....</i>	<i>12</i>
ii. <i>L'eredità di Francis Bacon: il processo induttivo .....</i>	<i>23</i>
iii. <i>Il rapporto tra il positivismo giuridico e la dottrina di stare decisis .....</i>	<i>33</i>
iv. <i>L'importanza della motivazione come estrinsecazione della ratio .....</i>	<i>47</i>
v. <i>L'influenza dell'introduzione dei Law reports sull'utilizzo dei precedenti .....</i>	<i>50</i>
vi. <i>Il breve periodo del vincolo rigido al precedente e la prevalenza del modello statunitense .....</i>	<i>53</i>
<b>2. Il valore del precedente nella tradizione giuridica romanistica.....</b>	<b>65</b>
i. <i>L'esperienza romana fino a Diocleziano.....</i>	<i>65</i>
ii. <i>La frammentarietà delle fonti giuridiche come presupposto del ricorso al precedente in epoca medievale.....</i>	<i>69</i>
iii. <i>Lo studio del diritto come criterio di differenziazione del valore dei precedenti tra '600 e '700.....</i>	<i>79</i>
iv. <i>Valore e caratteristiche dei precedenti italiani tra '800 e '900.....</i>	<i>85</i>
<b>3. I mutamenti del ruolo del giudice nell'epoca moderna.....</b>	<b>95</b>
i. <i>Dallo Stato Liberale allo Stato di Welfare: il primo passaggio che ha cambiato il ruolo dei giudici. ....</i>	<i>95</i>
ii. <i>Dalle controversie private alla giustizia degli interessi diffusi e collettivi: il secondo passaggio che sta cambiando il ruolo dei giudici .....</i>	<i>106</i>
CAPITOLO II: PROSPETTIVA TEORICA E INQUADRAMENTO DOTTRINARIO .....	112
<b>1. Il rapporto tra norme, interpretazione e precedenti giurisprudenziali.....</b>	<b>112</b>
i. <i>Il concetto di diritto e le fonti di informazioni giuridicamente rilevanti.....</i>	<i>112</i>
ii. <i>La conoscenza del diritto e dei precedenti giurisprudenziali .....</i>	<i>117</i>
iii. <i>La fonte giurisprudenziale come filtro di «depurazione» normativa .....</i>	<i>129</i>
iv. <i>Profili critici di legittimazione normativa della fonte giurisprudenziale.....</i>	<i>133</i>
<b>2. Il concetto di "precedente" come strumento del giudice e per il giudice: la chiave per il dialogo fra le corti .....</b>	<b>143</b>
i. <i>La differenza tra "precedente" e "sentenza" .....</i>	<i>143</i>
ii. <i>Il problema della sempre crescente massa di precedenti.....</i>	<i>153</i>
iii. <i>Il problema della pubblicazione delle sentenze: massimari e reports a confronto.....</i>	<i>156</i>
iv. <i>Il rapporto tra gli aspetti formali dei precedenti e gli strumenti per la loro conoscibilità .....</i>	<i>167</i>
v. <i>Il dialogo interno tra le corti come "fucina" del precedente .....</i>	<i>169</i>

<b>3. La giurisprudenza come "fonte" consuetudinaria .....</b>	<b>174</b>
i. <i>La consuetudinarietà in un contesto procedimentalizzato.....</i>	174
ii. <i>La forza della consuetudine nell'interpretazione costituzionale .....</i>	184
iii. <i>La consuetudine giurisprudenziale come criterio di interpretazione della legge.....</i>	188
i. <i>La ricerca della ratio decidendi.....</i>	193
ii. <i>La verifica del rapporto tra la sentenza e i precedenti.....</i>	204
<b>CAPITOLO III: PROSPETTIVA EMPIRICA E ANALISI GIURISPRUDENZIALE .....</b>	<b>207</b>
<b>1. Legittimazione funzionale e il significato <i>erga omnes</i> dei precedenti di Cassazione .....</b>	<b>207</b>
i. <i>Il rapporto tra le categorie del giudizio di Cassazione e la funzione nomofilattica: una questione di precedenti.....</i>	222
<b>2. Il precedente giudiziario nel rapporto tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale .....</b>	<b>235</b>
i. <i>La funzione nomofilattica alla prova di costituzionalità .....</i>	253
ii. <i>La compatibilità tra il valore del precedente di cassazione e la soggezione del giudice soltanto alla legge .....</i>	255
iii. <i>Il ruolo della Corte Suprema alla prova di costituzionalità .....</i>	262
<b>CAPITOLO IV: NATURA DEL VINCOLO E CONSEGUENZE GIURIDICHE DELL'INOSSERVANZA DEL PRECEDENTE .....</b>	<b>272</b>
<b>1. La responsabilità dei giudici per errata interpretazione del diritto.....</b>	<b>273</b>
i. <i>Il rapporto tra la Legge Vassalli e la forza dei precedenti.....</i>	274
ii. <i>L'ineludibilità della responsabilità per errata interpretazione del diritto e le successive proposte anteriori alla riforma del 2015.....</i>	282
iii. <i>L'innovazione della riforma del 2015: la responsabilità per errata interpretazione del diritto europeo.....</i>	287
iv. <i>Una nuova responsabilità del magistrato per inosservanza dei precedenti? .....</i>	294
<b>2. Le conseguenze giuridiche dell'inosservanza del precedente in ambito processuale .....</b>	<b>296</b>
i. <i>La conformità ai precedenti come "filtro" delle impugnazioni.....</i>	296
ii. <i>La conformità ai precedenti come parametro di giudizio ai fini della condanna alla lite temeraria.....</i>	306
iii. <i>La conformità ai precedenti come limite alla dottrina dell'interpretazione conforme.....</i>	309
<b>3. Il precedente come limite processuale in prospettiva comparata.....</b>	<b>326</b>
i. <i>Il valore del precedente nell'ordinamento spagnolo .....</i>	326
ii. <i>Il valore del precedente nell'ordinamento tedesco .....</i>	332
iii. <i>Il valore del precedente nell'ordinamento inglese .....</i>	341
iv. <i>Il valore del precedente nell'ordinamento francese .....</i>	343

CAPITOLO V: I CENTRI DI ELABORAZIONE GIURIDICA E LA FORZA ISTITUZIONALIZZANTE DELLA GIURISDIZIONE .....	350
1. <b>Gli Osservatori sulla Giustizia italiani</b> .....	<b>350</b>
2. <b>L’American Law Institute e lo European Law Institute</b> .....	<b>356</b>
3. <b>I Comitati Giudiziari della Repubblica Popolare di Cina</b> .....	<b>361</b>
CAPITOLO VI: CONCLUSIONI .....	366
1. <b>La rinascita processuale di uno strumento avverso: il precedente come chiave del dialogo giudiziario</b> .....	<b>366</b>
2. <b>Prospettive ortonomiche di legittimazione normativa tra modelli di <i>civil law</i> e <i>common law</i></b> .....	<b>370</b>
3. <b>La fonte giurisprudenziale tra disincanto ideologico e ingenuità comparativa</b> .	<b>386</b>
BIBLIOGRAFIA .....	395

*[...] è nelle sue istituzioni giuridiche che le caratteristiche di un paese civilizzato sono più chiaramente rivelate, non solo e non tanto nel suo diritto sostanziale quanto nella pratica e nella procedura seguita nei suoi tribunali. La procedura legale è un ... rituale estremamente significativo da un punto di vista sociale<sup>1</sup>.*

Charles J. Hamson,

## INTRODUZIONE

L'obiettivo della presente ricerca trae origine dall'esigenza di indagare il significato acquisito dal precedente giurisprudenziale in un tipico ordinamento post-costituzionale a diritto codificato come è quello italiano.

Il presupposto generale attorno al quale la ricerca si sviluppa è che l'esercizio della giurisdizione contribuisce significativamente a chiarificare e a definire il diritto applicabile vigente. L'utilità di tale contributo, tuttavia, tende ad estendersi al di fuori dei termini di risoluzione della controversia ingenerando nel giudice la consapevolezza di offrire un riferimento imprescindibile per tutti i consociati.

Infatti, dietro all'esigenza di fissare un precedente nella giurisprudenza risiedono diversificati interessi pubblici che vanno da quello meramente processuale di ridurre le istanze di impugnazione per favorire una migliore amministrazione della giustizia, a quello di offrire linee guida ai giudici del merito sulla corretta applicazione della crescente congerie di atti legislativi (e para-legislativi) in una prospettiva di maggiore omogeneità e di migliore tutela dell'eguaglianza; dall'interesse a ponderare la ragionevolezza dell'attività del legislatore in un sistema a poteri separati, a quello di far avanzare l'evoluzione del diritto vigente al fine di tutelare i diritti fondamentali.

---

<sup>1</sup> HAMSON, *In Court in Two Countries: Civil Procedure in England and France*, London: TIMES, Nov. 15, 1949: "it is in its legal institutions that the characteristics of a civilized country are most clearly revealed, not only and not so much in its substantive law as in the practice and procedure of its courts. Legal procedure is a ... ritual of extreme social significance".

L'intento della ricerca muove, quindi, dalla constatazione che in nessun ordinamento, né di tradizione giuridica di *civil law*, né, tanto meno, in quelli di *common law*, il giudice sia riuscito a limitare la propria attività a quella meccanica applicazione delle disposizioni legislative pretesa dalla Rivoluzione francese.

Come affermò il giudice Benjamin Cardozo nel 1924, «[n]emmeno un po' della diffidenza e dell'ostilità che avvolgono l'attività creativa delle corti nella mente dei cittadini, se non in quella dei giuristi, è dovuto alla prevalente considerazione che la legge sia la fonte tipica e che la funzione del giudice sia quella di applicare al fatto rilevato un precetto che, per essere compreso, deve solo essere letto»<sup>2</sup>. In altre parole, per usare un'espressione di Dawson, il rapporto tra giudici e diritto non si risolve e non si può risolvere in una raffinata forma di "ventriloquismo tecnico"<sup>3</sup>. Al di là di ogni considerazione sulla separazione dei poteri, il declino del positivismo metodologico post-illuminista ha comportato l'affievolimento della fiducia nel linguaggio naturale ad esprimere significati precettivi univoci, lasciando spazio ad ampia letteratura sulle teorie dell'interpretazione.

In un contesto nel quale le tecniche legislative dell'epoca delle grandi codificazioni si sono rivelate non più idonee a rendere conoscibili le norme dell'ordinamento, è, infatti, l'attività interpretativa del giudice che finisce per costituire il presupposto principale per l'estrinsecazione del valore precettivo della legge (vedi *infra* cap. II). L'avvento delle giurisdizioni costituzionali e di quelle internazionali, così come il diffuso ricorso a forme di abrogazione implicita, hanno riposto nell'interprete il compito di rilevare quelle che qualcuno ha definito "norme intruse"<sup>4</sup>, non soltanto ai fini della risoluzione della singola controversia, ma altresì per offrire a tutti i consociati uno strumento di conoscenza del "diritto vivente" di fondamentale importanza nella preservazione del principio di diritto. Si fa, prevalentemente, riferimento ai precedenti fissati dalla Corte Suprema i quali, in virtù della posizione apicale che questa occupa nell'ordinamento giudiziario (cfr. *infra* § III.1), tendono ad essere espressione di una funzione nomofilattica che troppo spesso viene considerata

---

<sup>2</sup> CARDOZO, *The Growth of the Law*, New Haven: Yale University Press, 1924, p. 135.

<sup>3</sup> DAWSON, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, Michigan University Press, 1968, pp. 410-11.

<sup>4</sup> GUASTINI, *In tema di "conoscenza del diritto"*, in *Foro it.*, 1987, V, pp. 376-386.

mero retaggio del passato, mentre, oggi più che mai, è sentita l'esigenza di una uniforme interpretazione del diritto.

Non si tratta, quindi, di rilevare la sussistenza di una contrapposizione tra poteri dello Stato, né di accrescere la insulsa retorica attorno al concetto di "giudice-legislatore" che, pur continua oggi a suscitare tanto interesse. L'attenzione è, invece, rivolta su come i diversi profili di utilità del precedente giurisprudenziale tendano ad influenzare l'ordinamento. La forza istituzionalizzante della giurisdizione ha consentito, infatti, l'elaborazione e l'emersione di principî di diritto dotati di sufficiente cogenza da non potersi più inquadrare attraverso la lente della mera persuasività. Tale prospettiva, come noto, manifesta il suo limite principale nel non riuscire a distinguere il valore del precedente giurisprudenziale da quello della dottrina, rimettendo tutto alla libera valutazione discrezionale del giudice, il quale potrebbe, in teoria, anche non prendere in considerazione affatto tali elementi.

La realtà, a ben vedere, mostra un quadro molto diverso, se non altro, per gli effetti che l'ordinamento impone come conseguenza del discostamento dai maggiori orientamenti giurisprudenziali (vedi *infra* cap. IV), specie a seguito delle recenti tendenze di riforma del processo, anche costituzionale, che hanno caratterizzato gran parte dei paesi europei e non solo.

Va notato, peraltro, che, da un punto di vista diacronico, l'importanza del precedente giurisprudenziale non costituisce soltanto un connotato dell'epoca contemporanea. Infatti, è stato rilevato dallo studio storico comparato sull'utilizzo dei precedenti nella tradizione giuridica romanistica e in quella anglosassone (vedi *infra* cap. I) che in entrambi i sistemi si è, in varia misura, sempre fatto largo ricorso alla fonte giurisprudenziale come strumento affidabile di conoscenza del diritto vigente. Come si vedrà meglio nel corso della trattazione, ciò che ha poi portato alla differenziazione del modello di *civil law* da quello anglosassone di *common law* non è stato tanto il valore vincolante o meno del precedente e neppure, forse, le grandi codificazioni dell'epoca moderna, quanto il modo di formazione del giurista che, nell'Europa continentale, avveniva nelle Università, mentre, in Inghilterra, si svolgeva nelle c.d. *Inns of Court*.



A ben vedere, la costante espansione del ruolo del giudice rappresenta una caratteristica comune di entrambi i sistemi. Tale fenomeno ha, in effetti, assunto una dimensione globale.

Secondo Mauro Cappelletti<sup>5</sup>, questa tendenza è dovuta a due ragioni principali. La prima è costituita dall'incredibile aumento dell'attività parlamentare – prevalentemente legislativa – della nostra epoca. Per quanto possa sembrare paradossale, l'espansione della legislazione ha condotto ad un parallelo sviluppo del diritto giurisprudenziale. L'"alluvione" di diritto legislativo costituisce, infatti, soltanto un aspetto della generale tendenza espansiva dello Stato<sup>6</sup>.

Dal momento che anche la migliore stesura di un testo normativo lascia lacune da colmare, così come ambiguità ed incertezze da risolvere in sede interpretativa<sup>7</sup>, la tendenza a quella che è stata definita "bulimia" legislativa<sup>8</sup> ha inevitabilmente condotto al costante incremento dell'area nella quale la giurisprudenza è chiamata ad operare.

La seconda causa che, secondo Cappelletti, ha contribuito ad espandere lo scopo della giurisprudenza è costituita dalla tendenza, diffusa in diversi paesi, verso l'adozione e l'attuazione giudiziaria di dichiarazioni dei diritti fondamentali. Indubbiamente, una carta dei diritti giudizialmente applicabile consegna ai giudici un potente strumento per limitare l'attività dei parlamenti in via interpretativa. In effetti, la

---

<sup>5</sup> CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford: Clarendon Press, 1989, pp. 10-16; v. anche BOGNETTI, *Sistemi Giuridici Comparati*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Roma: Treccani, 1998, VIII, pp. 44- 56.

<sup>6</sup> In questo senso si veda anche CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1982, p. 99 ove si legge: «As the “sources of law” expand, so, it would seem, does judicial power».

<sup>7</sup> Cfr. le considerazioni di James Madison, *The Federalist No. 37*, p. 255, (a cura di Cynthia Brantley Johnson, 2004): “All new laws, though penned with the greatest technical skill, and passed on the fullest and most mature deliberation, are considered as more or less obscure and equivocal, until their meaning be liquidated and ascertained by a series of particular discussions and adjudications. Besides the obscurity arising from the complexity of objects, and the imperfection of the human faculties, the medium through which the conceptions of men are conveyed to each other, adds a fresh embarrassment... [N]o language is so copious as to supply words and phrases for every complex idea, or so correct as not to include many equivocally denoting different ideas. Hence, it must happen that however accurately objects may be discriminated in themselves, and however accurate the discrimination may be considered, the definition of them may be rendered inaccurate by the inaccuracy of the terms in which it is delivered. And this unavoidable inaccuracy must be greater or less, according to the complexity and novelty of the objects defined.”.

<sup>8</sup> L'espressione è usata dal giudice Luciana Breggia in BERTI ARNOALDI VELI, *Gli Osservatori sulla Giustizia Civile ed i Protocolli di Udienza*, Bologna: Il Mulino, 2011.

costante espansione del ruolo delle corti è strettamente correlata al massiccio aumento della domanda di giustizia; nuove generazioni di diritti e la grave incertezza legislativa hanno come conseguenza la moltiplicazione delle istanze individuali di accertamento della dimensione costituzionale e sociale dei cittadini<sup>9</sup> ed il precedente giurisprudenziale finisce per costituire un saldo punto di riferimento in un deflagrato sistema delle fonti (vedi *infra* § II.3).

Una delle tesi del presente studio è che un simile contesto normativo era già presente nell'Inghilterra medievale e negli Stati Uniti post-coloniali, mentre la storia dell'Europa continentale è stata caratterizzata da numerosi tentativi di riordino e codificazione del diritto vigente che hanno inteso porre in secondo piano l'utilità dei precedenti.

La costruzione di ordinamenti multilivello, l'alluvione legislativa del *Welfare State*, la definizione transnazionale dei diritti attraverso il dialogo fra le corti, la diffusione di norme intrusive conseguente all'attività disordinata dei parlamenti e ai giudizi di costituzionalità, così come la travolgente domanda di giustizia avanzata dagli individui, hanno mostrato l'insufficienza dello strumento codificatorio e riportato in auge l'utilità del precedente. Secondo Lombardi Vallauri non si tratta di altro se non di una fase del generale andamento oscillatorio degli ordinamenti riscontrabile nel corso della storia<sup>10</sup>.

D'altra parte, l'innegabile avvicinamento tra i sistemi di *civil law* e quelli di *common law*, se, da un lato, è conseguenza del nuovo ruolo del giudice nella società, dall'altro, discende anche dalla progressiva omogeneizzazione dei metodi di formazione della classe dei giuristi. È vero, infatti, che se i sistemi di *common law* si sono arresi al prevalente modello universitario, l'insegnamento del diritto nei sistemi di *civil law* tende sempre più ad affiancare ai tradizionali manuali accademici *casebooks* e commentari di giurisprudenza.

Questa riflessione sul ruolo del precedente giurisprudenziale non è intesa, tuttavia, a demolire ogni distinzione tra tradizioni giuridiche millenarie, ma piuttosto a

---

<sup>9</sup> Cfr. BOGNETTI, *op. cit.*

<sup>10</sup> LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano: Giuffrè, 1975.

fornire nuovi strumenti di osservazione del fenomeno giurisdizionale e a dissociare categorie dogmatiche troppo spesso date per scontate<sup>11</sup>.

In un contesto normativo come quello sopra descritto, la forza istituzionalizzante della giurisdizione deve essere valorizzata nell'ottica di ripensare le fonti di legittimazione normativa secondo il paradigma circolare proposto da van Hoেকে<sup>12</sup> e da Komarek<sup>13</sup>. In estrema sintesi, le norme non sarebbero più tali perchè promanate da una superiore autorità investita di tale potere, bensì, esse sarebbero il risultato di un complesso processo di elaborazione che passa anche dagli organi dell'applicazione. Per questa ragione si è ritenuto di dedicare qualche considerazione anche agli organismi di elaborazione del diritto costituiti per favorire questo circuito i quali, tendenzialmente, da un lato, riorganizzano il dato giurisprudenziale per proporre progetti di riforma e, dall'altro, favoriscono la uniforme applicazione del diritto legislativo.

É anche in quest'ottica che deve essere apprezzato il valore del precedente giurisprudenziale se davvero ci si vuole liberare di pregiudizi e ideologie dogmatiche. Il presente studio tenta modestamente di percorrere il pericoloso crinale tra filosofia giuridica, diritto costituzionale e procedura al fine di offrire conclusioni, forse meno rassicuranti, ma certamente più realistiche sul valore della giurisprudenza nell'epoca contemporanea.

A tal fine, si è ritenuto opportuno suddividere la ricerca in una parte più teorica, ove raccogliere le riflessioni della dottrina sui concetti di precedente, di interpretazione giudiziaria, e di nomofilachia (vedi *infra* cap. II), e in una parte più empirica ove analizzare lo stato della giurisprudenza e della legislazione in tema di

---

<sup>11</sup> Cfr. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto": contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Napoli, 2008; BIN, *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, Padova, 1995; CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 2007; CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984; GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993; LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975; LÓPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968.

<sup>12</sup> VAN HOECKE, *Constitutional Court and deliberative democracy. The role of constitutional courts in multilevel governance*, in *Law & Cosmopolitan Values*, 3, 2013, pp. 183-192.

<sup>13</sup> KOMÁREK, *Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedence*, 31 agosto 2012, in una versione aggiornata in *American Journal of Comparative Law*; LSE Legal Studies Working Paper No. 8/2012. Reperibile su SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2150133> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2150133>

diritto vivente, oltrech  il complesso rapporto tra Corte Suprema, Corte Costituzionale e Corte Europea di Giustizia (vedi *infra* capp. III e IV).

Preliminarmente, per ,   stata inserita una indagine storica sulle origini del ricorso al precedente come attendibile fonte di conoscenza del diritto vigente (vedi *infra* cap. I) in quanto necessario presupposto per comprendere gli sviluppi dell'epoca contemporanea.

Gli esiti della presente ricerca si propongono di soddisfare l'esigenza di non accontentarsi di una visione del precedente giurisprudenziale caratterizzata da inconsistenza e contingenza. Al contempo ragioni di cautela impongono di anticipare, sin da ora, che non sussiste alcun vincolo formale del giudice al rispetto del precedente. La fonte giurisprudenziale ha, infatti, caratteristiche ben diverse da quella legislativa, ma non per questo permea in minor misura l'attivit  degli operatori giuridici. Anzi, una valorizzazione del precedente nei moderni sistemi di amministrazione della giustizia potrebbe contribuire a risolvere molti dei problemi che oggi rischiano di mettere in discussione il rispetto del principio di diritto.

## CAPITOLO I: ANALISI STORICA DELLE ORIGINI DEL VINCOLO AL PRECEDENTE

### 1. Il valore del precedente nella tradizione giuridica anglosassone

#### *i. Il predicato giurisdizionale come strumento di accentramento del potere*

Nel contesto del presente studio, l'indagine sulle origini del valore dei precedenti nei contesti a tradizione giuridica di *common law* costituisce un riferimento diacronico comparativo necessario per acquisire una prospettiva più completa sui fenomeni che hanno condotto all'emersione del formante giurisprudenziale in ordinamenti aventi una diversa tradizione giuridica, come l'Italia.

Innanzitutto, quel che è dato riscontrare nelle fonti anglosassoni è che, in assenza di un documento ufficiale ove sia stato stabilito il dovere dei giudici di rispettare i precedenti, risulta particolarmente difficile collocare con precisione nel tempo e, comunque, individuare in maniera univoca una causa fondante di tale dovere.

Volendo prendere in considerazione l'ordinamento inglese come prototipo del mondo giuridico anglosassone, occorre porre in evidenza che la storiografia è concorde nel ritenere che si possa parlare di un sistema normativo formalmente autonomo solo in seguito alla battaglia di Hastings del 1066, quando un nuovo ordine giuridico venne imposto con il primo re d'Inghilterra<sup>14</sup>. Trattandosi di una conquista militare, la legittimazione normativa non poteva che trovare fondamento nell'autorità del sovrano o essere comunque a questa riconducibile.

In conseguenza si comprende come i primi organi supremi di giustizia costituirono una derivazione diretta della Curia Regis. Rileva a questo proposito l'anno 1178 nel quale Enrico II investì un ristretto numero di membri della curia di funzioni giudiziarie permanenti. Gli storici ritengono sia verosimile ritenere che da quest'organo abbia avuto origine la corte del «banco del re» (c.d. *King's Bench*).

---

<sup>14</sup> Cfr. VARANO-BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale: Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, 2006; SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *Comparative Law. Cases-Texs-Materials*, New York, 1998; MATTEI, *Common law. Il diritto anglo-americano*, in SACCO, *Trattato di Diritto Comparato*, Torino, 1992.

Sotto re Giovanni venne poi istituita la corte per le controversie private, la *Curia Communium Placitorium* (c.d. *Court of common pleas*) che ebbe la sua organizzazione stabile con la Magna Charta del 1215. Ben presto accanto a questi due tribunali sorse anche la corte dello *Scaccarium* (i.e. lo scacchiere), competente per le controversie fiscali.

Tutte e tre queste corti all'inizio rimasero subordinate al gran giustiziaro regio e le loro competenze non erano completamente distinte. Tuttavia, sulla fine del regno di Enrico III, con il venire meno dell'organo supervisore, le tre giurisdizioni si separarono, e ciascuno divenne tribunale supremo con un certo grado di indipendenza nella sua sfera. Alle tre corti menzionate si aggiunse poi il tribunale del cancelliere.

Nelle contee continuarono a funzionare le antiche assemblee giudiziarie le quali erano suddivise in quelle inferiori c.d. delle centene, composte ancora degli uomini liberi di qualsiasi classe sociale, e in quelle superiori delle contee nelle quali prevalevano i vassalli della corona. A ben vedere, però, questi organi pseudo-giurisdizionali non avevano più l'antica importanza. Le controversie di minor valore erano state attratte nella competenza dei giudici di pace che costituiscono una istituzione prettamente inglese composta di giurisperiti tratti per lo più dai proprietari terrieri della rispettiva contea.

Dal 1360 furono istituiti dei commissari dei giudici di pace, incaricati di esercitare le funzioni di polizia e la giurisdizione penale per i reati minori, mentre i reati più gravi erano riservati ai tribunali regi.

Le raccolte medievali dei precedenti, talvolta, includevano le osservazioni dei giudici, ma comunque senza la pretesa di riportare proclamazioni autoritative di comune erudizione; infatti, poteva ben darsi che queste osservazioni fossero considerate degne di nota in quanto decisamente non ortodosse<sup>15</sup>. Un precedente avrebbe certamente potuto attrarre l'attenzione dei giuristi in quanto manifestazione di sapienza, ma mai sarebbe stato accettato come autorità superiore a detta sapienza<sup>16</sup>. In

---

<sup>15</sup> V. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, IV ed., London: Butterworths, 2002, pp. 160-1; ID., *The Law's Two Bodies: Some Evidential Problems in English Legal History*, Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 19-20.

<sup>16</sup> V. ID., 'Records, Reports and the Origins of Case—Law in England', in *Judicial Records, Law reports, and the Growth of Case Law*, ed. 1., Berlin: Duncker & Humbolt, 1989, 15-46 p. 38; ID., *Law's Two Bodies*, cit., pp. 68-70; ID., *An Introduction to English Legal History*, cit., p. 163 ('There is implicit in all the discussions a reverence, not for the single decision, but for the current of authority or the most

effetti, sebbene nelle corti medievali i precedenti fossero spesso trattati come prova di ciò che si riteneva essere il diritto, qualsiasi giudice non avrebbe perso occasione di sottolineare che i precedenti non dovevano essere scambiati per diritto<sup>17</sup>.

Come anticipato nell'introduzione, uno dei fattori principali che ha contribuito a differenziare la cultura giuridica di *common law* è costituito dal sistema di educazione della professione forense. Se, infatti, negli ordinamenti europeo-continentali dei secoli XIII, XIV e XV i giurisperiti venivano formati nelle università, lo stesso non può dirsi con riferimento al mondo anglosassone.

In questo contesto, infatti, si disciplinò la formazione degli avvocati verso la fine del XIII secolo quando, con un'ordinanza regia di Edoardo II, venne disposta un'organizzazione in corporazioni, una di rango inferiore (c.d. *Inns of Chancery*) e una di rango superiore (c.d. *Inns of court*). Nell'ambito di ciascuna corporazione si seguiva una carriera che cominciava da apprendista (apprentice) e, attraverso i gradi di *attorney* e *narrator*, conduceva alla qualificazione di *sergeant-at-law*, che equivaleva al grado di *doctor iuris* ed esigeva una promozione formale.

Come ha osservato Rudolf Schlesinger, le teorie positiviste sviluppate dagli Austiniani non sono di aiuto nel comprendere l'attitudine dell'avvocato inglese nei secoli XIV o XV rispetto alle fonti del diritto<sup>18</sup>.

Secondo queste teorie le regole giuridiche sono norme poste dal sovrano per i sudditi e non vi può essere altro diritto al di fuori di ciò che è comandato dall'autorità regia. In conseguenza, nessun giudice o amministratore è legittimato ad applicare una regola che non sia riconosciuta dal sovrano e l'ordinamento finisce per essere fortemente connotato dai limiti della territorialità.

Sebbene Austin e la sua Scuola abbiano presentato questa teoria come una teoria generale del diritto, lo storico è costretto a riconoscere che essa esprime soltanto l'attitudine che gli avvocati hanno adottato nel XIX secolo ed, in particolare, a partire

---

reasonable opinion that, presumably, is what "common erudition" was'). IBBETSON, 'Case Law and Judicial Precedents in Mediaeval and Early-Modern England', in *Auctoritates. Xenia R. C. van Caenegem Oblata*, a cura di S. Dauchy, J. Monballyu and A. Wijffels, Brussels: Wetenschappelijk Comité voor Rechtsdeschiedenis, 1997, 55-68, p. 67.

<sup>17</sup> V. i casi citati da TUBBS, *The Common Law Mind: Medieval and Early Modern Conceptions*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2000, p. 45; and BAKER, *Law's Two Bodies*, cit., pp. 30-1, 99-100. IBBETSON, 'Case Law and Judicial Precedents', cit., p. 68.

<sup>18</sup> SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *op. cit.*, pp. 230-31.

dalla Rivoluzione Francese, quando l'idea della sovranità nazionale cominciò a svilupparsi. Le idee medievali dell'Ancien Régime erano molto diverse.

Gli approcci prevalenti all'epoca erano caratterizzati dalla consapevolezza di un notevole "pluralismo" delle fonti giuridiche. Con il termine "pluralismo" si intende prima di tutto l'assenza dell'unità del diritto in senso moderno. Vi erano regole diverse per città e territori diversi oltre a norme particolari per singoli gruppi professionali come i mercanti, la nobiltà, i braccianti etc. A ben vedere, però, pluralismo delle fonti giuridiche significa anche che un giudice che si trovasse a giudicare un caso specifico era chiamato a rintracciare norme non soltanto nei comandi del sovrano, ma anche in qualsiasi altro documento dotato di autorevolezza, indipendentemente dal fatto che avesse ricevuto l'espresso riconoscimento del re.

In questo contesto per l'autorità giudiziaria era molto più importante rintracciare la regola giusta, piuttosto che assicurarsi di seguire pedissequamente i comandi provenienti dall'autorità regia<sup>19</sup>. Fu questa impostazione di base del periodo medievale che consentì ai giuristi di applicare il diritto che avevano studiato all'università, ovverosia il diritto Romano Canonico (*jus utrumque o common law*), nella pratica legale quotidiana.

Tra i secoli XII e XIII, infatti, i professori italiani di diritto avevano elaborato una efficace teoria delle fonti giuridiche. In termini generali, questa teoria prevedeva che i giudici dovessero innanzitutto applicare le consuetudini locali e le leggi ma anche che, qualora non fosse possibile rinvenire in queste fonti la regola utile per risolvere il caso concreto, si dovesse ricorrere al diritto romano canonico per colmare le lacune della normativa locale. Inoltre, secondo questa teoria, l'autorità giudiziaria era anche legittimata ad interpretare le consuetudini locali e le leggi attraverso le categorie del diritto romano. In effetti, si trattava di un'impostazione intellettuale piuttosto naturale per quel tempo considerando che l'Antichità non era vista come un lontano periodo passato ma, piuttosto, come un modello da applicare direttamente al tempo presente.

Fin dagli scritti di Maitland<sup>20</sup> risulta che le corti ecclesiastiche applicassero il diritto romano canonico<sup>21</sup>. Inoltre, non pare di poco conto che nelle scuole di diritto

---

<sup>19</sup> Cfr. LOMBARDI VALLAURI, *op. cit. loc. cit.*

<sup>20</sup> V. MAITLAND, *Roman canon law in the church of England: six essays*, London, 1998 (1898).



medievali di Oxford e di Cambridge si insegnasse tale diritto secondo i paradigmi del modello universitario europeo-continentale. Il dato più interessante è, però, che tra i giudici inglesi dei secoli XII e XIII era diffusa una notevole conoscenza delle fonti romane. Ne è prova significativa la famosa opera di Bracton *De Legibus Angliae*. Inoltre, fino alla fine del XVIII secolo vi erano corti in Inghilterra che non soltanto seguivano la procedura del diritto canonico ma basavano le proprie decisioni anche sotto il profilo sostanziale sul c.d. *jus commune*. Ciò era riscontrabile con riferimento alle giurisdizioni della *High Court of Admiralty*, della *Curia Militaris*, e della *Court of the Constable and Marshal*.

Una caratteristica peculiare dell'evoluzione giuridica dell'Inghilterra rispetto agli altri paesi fu, appunto, la precoce formazione di un diritto comune, applicabile sia alle classi superiori d'origine normanna sia al popolo umile d'origine anglo-sassone<sup>22</sup>. Questo diritto, infatti, operò come fattore influentissimo nel processo di unificazione della nazione inglese.

Vi erano diverse opinioni su quale fosse il fondamento dell'autorità del diritto romano, la più diffusa delle quali era che esso dovesse considerarsi *ratio scripta* e, pertanto, dovesse trovare applicazione in ogni regione. La critica storica rinascimentale ha successivamente messo in evidenza che il recepimento del diritto romano in epoca medievale è avvenuto sostanzialmente attraverso le consuetudini giudiziarie più che per tramite di atti politici formali. Ad ogni buon conto, la conseguenza di questo fenomeno è che il diritto romano finì per essere considerato generalmente come fonte sussidiaria rispetto ai vari ordinamenti europei e che, pertanto, i giudici inglesi così come quelli continentali erano chiamati ad applicare una pluralità di fonti giuridiche che andavano dalle consuetudini locali al Codice Giustiniano, dagli atti autoritativi del sovrano al diritto Canonico.

Nonostante l'indubbia influenza del diritto romano sull'ordinamento inglese, però, vi è sufficiente convergenza sul fatto che la *common law* britannica si sia sviluppata in maniera sostanzialmente autonoma e indipendente e che abbia finito per costituire un sistema giuridico a sé stante e non basato sul diritto romano. La dottrina

---

<sup>21</sup> V. SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *op. cit.*, pp. 232-234; POLLOCK, *The History of English Law before the Time of Edward I*, Cambridge, 1968.

<sup>22</sup> V. COING, *European Common Law: Historical Foundations*, in CAPPELLETTI, *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Leyden/London, 1978, p. 31

moderna tende a giustificare questa considerazione sulla base del fatto che la monarchia inglese, dopo la conquista normanna, si caratterizzò molto presto come lo stato più accentrato e potente in Europa, anche in quanto dotato della più evoluta organizzazione amministrativa e giudiziaria<sup>23</sup>.

Intorno al XIII secolo, quando la Chiesa di Roma stava cominciando a riorganizzare i propri organi giurisdizionali, la monarchia inglese si avvaleva già di un consolidato sistema di corti centrali permanenti a Westminster i cui giudici erano soliti seguire i propri precedenti nell'applicazione delle leggi e delle consuetudini feudali.

Inoltre, l'amministrazione provinciale della giustizia era controllata da giudici ambulanti dello scacchiere, istituiti in questa forma ai tempi di Enrico II, sebbene qualcosa di analogo si riscontrasse già sotto i re normanni.

Questi giudici ambulanti ricordano i missi dominici di Carlomagno, ma hanno una sfera di giurisdizione più limitata. Originariamente questi funzionari regi erano destinati a tutelare semplicemente gli interessi fiscali della corona. Infatti, essi dovevano recarsi nelle contee per riscuotere le tasse con l'aiuto di due persone ivi domiciliate e vincolate da giuramento oltreché controllare la gestione dei funzionari locali, prevalentemente dal punto di vista finanziario. Tuttavia, già sotto Enrico II cominciarono a svolgere attività giurisdizionali nelle contee, prima per risolvere questioni fiscali poi, via via, espandendo la propria competenza.

Il regno fu diviso in un certo numero di circoscrizioni (c.d. *circuit courts* o *Eyre*), ciascuna delle quali era visitata periodicamente e regolarmente da due di questi giudici. Questo sistema, elaborato alla fine del XII secolo per ripristinare la giustizia reale nel periodo di anarchia successivo alla ribellione del principe Giovanni, si rivelò particolarmente efficace non solo per controllare l'operato dei vassalli ma anche per assicurare l'unità del diritto reale in un contesto ove ancora non vi era un affidabile sistema di *report* per conoscere i precedenti. Erano, infatti, gli stessi giudici itineranti a condividere con i giudici periferici (e ad imporre loro) le interpretazioni giurisprudenziali adottate a Westminster. Si trattava di una sorta di primordiale controllo sulla corretta applicazione del diritto in chiave accentratrice.

---

<sup>23</sup> V. in particolare, VAN CAENEGHEM, *Royal Writs in England from the Conquest to Glanville*, London: Seld. Soc., vol. 77, 1958-59.

Nella dottrina anglofona esistono diverse correnti di pensiero riguardo all'origine storica dell'autorità dei precedenti. Alcune di queste teorie sono più accreditate e altre meno, ma, in ogni caso, sono tutte meritevoli di considerazione proprio in virtù dei collegamenti con i fatti storici. È certamente vero, come rilevato da Cardozo e da Gorla, che il consolidamento della percezione del dovere di osservare i precedenti è strettamente connesso con il rafforzamento e l'accentramento delle istituzioni giudiziarie del Regno.

In effetti, come ha opportunamente rilevato Neil Duxbury, la concezione in base alla quale l'autorità dei precedenti serve a favorire la coerenza e l'equità del processo decisionale non è in grado di spiegare da sola l'emergere di una dottrina del precedente nel diritto inglese in quanto l'idea che casi simili debbano essere trattati in modo simile precede l'affermazione dello *stare decisis* e venne recepita dai giuristi di *common law* già prima che essi cominciassero a considerare le sentenze come autorità giuridicamente rilevanti<sup>24</sup>.

È altrettanto vero però che la questione ha origini antichissime, risalenti almeno allo scontro tra Sabiniani e Proculiani nei giorni dell'antica Roma<sup>25</sup>.

In termini più generali, Aristotele già considerava l'impulso a trattare casi simili in modo analogo un elemento fondamentale della giustizia<sup>26</sup>.

Secondo una prima corrente di pensiero, il dovere dei giudici anglosassoni di rispettare i precedenti deriva dagli antichi vincoli medievali a rispettare sempre l'autorità del re. Infatti, successivamente alla battaglia di Hastings, i vassalli Normanni - i quali potevano esercitare anche funzioni giurisdizionali - erano soliti (o meglio, tenuti a) conformarsi alle decisioni del monarca in virtù della sua autorità suprema<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, 2008.

<sup>25</sup> Cfr. CARDOZO, *Jurisprudence*, cit., p. 300. La dottrina storico-giuridica è dell'avviso che le due scuole di pensiero fossero profondamente diverse proprio sotto il profilo squisitamente giuridico-concettuale: l'opera dei Proculiani, maggiormente rilevante dal punto di vista scientifico, ebbe carattere essenzialmente casistico e pratico, mentre l'opera dei Sabiniani, culturalmente meno originale, fu diretta prevalentemente all'esposizione sistematica ed astratta. Cfr. sul punto STEIN, *The two schools of jurists in the early Roman Principate*, Cambridge Law Journal, XXXI, 1972, p. 8 ss., M. BRETONE, *Storia del diritto romano* 3, Roma-Bari, 1992, p. 264 ss., a sua volta, ipotizza, pur rifuggendo da rigidi schematismi, che gli esponenti delle due scuole seguissero indirizzi didattici diversi, e che i Proculiani avessero una maggior coscienza metodologica e fossero più inclini alla argomentazione razionale di quanto non fossero gli esponenti dell'altra *schola*.

<sup>26</sup> *Etica Nicomachea*, V. 2. 1131<sup>a</sup>—1131<sup>b</sup>; v. anche DUXBURY, *op. cit.*, p. 50.

<sup>27</sup> ARNOLDS, *Statutes as Judgments: the Natural Law Theory of Parliamentary Activity in Medioeval England*, Philadelphia, PA: University of Pennsylvania Law Review, 1977.

In altre parole, le decisioni della Curia Regia volte a risolvere determinate controversie portate all'attenzione del sovrano erano caratterizzate dalla maggiore forza vincolante in quanto legittimate direttamente dalla massima autorità gerarchica, militare e civile. E', pertanto, comprensibile come l'unico modo per giustificare delle eccezioni o delle deroghe fu attraverso l'autorità del Cancelliere reale in quanto esclusivo interprete dell'altra massima autorità riconosciuta nell'Inghilterra di quel tempo, ovvero la Chiesa. Infatti, al di là del noto episodio del processo dei sette vescovi<sup>28</sup>, l'interpretazione del diritto canonico rappresentava l'unico strumento per derogare dall'autorità dei precedenti reali (Burns, 1993; Cross, *Precedent in english law.*, 1977; Hall, Finkelman, & Ely, 2005). Questa dialettica avrebbe dato, poi, origine alla dicotomia tra giurisdizione di *common law* e giurisdizione di *equity*. La tesi ora esposta metterebbe in evidenza l'influenza che sulla giurisdizione hanno esercitato i rapporti gerarchici nell'ambito di un sistema istituzionale ove la possibilità dell'esercizio della forza costituiva ancora un fattore determinante.

Secondo un'altra teoria più accreditata, il dovere dei giudici di *common law* di rispettare i precedenti deriverebbe dalla funzione istituzionalmente conferita ai magistrati di vertice di assicurare l'uniforme interpretazione del diritto prendendo parte periodicamente nella giurisdizione delle *circuit courts*. Tale forma di amministrazione itinerante della giustizia rifletteva la prioritaria esigenza di imporre in modo uniforme in tutto il Regno un'unica interpretazione del diritto, ovvero quella stabilita dai giudici di vertice che sedevano a Londra. Tale modalità di esercizio della giurisdizione in funzione nomofilattica venne esteso a tutti i paesi del *common wealth* e i Padri Costituenti statunitensi ritennero di recepirlo, quanto meno nella prima fase, proprio come strumento di rafforzamento dell'Unione.

Vi è, peraltro, chi ritiene che la prassi delle opinioni separate trovi il proprio fondamento proprio in questa modalità itinerante di amministrazione della giustizia, al fine di consentire il dissenso dei giudici locali, pur mantenendo l'imposizione dell'interpretazione delle superiori magistrature londinesi.

---

<sup>28</sup> Al riguardo, si veda PRESSER-ZAINALDIN, *Law and Jurisprudence in American Legal History. Cases and Materials*, pp. 20- 38 laddove viene illustrato il noto episodio del processo che vide assolti nel 1688 sette vescovi che si rifiutarono di conformarsi ad una legge penale emessa dal Re Giacomo II nel contesto della Dichiarazione d'Indulgenza sui diritti religiosi. L'episodio è paradigmatico in quanto dimostra come l'autorità del sovrano non fosse sovraordinata a quella ecclesiastica.

Esiste una considerevole quantità di studi storici che hanno tentato di ricostruire lo sviluppo della dottrina del precedente nel periodo compreso tra il Medioevo e l'epoca moderna<sup>29</sup>. Uno dei più rilevanti risultati di detti studi è che i giudici di *common law* non sono sempre ricorsi a precedenti sentenze in quanto fonti di autorità. Questo non significa che i *common lawyers* medievali non prendessero mai in considerazione i precedenti.

Maitland ha messo in evidenza come sin dal XIII secolo capitasse che i precedenti fossero inseriti nel registro delle cause (c.d. *plea of rolls*) come fondamento della controversia e che gli avvocati delle controparti finissero occasionalmente per consultare tali registri per rinvenire i precedenti utili alla causa<sup>30</sup>. Tuttavia, la nozione di precedente che esisteva presso le corti medievali era molto differente da quella che emerse successivamente. Il precedente giurisprudenziale medievale era, in senso stretto, niente altro che una sentenza riportata sul registro delle cause; le motivazioni alla base della sentenza e le fonti giuridicamente rilevanti, se ve n'erano, non erano riportate e, dal momento che la fase della discussione normalmente precedeva il processo, era molto difficile venire a conoscenza di quali fossero stati gli argomenti o se ve ne fossero stati<sup>31</sup>. Della discussione non restava traccia nei *plea rolls*. Le discussioni in punto di diritto sui *demurrer* proposti davanti alla Court of Common Pleas divennero l'oggetto degli *Year Books*. Nel 1540, Enrico VIII vietò l'emendamento del *pleading* tramite *demurrer* e impose la forma scritta degli atti. Le discussioni di diritto si spostarono al momento successivo alla decisione.

Per quanto le corti avessero la tendenza a seguire e persino a distinguere i precedenti<sup>32</sup>, nessuno riteneva che una corte fosse realmente vincolata a seguire precedenti decisioni.

---

<sup>29</sup> V. DUXBURY, *op. cit.*, p. 31

<sup>30</sup> POLLOCK-MAITLAND, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, 2° ed., 2 vol. , Cambridge: Cambridge University Press, 1968 [1898], I, 184 nn 1-2. I *plea rolls* o registri delle cause introdotti nel 1194, costituivano dei registri ove venivano annotati i vari passaggi seguiti nei processi davanti le corti centrali.

<sup>31</sup> BAKER, *The Law's Two Bodies*, cit., pp. 30-1.

<sup>32</sup> POLLOCK-MAITLAND, *The History of English Law*, cit., pp. 183-4; TUBBS, *The Common Law Mind*, cit., p. 434. L'appropriata citazione di un precedente richiedeva la garanzia dei riferimenti della sentenza; cfr. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, cit., p. 197. ,

Lo status dei precedenti giurisprudenziali cominciò a cambiare nel primo periodo dei Tudor. Durante la seconda metà del XVI secolo le decisioni giudiziarie cominciarono a presentare un significativo apparato motivazionale<sup>33</sup>.

La tendenza del giurista inglese del XVI secolo a fare più affidamento sui compendi e l'emergere in questo periodo delle prime compilazioni casistiche sulle questioni di diritto risolte dalle corti di vertice ha probabilmente contribuito ad aumentare la considerazione della giurisprudenza come fonte di autorità<sup>34</sup>. Questo lieve mutamento del valore dei precedenti risulta noto a Coke nel suo Commentario su Littleton: «le nostre raccolte di casi costituiscono la migliore prova di ciò che è il diritto», scrisse l'Autore, e «devono essere principalmente citati al fine di decidere le controversie e non in qualsiasi opinione privata», poiché un argomento tratto dall'autorità è quello giuridicamente più forte (*'Argumentum ab autoritate est fortissimum in Lege'*)<sup>35</sup>.

A ben vedere, però, per quanto le corti del XVII secolo ponessero maggiore attenzione ai precedenti rispetto a quanto avevano fatto in precedenza, sarebbe un errore concludere che i giudici considerassero le sentenze del passato come vincolanti.

Nella seconda metà del secolo, infatti, Lord Hale dichiarò di osservare il principio di *stare decisis* senza con ciò implicare la concezione di un vero e proprio vincolo per i giudici a seguire i precedenti<sup>36</sup>. Altri giudici di questo periodo, tra i quali si nota il collega di Hale, Lord Vaughan, enfatizzarono il loro obbligo di rispettare le leggi scritte piuttosto che i precedenti citando la nota massima *judicandum est legibus non exemplis*<sup>37</sup>.

Vaughan riprese in più occasioni le tesi di Hobbes, osservando che se un giudice ritiene che un giudizio di un'altra corte sia errato «dovrebbe [...] secondo la sua coscienza non conformarsi a tale giudizio poiché equivarrebbe a fare un torto ad ogni uomo che si trovi in simili circostanze solo in quanto è stato fatto in precedenza un torto analogo ad altro uomo»<sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> V. BAKER, *The Law's Two Bodies*, cit., p. 81.

<sup>34</sup> V. DUXBURY, *op. cit.*, pp. 31-58; DAWSON, *The Oracles of the Law*, Buffalo: Hein, 1986 [1968], pp. 64-5; BAKER, *English Law and the Renaissance*, 44 Cambridge L. 46-61, 1985, pp. 57, 59-60; ID., *An Introduction to English Legal History*, p. 188.

<sup>35</sup> SIR EDWARD COKE, *The First Part of the Institutes of the Laws of England, or, a Commentary upon Littleton*, London: printed by Harper & Walthoe, 1703; [1628], p. 254. V. anche BAKER, *The Law's Two Bodies*, cit., pp. 81-2.

<sup>36</sup> V. *Hanslap v. Cater* (1673) 1 Vent. 243 ('he said it was his rule, stare decisis'); *Kirkbright v. Curwin* (1676) 3 Keb. 311.

<sup>37</sup> V., e.g., *Bishop of Oxford v. Eades*: (1667) Vaugh. 18, 27; *Harris v. Colliton* (1658) Hard. 120, 122.

<sup>38</sup> *Bole v. Horton* (1673) Vaugh. 360, 383. Cf. HOBBS, *Leviathan*, 11. 25. 24 (M11; the sentences of precedent judges that have ever been, cannot altogether make a law contrary to natural equity . . . [There is no place in the world, where [a manifest condemnation of the innocent] can be an interpretation of a

Ad ogni buon conto i precedenti avevano acquisito un certo valore ed erano considerati particolarmente rilevanti, per quanto la dottrina di *stare decisis* come concepita dal moderno *common lawyer* era ancora in là da venire.

Una conclusione interessante cui pervengono in modo sostanzialmente conforme la maggioranza degli storici e dei processualisti anglosassoni è che la *common law* non necessiti di una rigida dottrina del precedente per funzionare. «Nel periodo intorno al 1600», ha osservato Gray, «lo *stare decisis* non era la regola dominante. I giudici argomentavano che una regola piuttosto che un'altra costituisse un principio di diritto senza però sentirsi obbligati secondo una logica post-moderna a dimostrarlo attraverso i precedenti»<sup>39</sup>. «Dal punto di vista di uno storico», scrive Simpson, «qualsiasi identificazione tra il sistema di *common law* e la dottrina del precedente, ovvero ogni tentativo di spiegare la natura della *common law* attraverso il principio di *stare decisis*, finisce per dimostrarsi insoddisfacente, dal momento che l'elaborazione delle regole e dei principi disciplinanti l'uso dei precedenti come fonti è relativamente moderna, e l'idea che vi possano essere precedenti vincolanti è ancora più recente. La *common law* esisteva da secoli prima che qualcuno cominciasse ad interessarsi di queste problematiche, e già funzionava come un sistema giuridico autonomo anche senza il supporto di concetti chiave come quello di *ratio decidendi* [...]»<sup>40</sup>.

In altre parole, quindi, l'impulso a trattare casi analoghi in modo analogo era già presente nei sistemi di *common law* molto prima che emergesse formalmente la dottrina di *stare decisis*<sup>41</sup>. Lo stesso Bracton ha espressamente riconosciuto che tale impulso costituiva un vero e proprio principio immanente dell'ordinamento e di ciò si trova riscontro empirico negli Year books da dove emerge che i giudici percepivano in un certo senso il dovere di spiegare perché casi particolari non potevano considerarsi

---

law of nature, or be made a law by the sentences of precedent judges, that had done the same. For he that Judged first, judged unjustly; and no injustice can be a pattern of judgment to succeeding judges').

<sup>39</sup> GRAY, 'Parliament, Liberty, and the Law', in *Parliament and Liberty from the Reign of Elizabeth to the English Civil War*, a cura di HEXTER, Stanford: Stanford University Press, 1992, 155-200, pp. 158-9.

<sup>40</sup> SIMPSON, 'The Common Law and Legal Theory', in *Oxford Essays in Jurisprudence*, a cura di SIMPSON, Oxford: Clarendon Press, 1973, 77-99, p. 77.

<sup>41</sup> V. DUXBURY, *op. cit.*, p. 50.

analoghi (c.d. *distinguishing*)<sup>42</sup>. La conclusione cruciale per gli scopi della presente ricerca è che la *common law* si è dimostrata in grado di accogliere questo impulso in assenza di una forte dottrina del precedente.

ii. *L'eredità di Francis Bacon: il processo induttivo*

Come è stato visto nel paragrafo precedente, uno degli elementi cardine della differenziazione tra la tradizione giuridica di *common law* e quella di *civil law* è costituito dal diverso percorso di formazione dei *common lawyers*. A differenza della tradizione universitaria europeo-continentale derivata dalla Scuola di Irnerio, infatti, gli operatori del diritto anglosassoni cominciarono a formarsi già in epoca medievale presso le *Inns of Court and Chancery*. Questa educazione pratica che si svolgeva in gran parte dentro i tribunali attraverso l'osservazione dei processi e l'annotazione delle autorità citate, favorì notevolmente la tendenza a seguire percorsi logico-argomentativi di tipo induttivo, ovvero sia dalla risoluzione delle controversie si ricavavano le regole che si dovevano ritenere applicabili in futuro.

Nella seconda metà del XVII secolo questa tendenza trovò il conforto delle teorie della rivoluzione scientifica di Francis Bacon. Infatti, nel suo *Novum Organum Scientiarum*, il filosofo inglese elabora l'idea di dover seguire una determinata procedura ritenuta scientificamente affidabile per poter raggiungere una conoscenza oggettiva di un dato fenomeno.

Tale procedura, definita successivamente metodo baconiano, consta di due parti fondamentali: la *pars destruens* e la *pars costruens*. Nella *pars costruens* del *Novum Organum*, Bacone cerca di fornire una teorizzazione del ragionamento induttivo, più definita e rinnovata rispetto all'impostazione aristotelica. Infatti, si propone di procedere escludendo gli elementi inessenziali a un fenomeno, e individuando quelli fondamentali sui quali poi verificare la possibilità di elaborare una regola.

Nella *pars destruens*, invece, sono esposti gli errori e i vizi di ragionamento da evitare per raggiungere conclusioni affidabili. Le cause principali della tendenza ad incorrere in questi errori vengono individuate da Bacone, in primo luogo, nella tendenza umana a dare più valore alle idee astratte invece che alla realtà; in secondo luogo, nella generale insofferenza per il dubbio che induce a forzare i fenomeni entro

---

<sup>42</sup> V. BAKER, *Records, Reports and the Origins of Case-Law*, cit., p. 37; ID., *An Introduction to English Legal History*, cit., p. 197; TUBBS, *The Common Law Mind*, cit., p. 44.



categorie astratte; ed, infine, nella preventiva attribuzione arbitraria di finalità al processo di ragionamento<sup>43</sup>.

Bacone classifica in quattro categorie principali gli errori ed i vizi del ragionamento, ovverosia: a) quelli derivanti dalla semplice non infallibilità umana (*idola tribus*); b) quelli derivanti dalle incapacità soggettive (*idola specus*); c) quelli derivanti dalle reciproche relazioni del genere umano e dai limiti nell'uso dei linguaggi (*idola fori*); d) quelli derivanti da false rappresentazioni della realtà di origine filosofica (*idola theatri*).

La contrapposizione tra l'impostazione metodologica baconiana e la tradizione dell'insegnamento universitario di stampo europeo-continentale, ha condotto ad un'indiscutibile prevalenza della prima nel mondo giuridico anglosassone anche per la non secondaria ragione che una prassi in via di consolidamento come lo studio dei precedenti trovava una solida base filosofica e mutuava la dignità della scienza.

Pertanto, non sembra un caso che la dottrina moderna di *stare decisis* cominci ad affermarsi non prima del XVIII secolo, ovvero in seguito alla rivoluzione scientifica baconiana<sup>44</sup>.

In questo periodo, infatti, la *common law* comincia a connotarsi più chiaramente non solo come insieme di norme vigenti ma anche come metodo, o meglio, come impostazione metodologica verso le norme<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> BACON, *The New Organon*, a cura di JARDINE e SYLVERTHONE, Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

<sup>44</sup> DUXBURY, *op. cit.*, pp. 31-58; POSTEMA, *Philosophy of the Common Law*, in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, a cura di COLEMAN - SHAPIRO S., Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 588-622 at 589. Negli Stati Uniti d'America la dottrina comincia ad affermarsi non prima del XIX Secolo. V. al riguardo KEMPIN, JR., *Precedent and Stare Decisis: The Critical Years, 1800 to 1850*, 3 Am. I. Leg. Hist., 1959, pp. 28-54, per quanto, come si è visto con riferimento all'ordinamento inglese, il concetto di precedente come strumento di cognizione normativa esistesse anche antecedentemente. V. REID, JR., *Judicial Precedent in the Late Eighteenth and Early Nineteenth Centuries: A Commentary on Chancellor Kent's Commentaries*, Univ. of St. Thomas Legal Studies Research Paper no. 06-28, 2006; V. anche NELSON, *The Americanization of the Common Law: The Impact of Legal Change on Massachusetts Society*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1760-1830; cfr. anche CARDOZO, *Jurisprudence*, p. 305.

<sup>45</sup> Così, CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process* (1921), *cit.*, pp. 22-23; Cfr. EHRLICH, *Sociology of Law*, 36 Harv. L. Rev. (1922-23), p. 134 ove l'autore offre una suggestiva descrizione su come il diritto emerga dai casi individuali: «The Leges Barbarorum emerged as a codification of penal practice: 'Judicial decrees begin to awaken general interest. There are people who write them down, gather them, arrange them, and at the same time on all sides there arises a demand that every new legal case that is at all similar to an older one shall, so far as possible, be decided according to the same Legal Provision... In this way judicial decisions become Legal Provisions for they contain the norms for the decision of future cases.' [...]».

Il processo è stato autorevolmente descritto da Munroe Smith: «Nel loro sforzo di dare al senso sociale di giustizia un'espressione articolata in regole e principi, il metodo degli esperti del diritto è sempre stato quello sperimentale. Le regole e i principi del diritto casistico non sono mai stati considerati verità definitive, bensì ipotesi funzionali, continuamente verificate in quei grandi laboratori del diritto che sono le corti di giustizia. Ogni nuovo caso è un esperimento; e se la regola consolidata che pare applicabile produce un risultato percepito come ingiusto, la regola viene riconsiderata. Un solo caso potrebbe non essere sufficiente per modificare la regola, poiché il tentativo di fare giustizia assoluta in ogni singolo caso renderebbe impossibile lo sviluppo e la preservazione delle regole generali; tuttavia, se una regola continua a generare ingiustizia, sarà alla fine oggetto di riformulazione. I principi stessi vengono continuamente riverificati; poiché se le regole derivate da un principio non funzionano bene, il principio stesso potrebbe essere alla fine oggetto di riesame»<sup>46</sup>.

Emerge con estrema chiarezza una combinazione tra un approccio giusnaturalista ed il metodo scientifico baconiano volta a coniugare le esigenze di certezza giuridica con il costante processo di "scoperta" delle regole e dei principi in quelli che sono i "laboratori del diritto", ovverosia le corti.

Si trova ulteriore conferma di quest'approccio in Whitehead il quale ha affermato che: «[l]e cose direttamente osservate sono, quasi sempre, solo esempi. Vogliamo poter concludere che le condizioni astratte che sono valide per gli esempi, sono valide anche per tutte le altre entità che, per una ragione o per un'altra, ci appaiano essere dello stesso tipo. Questo processo di ragionamento dall'esempio particolare alla categoria più generale si definisce induzione»<sup>47</sup>.

L'adozione di un'impostazione di tipo induttivo ha, quindi, condotto generazioni di *common lawyers* ad analizzare i casi seguendo un percorso logico corrispondente alle seguenti domande: Qual è la questione da risolvere posta dai fatti? (i.e. la c.d. *issue*) Quale sarebbe una regolamentazione degli interessi equa e giusta? Esistono dei precedenti relativi a situazioni analoghe? Cosa stabilisce la legge al riguardo? Corrispondentemente, gli studi giuridici si sono sviluppati secondo questo

---

<sup>46</sup> SMITH, *Jurisprudence*, New York: Columbia University Press, 1909, p. 21.

<sup>47</sup> Cfr. CARDOZO, *The Paradoxes of Legal Science*, cit., p. 9.

percorso logico fino alla parziale inversione di tendenza che si è avuta nel XIX Secolo con l'affermazione delle teorie di insegnamento langdelliane<sup>48</sup>.

Deve essere messo in evidenza, inoltre, che l'adozione del metodo induttivo baconiano da parte dei *common lawyers* ha finito per incidere profondamente sulle regole del processo giudiziario. Duxbury arriva a sostenere che la formalizzazione tardo-settecentesca della dottrina di *stare decisis* è stata conseguenza soprattutto di una serie di mutamenti significativi nella struttura del *trial* che si sono verificati a partire dalla fine del '600<sup>49</sup>.

Va notato, infatti, che per tutto il corso dell'epoca medievale il processo inglese aveva mutuato, in una certa misura, il metodo basato sulle formule sacramentali tipiche del diritto romano attraverso lo strumento dei *writs*. In estrema sintesi, alle parti era richiesto di formulare le proprie conclusioni prima del processo attraverso formule prestabilite. I giudici di questo periodo tendevano a svolgere più un ruolo di consulenti o mediatori al fine di condurre le parti a raggiungere un accordo che necessitasse, poi, solo di una ratifica ufficiale<sup>50</sup>. Questo sistema processuale tendeva a favorire decisioni di tipo apodittico più che argomentazioni giustificative.

Va anche detto, però, come rileva correttamente Duxbury, che non era solo la configurazione del processo ad ignorare l'importanza delle motivazioni argomentate, ma anche il modo in cui le difese venivano formulate. Infatti, spesso i c.d. "pleadings" venivano esposti oralmente e con riserva per potervi poi, eventualmente, rinunciare qualora il difensore percepisse un contrario orientamento della corte. «Le controversie», ha osservato Baker, «non erano concepite come occasioni per perfezionare il diritto, né tantomeno i difensori si preoccupavano di migliorare la giurisprudenza»<sup>51</sup>.

Con l'inizio del XVI secolo le parti cominciarono a concordare le proprie conclusioni prima dell'udienza, lasciando qualsiasi confronto circa la sufficienza di tali formulazioni ad una fase successiva al verdetto. Lo spostamento dell'attenzione sulle argomentazioni post-verdetto eliminò progressivamente la funzione mediatrice dei

---

<sup>48</sup> PRESSER-NAINALDIN, *op. cit.*, pp. 883 e ss.; KIMBALL, *The inception of modern professional education. C.C. Langdell, 1826-1906*, Chapel Hill: The University of Carolina Press, 2009, pp. 130 e ss. e 264 e ss.

<sup>49</sup> V. DUXBURY, *op. cit.*, p. 30.

<sup>50</sup> 'There was I tendency to evade a definite ruling on a point of law, and the pleaders were often requested 'to ease the court,' and not to bring, forward difficult questions': in ELLIS LEWIS, *The History of Judicial Precedent*, 1930, 46, LQR, 207-24, p. 219.

<sup>51</sup> BAKER, *Records, Reports and the Origins of Case-Law in England*, cit., p. 40.

giudici valorizzandone il ruolo decisionale<sup>52</sup>. La sentenza cessò di costituire una mera ratifica di una soluzione già trovata per assumere i connotati di uno schema ragionato per la composizione equa degli interessi delle parti. In conseguenza, i giudici cominciarono a motivare con una certa regolarità le proprie decisioni per giustificare la correttezza dello schema risolutivo della controversia<sup>53</sup>. Nella misura in cui il momento focale del processo si spostò dalla formulazione delle difese a quella della decisione, gli avvocati e i c.d. *law reporters* cominciarono ad aspettarsi che i giudici fornissero le ragioni alla base della decisione<sup>54</sup>. Tale aspettativa era ancora prematura dal momento che fino alla fine XVII secolo molti giudici erano ancora riluttanti nell'espone le motivazioni delle loro decisioni<sup>55</sup>.

Nondimeno, la rivalutazione del verdetto speciale, ed una crescente inclinazione da parte dei giudici a definire con particolare attenzione la questione di diritto su *demurrer*<sup>56</sup> o su mozioni successive al processo, significava che le corti avevano cominciato a trattare i precedenti come supporti argomentativi (sebbene non determinanti) di un particolare risultato, quantomeno nei casi in cui le sentenze erano accompagnate da motivazioni<sup>57</sup>.

Nella misura in cui le sentenze cominciarono ad essere generalmente motivate, la giurisprudenza prese progressivamente la forma di ciò che oggi riconosciamo come una serie di precedenti. Questo processo venne certamente favorito dalla creazione di affidabili sistemi di raccolta e pubblicazione delle sentenze<sup>58</sup>, dall'adozione di modi univoci di abbreviazione sistematicamente osservati dai reporters e dal miglioramento

---

<sup>52</sup> V. IBBETSON, *Case Law and Judicial Precedent*, cit., p. 66.

<sup>53</sup> Nel caso in cui le parti si accordassero sulle circostanze di fatto da addurre (c.d. *demurrer*), il giudice si pronunciava solo circa la regola da applicare generalmente, senza motivazioni esaustive.

<sup>54</sup> V. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, cit., pp. 198-9.

<sup>55</sup> V. ID., *Law's Two Bodies*, cit., pp. 16-17.

<sup>56</sup> Fino al 1540, nelle corti inglesi era ammesso l'istituto del *demurrer*, che consentiva ad una parte di riconoscere il contenuto del plea in punto di fatto, negandone in punto di diritto le conseguenze giuridiche pretese dall'attore o dall'accusa. In tal modo si poteva escludere il ricorso alla giuria, competente a decidere sul fatto, e al *demurrer* seguiva una discussione di diritto tra i *serjeants* (giudici e avvocati), dopo la quale il *demurrer* era confermato o respinto.

<sup>57</sup> V. BAKER, *Introduction to English Legal History*, cit., p. 198-9; cfr. anche IBBETSON, *Case Law and Judicial Precedents*, cit., p. 61 e 68: ('By 1600 we find judges giving explicit recognition to previous cases as reasons for their decision in a later case. There was a sense that a prior judicial decision itself was an authority which pointed in the direction of some particular result in a later case, even if it did not absolutely determine it'). V. anche DUXBURY, *op. cit.*, pp. 31-58; BAKER, *Introduction to English Legal History*, cit., p. 199.

<sup>58</sup> Sul punto vedi più approfonditamente *infra* § v.

della struttura gerarchica delle corti del Regno, perfezionatosi soltanto alla fine del XIX Secolo. Tuttavia, come esplicitamente ammesso da Duxbury, questi sviluppi non costituirono la base della dottrina di *stare decisis*, ma contribuirono solo a consolidarla.

La prima e principale causa che ha consentito lo sviluppo di questa dottrina è costituita dalla generalizzata tendenza a motivare le sentenze. L'autorità dei precedenti giurisprudenziali si giustifica in buona parte sulla base dell'assunto che essi forniscono argomentazioni utili al fine di adottare determinate decisioni.

Se tutto questo è vero, resta, però, ancora incerto quando l'evoluzione della dottrina di *stare decisis* ha mutato l'opportunità di osservare i precedenti in un obbligo.

Intorno alla metà del XIX Secolo, al tempo in cui Austin aveva svolto per la prima volta le sue *Lectures on Jurisprudence*, la teoria del precedente vincolante stava chiaramente cominciando ad affermarsi. Parke osservò nel 1833 che «allo scopo di perseguire l'uniformità, la coerenza e la certezza», le regole giurisprudenziali devono essere applicate in ogni caso che si pone, a meno che non risultino «chiaramente irragionevoli o inique»<sup>59</sup>. L'anno seguente James Ram scrisse in *The Science of Legal Judgment* di come un precedente vincoli «in diverse circostanze», sebbene poi ne individui soltanto due: «se nella mente del giudice [il precedente] è interamente incontestabile ... o, qualora sia contestabile, l'obiezione mossa non è secondo la corte sufficiente ad escludere la sua applicazione»<sup>60</sup>.

Sebbene, come è stato osservato, la deriva vincolante dello *stare decisis* cominciasse ad affermarsi, l'obbligo di rispettare i precedenti non si consolida prima degli ultimi decenni del '800<sup>61</sup>. Non sorprende, pertanto, che gli esponenti anglosassoni del

---

<sup>59</sup> *Mirehouse v. Rermell* (1833) 1 Cl. 8r Fin. 527, 546. Negli anni successive a questa decisione James Parke venne trasferito dal King's Bench alla Court of Exchequer, dove il suo meglio ricordato titolo di Barone Parke.

<sup>60</sup> RAM, *The Science of Legal Judgment*, Philadelphia: Littell, 1835; orig. ed. inglese 1834, pp. 66, 67. Cfr. le sue osservazioni di soli due anni prima, nel suo *A Practical Treatise of Assets*, ove scrive che il 'peso' dell'autorità dietro a un precedente può dipendere da una varietà di fattori, come il fatto che 'sia stato deciso da una corte "forte"', o una 'composta di giudici di grande autorevolezza', o da 'un singolo giudice noto per la sua erudizione', RAM, *Practical Treatise of Assets, Debts and Incumbrances*, Philadelphia: Littell, 1835; ed. inglese 1832, pp. iii—iv.

<sup>61</sup> V. EVANS, *Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth Century*, in GOLDSTEIN, *Precedent in Law*, cit., 35-72, pp. 57-63.

positivismo giuridico classico non abbiano ritenuto che il concetto di precedente vincolante costituisse un serio problema giuridico<sup>62</sup>.

Tuttavia, sarebbe superficiale concludere che la versione rigida della dottrina di stare decisis non abbia nulla a che fare con tale corrente filosofica, in quanto la vincolatività del precedente non si configura in via definitiva prima della affermazione del dogma positivista.

L'idea che i giudici siano vincolati a rispettare i precedenti solleva un quesito giuridico di non poco conto: come si estrinseca questo vincolo se non attraverso la minaccia di una sanzione giuridica? Hobbes e i suoi allievi non sono stati in grado di rispondere a questa domanda fondamentale. Sebbene ciò non sorprenda, meno scontato appare il contributo della Scuola Austiniana. Questi studiosi, infatti, non si sono potuti nascondere dietro al fatto che ancora non si fosse affermata una versione rigida della dottrina di stare decisis ed hanno pertanto affrontato apertamente il tema da un punto di vista filosofico-giuridico.

Vero è che la loro attenzione si concentrò generalmente su alcune difficoltà tecniche - come individuare la *ratio* decidendi di una sentenza, e se il vincolo si esplicasse, oltreché in senso verticale, anche in senso orizzontale ne sono esempi - piuttosto che sul problema generale di come il positivismo giuridico possa giustificare l'autorità dei precedenti giurisprudenziali<sup>63</sup>. Con l'avvento degli Austiniani la scienza giuridica inglese si risolse in diversi tentativi di spiegare la *common law* invece che sviluppare una nuova filosofia giuridica<sup>64</sup>. Fu Hart che invertì questa tendenza; il suo *The Concept of Law* venne pubblicato nel 1961, ovvero lo stesso anno in cui Rupert Cross fece pubblicare il suo *Precedent in English Law*<sup>65</sup>. Le trattazioni e la saggistica sui precedenti non di rado attingono da un passaggio dell'opera di Hart nel quale il concetto di precedente non figura espressamente, ovverosia il passaggio nel quale l'Autore parla del principio in

---

<sup>62</sup> Cfr. NOBLES - SCHIFF, *A Sociology of Jurisprudence*, Oxford: Hart, 2006, pp. 72-86.

<sup>63</sup> V., per esempio, GOODHART, *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1931, pp. 1-26; POLLOCK, *A First Book of Jurisprudence for Students of the Common Law*, London: Macmillan, 1896, pp. 309-25.

<sup>64</sup> V. HART, *Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain (1945—1952)*, 1953, 2 Am. J. Compar. L., 355-64, pp. 357-8.

<sup>65</sup> Ciascuno di questi due autori, nella prefazione del proprio libro, ringrazia l'altro per il contributo dato nella stesura. Entrambi i libri sono stati pubblicati nella Clarendon Law Series che Hart ha curato in quel periodo. V. HART, *Arthur Rupert Neale CROSS, 1912-1980*, (1984) 70 Proc. Brit. Acad. 405-37, pp. 428-33.

base al quale casi simili devono essere trattati in modo simile<sup>66</sup>. Dal momento che la considerazione dei precedenti comporta l'idea di un confronto tra casi simili non sorprende che gli argomenti di Hart emergano sistematicamente nella letteratura sul tema.

Tuttavia, soltanto da una lettura più generale dell'opera risulta chiaro come l'idea che i giudici siano tenuti a rispettare i precedenti in assenza di una specifica sanzione non è incompatibile con il positivismo giuridico.

Non si ha in questa sede la pretesa di voler illustrare tutto il pensiero filosofico di Hart, se non altro per ragioni di economicità, ma pare comunque opportuno evidenziare come egli abbia promosso una concezione positivista del precedente.

L'Autore ha sostenuto che le regole sociali si distinguono dai costumi in quanto forniscono motivazioni per adottare una particolare condotta. Non di meno, «usare con riferimento a questo tipo di regole parole come "obbligo" e "dovere" sarebbe fuorviante»<sup>67</sup>. Le regole sociali esistono laddove trovi applicazione nel contesto di un gruppo di individui un particolare standard di comportamento la cui violazione tende a suscitare critiche e pressioni verso la conformazione. Sebbene alcuni componenti del gruppo possano "sentirsi obbligati" a comportarsi secondo lo standard in relazione alle prevedibili conseguenze della sua violazione, «tale sentimento non è né necessario né sufficiente a definire una regola come "vincolante"»<sup>68</sup>.

La caratteristica distintiva delle regole che creano un obbligo rispetto a quelle che generano meramente un sentimento individuale è stata spesso identificata con il fatto che le sanzioni previste per la loro violazione siano «definite e ufficialmente organizzate»<sup>69</sup>, e pertanto prevedibili.

Non di meno Hart si preoccupò anche di illustrare le inadeguatezze della sua teoria della prevedibilità. Infatti, sebbene un osservatore comune possa prospettarsi che un giudice applicherà una particolare regola giuridica per punire un contravventore, lo stesso giudice «non considererà detta regola come una

---

<sup>66</sup> HART, *The Concept of Law*, 2° ed., Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 159-60. Per una analisi rappresentativa v. WINSTON, *On Treating Like Cases Alike*, 1974, 62, California L. Rev., pp. 1-39.

<sup>67</sup> HART, *The Concept of Law*, cit., p. 86

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 10.

dichiarazione che lui o qualsiasi altro giudice puniranno qualsiasi deviazione»<sup>70</sup>. Piuttosto, il giudice «prenderà in considerazione tale regola come una guida e la condotta illegittima come motivazione per giustificare la punizione del contravventore»<sup>71</sup>. La regola funziona come un precetto giuridicamente rilevante in quanto il giudice riconosce la sua validità da un punto di vista che Hart ha definito "interno"; in altre parole, «la regola soddisfa i parametri per identificare cosa deve essere considerato diritto nella sede giudiziaria»<sup>72</sup>.

Una delle ragioni per le quali il punto di vista interno rappresenta uno sviluppo cruciale per il positivismo giuridico è costituita dal fatto che consente di spiegare come certi fenomeni, quali l'attitudine a seguire i precedenti o l'interpretazione delle leggi, possano essere intesi in senso autoritativo benché non siano provvisti di specifiche sanzioni per il caso di inadempimento<sup>73</sup>.

Hart in un famoso passo della sua opera ha spiegato il c.d. "internal point of view" come l'adozione di "un approccio riflessivo critico"<sup>74</sup> rispetto ai modelli di comportamento condivisi dall'insieme dei soggetti che sono impegnati in un'impresa comune come un gioco o, per l'appunto, un giudizio.

Affermare che i giudici adottano un punto di vista interno rispetto all'attività del giudicare significa che accettano le regole che vanno ad applicare nel giudizio come standard di valutazione della propria condotta e di quella degli altri giudici<sup>75</sup>. «Sebbene i tribunali possano talvolta discostarsi da queste regole, devono, in linea di principio, preoccuparsi da un punto di vista critico di questi discostamenti in quanto si tratta di deroghe allo standard»<sup>76</sup>.

---

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>71</sup> Così, *ivi*.

<sup>72</sup> HART, *The Concept of Law*, cit., p. 105. In senso sostanzialmente conforme, WARNOCK, *The Object of Morality*, London: Methuen, 1971, 54, pp. 62-3.

<sup>73</sup> Although Hart's explication of the internal point of view highlights the inadequacy of sanction-centred theories of law, it would be a complete mistake to think that Hart was therefore of the View that law need not contain sanctions. ' "Sanctions" are . . . required' in all apart from the smallest, most closely-knit societies, he argued, 'not as the normal motive for obedience, but as a guarantee that those who would voluntarily obey shall not be sacrificed to those who would not. To obey, without this, would be to risk going to the wall.' HART, *The Concept of Law*, cit., p. 198.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 57

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 98, V., diffusamente, SHAPIRO S., 'What is the Internal Point of View?', 75 *Fordham L. Rev.*, 2006, pp. 1157-70.

<sup>76</sup> HART, *The Concept of Law*, cit., p. 116



Questa impostazione delinea un sistema dotato di autorità giuridica in quanto i giudici tendono a ricondurre certi modelli di comportamento, come il rispetto dei precedenti, ad un "comune standard per la corretta decisione delle controversie"<sup>77</sup>. Quando i giudici seguono i precedenti, non lo fanno per il timore di una sanzione, ma in quanto la comunità giuridica lo considera generalmente una pratica corretta, una norma, la cui inosservanza è prevedibile che venga vista negativamente.

Per quanto la spiegazione di Hart del punto di vista interno sia stata spesso intesa per significare l'adozione di un approccio riflessivo critico nei confronti delle regole, va notato che il suo argomento principale si riferisce più che alle regole a "certi modelli di comportamento"<sup>78</sup>. Alcune considerazioni dell'Autore sui precedenti chiariscono meglio il punto.

Sebbene un sistema di precedenti possa «dar luogo a un insieme di regole»<sup>79</sup>, un singolo precedente può essere propriamente descritto, più che come una regola giuridica, come un caso di "comunicazione tramite un esempio autorevole"<sup>80</sup>. Come le regole giuridiche, questi esempi sono caratterizzati da una "struttura aperta"<sup>81</sup> dal momento che non è possibile estrarre dai casi una corretta formulazione delle regole che sia sufficientemente univoca ed autorevole<sup>82</sup>. L'estrazione di una regola da un caso può condurre un tribunale ad allargare o a restringere i casi in cui essa può trovare applicazione<sup>83</sup>; ed in questo senso si potrebbe sostenere che i giudici, in virtù della dottrina del precedente, siano in grado di svolgere un'attività "pseudo-legislativa", o una "funzione di produzione delle regole" analoga all'esercizio di un potere delegato di regolazione da parte di un organo amministrativo<sup>84</sup>.

---

<sup>77</sup> *Ivi.*

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 57. For salutary warnings against interpreting the critical reflective attitude as directed towards rules and nothing else, V. Matthew H. Kramer, *In Defense of Legal Positivism: Law without Trimmings* (Oxford: Oxford University Press, 1999), 251-3; Jules L. Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, (Oxford: Oxford University Press, 2001), 82-3.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 135

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 126-7

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 128

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 134

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 134-5

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 135

L'argomento in base al quale i giudici fanno diritto non è, però, quello che Hart intendeva enfatizzare. Vale la pena osservare, in ogni caso, che un sistema di precedenti di *common law* solleva un problema di indeterminatezza nella misura in cui la giurisprudenza non è in grado di generare una risposta univoca e corretta a un dato problema ma può solo offrire una soluzione che costituisce un "ragionevole compromesso tra diversi interessi contrastanti". Inoltre, va anche considerato che nei casi di indeterminatezza, i giudici esercitano un certo margine di discrezionalità<sup>85</sup>.

In estrema sintesi, il concetto hartiano di punto di vista interno ci consente di comprendere che le categorie semantico-linguistiche del positivismo giuridico classico e, in parte, quelle del più moderno positivismo metodologico non aiutano a comprendere il valore del precedente giurisprudenziale, neanche nei sistemi di *common law*. L'idea che un vincolo giuridico si caratterizzi per la previsione di una sanzione rappresenta solo una prospettiva fuorviante derivata dall'adozione di categorie concettuali rigide. La prospettiva hartiana si dimostra la più evoluta nel ricomporre la contrapposizione tra positivismo giuridico e autorità del precedente. Si spiega quindi come mai un autore ottocentesco di tradizione europeo-continentale sia arrivato a sostenere che l'autorità dei precedenti dovesse essere intesa «meno come un comando e più come un consiglio, al quale non può essere ragionevolmente negata osservanza»<sup>86</sup>. È tra le maglie di questa ragionevolezza che si scorge la peculiarità della fonte giurisprudenziale.

### *iii. Il rapporto tra il positivismo giuridico e la dottrina di stare decisis*

Come è stato visto nel paragrafo precedente, alcuni studiosi hanno tentato di rinvenire un qualche legame tra l'affermarsi della dottrina di stare decisis e il contesto filosofico-giuridico di riferimento. Qualche autore si è addirittura spinto ad affermare che sia stato l'avvento del positivismo giuridico ad indurre il forzoso accostamento del concetto di "vincolatività" a quello di precedente giurisprudenziale, proprio in quanto il pensiero positivista non disponeva dell'apparato concettuale necessario a

---

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 131-2

<sup>86</sup> Theodor Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, 3 vols., 3rd edn (Graz: Akademische Druck und Verlagsanstalt, 1953; 3rd edn, orig. publ. 1887—8), III, 1034 ('... mehr als ein Ratschlag und weniger als ein Befehl, ein Ratschlag, dessen Befolgung man sich nicht füglich entziehen kann'). The belief is incorrect because (as Hart appreciated) one will often have good reasons for not following a precedent.

spiegare il valore della fonte giurisprudenziale<sup>87</sup>. Si spiegherebbe, in questo senso, l'anomalo irrigidimento della dottrina di *stare decisis* che si riscontra nell'ordinamento inglese per un periodo di tempo relativamente breve tra i secoli XIX e Ventesimo.

La dottrina ha elaborato almeno quattro argomenti in favore di questo rapporto tra positivismo giuridico e concezione del precedente vincolante.

Il primo di questi argomenti si basa sulla considerazione che l'approccio analitico sviluppato da Bentham ed Austin si sarebbe rivelato utile per i *common lawyers* al fine di "identificare gli elementi che devono essere considerati come norme giuridiche"<sup>88</sup>. A ben vedere, non si tratta di un argomento che pone in relazione in maniera diretta il positivismo con lo *stare decisis*, ma contribuisce comunque a spiegare il mutamento di mentalità dei giuristi anglosassoni. «Il genere di scienze analitiche sviluppato da Bentham ed Austin», ha spiegato Lobban, «consente di elaborare concetti e definizioni per mostrare al giudice e all'avvocato cosa dovrebbero ricercare e, in tal modo, legittima i giudici ad andare oltre gli angusti confini delle forme dell'azione»<sup>89</sup>.

Lo stesso Lobban, dopo aver fatto questa considerazione, procede ad esaminare come l'impulso alla concettualizzazione si sia diffuso nel diritto civile inglese del XIX secolo.

Commentando i grandi trattati inglesi in materia contrattuale, l'Autore osserva che «fu prevalentemente dopo la pubblicazione delle *Lectures* di Austin che venne avanzata una visione più filosofica dei concetti»<sup>90</sup>. La tesi viene poi articolata con riferimento a come una particolare categoria di giuristi sia arrivata ad identificare ciò che deve essere considerato norma giuridica. Il concreto supporto offerto dal positivismo giuridico classico a questo riguardo è quanto meno discutibile.

---

<sup>87</sup> V. DUXBURY, *op. cit.*, p. 50.

<sup>88</sup> LOBBAN, *The Common Law and English Jurisprudence 1760-1850*, Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 288.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 258.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 260.

I più influenti studiosi inglesi del '900 in materia contrattuale, Pollock ed Anson, hanno tratto ispirazione da Savigny e da Pothier più che da Austin<sup>91</sup>. Soltanto Stephen Leake risulta aver fatto riferimento alle teorie austiniane<sup>92</sup>.

Ad ogni buon conto, il maggiore problema di questo argomento è che non consente di comprendere facilmente quale impatto la giurisprudenza avesse sui giudici. Infatti, sebbene la giurisprudenza analitica abbia fornito ai giudici e agli avvocati una guida che ha consentito loro di concettualizzare meglio, per esempio, il diritto dei contratti, non è affatto scontato che tale guida sia stata effettivamente accolta.

Certo è che, sebbene i gius-positivisti classici inglesi abbiano mostrato scarso interesse per il diritto giurisprudenziale, nondimeno si sono rifiutati di accogliere l'idea che il giudice fosse niente altro che "la bocca che pronuncia le parole della legge"<sup>93</sup>. Come è stato visto nel paragrafo precedente, Austin non è stato in grado di individuare un criterio valido attraverso il quale dimostrare che tale diritto è a tutti gli effetti diritto valido. Tale conclusione non lo ha condotto, però, a seguire Bentham nel sostenere che la giurisprudenza non possa essere qualificata propriamente come diritto. Nelle parole dello stesso Austin, anche se «sembra che Bentham neghi che la giurisprudenza sia propriamente diritto, [...] a me pare che il fonte giurisprudenziale [...] quadri con la definizione data da Bentham di un comando genuino ma tacito»<sup>94</sup>.

In effetti, più Austin si esprimeva sul valore della giurisprudenza, meno sembrava inibito nel considerarla una valida fonte del diritto<sup>95</sup>. Ciò che, invece, lo turbava del diritto giurisprudenziale non era tanto il fatto che potesse qualificarsi come una fonte giuridica, quanto che tale fonte dovesse essere accolta o criticata.

Quel che è certo è che egli, come Bentham, rilevò ragioni di critica: «ogni sistema di diritto giurisprudenziale è caratterizzato in maniera considerevole da

---

<sup>91</sup> V. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford: Clarendon Press, 1979, pp. 682-3. Per quanto riguarda Pollock e Austin, v. per esempio POLLOCK, *Law and Command*, n.s. 1 *Law Magazine & Rev.*, 1872, pp. 189-205.

<sup>92</sup> Leake seguì Austin nel sostenere che le due principali classi di diritti sono i diritti alle cose e quelli contro le persone. V. LEAKE, *The Elements of the Law of Contracts*, London: Stevens Sons, 1867, pp. 1-6.

<sup>93</sup> MONTESQUIEU, *The Spirit of the Laws*, trad. T. Nugent, New York: Hafner, 1949, p. 159.

<sup>94</sup> AUSTIN, *Lectures*, p. 642

<sup>95</sup> V., per esempio, *Ibid.*, p. 664 ('The truth . . . is . . . that the general grounds or principles of judicial decisions are as completely Law as statute law itself').

vaghezza e inconsistenza ... [Un] sistema di diritto giurisprudenziale [...] è pressoché sconosciuto alla gran massa dei consociati, sebbene essi siano tutti obbligati a conformare la propria condotta alle regole e ai principî di cui consiste tale sistema»<sup>96</sup>.

Diversamente da Bentham, però, Austin riteneva che il diritto dei precedenti fosse un fenomeno a volte considerato in maniera troppo negativa. «[Vi] è più stabilità e coerenza nel diritto giurisprudenziale», scrive l'Autore, «di quanto, a prima vista, si possa immaginare»<sup>97</sup>. Ed ancora si legge in *The Concept of Law*, «una legge ben scritta è incoparabilmente più importante di una regola giurisprudenziale»<sup>98</sup>, ma, nondimeno, quando il principio di diritto giurisprudenziale «emerge dalle giurisdizioni superiori, a seguito di argomentazioni solenni, può risultare altrettanto accurato e lungimirante [...]»<sup>99</sup>.

Austin, come è stato notato in seguito, si è sforzato di non essere equivocabile, per quanto appaia chiaro come fosse del tutto convinto che la giurisprudenza costituisca diritto. L'idea che i giudici potessero essere rappresentati come mere "bouche de la loi" viene liquidata dall'Autore come una "infantile finzione", sostenuta principalmente dai giudici stessi<sup>100</sup>.

Questo radicale rifiuto della teoria dichiarativa rappresenta il fulcro del secondo argomento in favore di un legame tra lo stare decisis e il positivismo giuridico. Come ha osservato Neil MacCormick «Bentham e Austin hanno spiegato l'insensatezza della teoria dichiarativa del precedente; una volta che le loro «teorie furono accolte dal mondo giuridico, divenne chiaro che i giudici non avrebbero più potuto nascondersi dietro alla teoria dichiarativa per esprimere un dissenso rispetto ai precedenti»<sup>101</sup>. Se i giudici avessero avuto il dovere di rilevare e dichiarare loro stessi cosa era diritto, non avrebbero potuto che essere vincolati a rispettare le decisioni di altri giudici poiché si doveva assumere che queste fossero corrette dichiarazioni di ciò che era diritto. Tuttavia, se il giudice del precedente ha commesso un errore, quello che deve decidere il caso successivamente dovrebbe dichiarare ciò che è diritto

---

<sup>96</sup> *Ibid.*, 652

<sup>97</sup> *Ibid.*

<sup>98</sup> *Ibid.*, 661

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 651

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 634

<sup>101</sup> MACCORMICK, 'Can Stare Decisis be Abolished?', *Juridical Rev.*, 1966, 197-213, pp. 204-5.

facendo qualcos'altro che semplicemente seguire la decisione del passato. Ma in che cosa consisterebbe questo qualcos'altro? La tesi di Austin, secondo MacCormick, era che in tal caso i giudici svolgano a tutti gli effetti attività normativa e, dal momento che si tratta di una questione di necessità, lo dovrebbero fare "apertamente"<sup>102</sup>. Va detto, però, come osserva MacCormick, che «l'invito di Austin non venne accettato»<sup>103</sup>. Nonostante molti giudici inglesi del XIX secolo avessero riconosciuto le carenze della teoria dichiarativa, non sono mai stati disposti ad ammettere apertamente di svolgere una funzione normativa<sup>104</sup>. Il problema che stava alla base di questa posizione emerge chiaramente da un discorso tenuto da Walker Marshall alla *Juridical Society* nel novembre 1860<sup>105</sup>. Marshall non condivideva il principio che una corte di ultima istanza dovesse ritenersi vincolata a rispettare i propri precedenti. Sebbene tale principio non trovasse ancora applicazione nella House of Lords del 1860, Marshall sospettava correttamente che stesse progressivamente emergendo presso le corti superiori<sup>106</sup>. «Le corti di ultima istanza non sono infallibili»<sup>107</sup>, scrive l'Autore, e anche «quanto dette corti raggiungono decisioni che sono diffusamente ritenute come corrette non vi è alcuna garanzia che saranno così considerate per sempre»<sup>108</sup>.

A ben vedere, però, la principale obiezione mossa da Marshall all'idea che la House of Lords dovesse essere tenuta ad osservare i propri precedenti è che tali decisioni sarebbero diventate in tal modo inalterabili se non per opera del legislatore, elevando così la fonte giurisprudenziale allo stesso rango di quella legislativa<sup>109</sup>. I tribunali di grado inferiore debbono certamente seguire i precedenti fissati dalle giurisdizioni superiori, anche quando questi non sono corretti, dal momento che, in

---

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 205

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> *Ibid.*

<sup>105</sup> WALKER MARSHALL, 'Is a Judicial Tribunal, either of the Last Resort or Otherwise, Bound by the Principles Laid Down by Itself on Previous Occasions?' (1860) 2 *Juridical Society Papers* 331-50.

<sup>106</sup> On the House of Lords' gradual move during the nineteenth century towards considering itself bound by its own decisions, V. JACOB E. LANDAU, 'Precedents in the House of Lords' (1951) 63 *Juridical Rev.* 222-33, pp. 222-6.

<sup>107</sup> MARSHALL, *Judicial Tribunal*, cit., p. 341.

<sup>108</sup> 'If the rule that a court of ultimate appeal is absolutely bound by its own decisions were adopted, no allowance would be made for that change of morals, manners, and sentiments which the revolution of a few generations often effects in a people, and which insensibly operates upon and modifies the spirit in which the law is administered.' *Ibid.*, 348.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 345

caso contrario, la parte contro la quale la sentenza è stata pronunciata non esiterebbe ad impugnarla avanti la corte di legittimità nella speranza di ribaltare la pronuncia»<sup>110</sup>. Tuttavia, insiste Marshall, «lo stare decisis non esercita una tale forza morale quando la decisione deve essere resa da una corte di giurisdizione equiordinata o dalla stessa giurisdizione»<sup>111</sup>. «In questo caso la corte deve essere libera di affermare che il precedente si è basato su di una tesi giuridica erronea o che, comunque, non costituisce diritto in quanto incompatibile con le consuetudini o con l'imperitura logica della ragionevolezza o con la formulazione esplicita del testo legislativo»<sup>112</sup>. Nel caso in cui a una corte di ultima istanza sia negato questo margine di valutazione «ricadiamo nella fallacia [...] per la quale il processo decisionale comporta che la corte imponga un proprio diritto»<sup>113</sup>. Anche perchè, come l'Autore tiene a precisare «[le] decisioni dei nostri giudici non sono esse stesse diritto, ma costituiscono preziose illustrazioni del diritto»<sup>114</sup>.

La tesi di Marshall, per quanto apprezzabile, non sembra del tutto convincente. Da un lato, i giudici delle corti di grado inferiore dovrebbero riconoscere i precedenti come preziose fonti di conoscenza del diritto ed, al contempo, dovrebbero dichiarare cosa è diritto in conformità con tali fonti anche quando le ritengono erronee. Dall'altro lato, una corte di ultima istanza o appartenente a una giurisdizione equiordinata rispetto a quella da cui proviene il precedente non dovrebbe esitare a dichiararlo una errata illustrazione del diritto se appare tale.

Si propone, quindi, una rivisitazione della teoria dichiarativa che si differenzia in modo meno rigido con riferimento alle corti supreme. Marshall ha, comunque, insistito nell'affermare che le corti non fanno diritto.

Tuttavia, quando i giudici di ultima istanza rilevano una errata applicazione delle norme e si rifiutano di seguire i propri precedenti, cosa fanno concretamente? Non necessariamente creano diritto, dal momento che può capitare, per esempio, che il precedente venga abrogato da una legge. Anche nel caso in cui l'antinomia si ponga rispetto a una consuetudine, si potrebbe ancora sostenere che la teoria dichiarativa sia

---

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 334

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>113</sup> *Ibid.*, 337

<sup>114</sup> *Ibid.*, 334, Emphasis omitted.

valida posto che i giudici si troverebbero nella situazione di dichiarare che il diritto è qualcosa di diverso da quello esposto nel precedente. Sir George Jessel ha affermato nel 1880 che «il dover decidere un caso sulla base di un principio non è sufficiente se quel principio non è di per sè stesso giusto o applicabile», e che comunque «spetta al giudice stabilire se si tratta di un principio giusto o meno, potendo, nella seconda ipotesi, stabilire lui stesso il vero principio applicabile»<sup>115</sup>.

Ad ogni buon conto, però, affermare che un giudice dichiara semplicemente il diritto anche quando stabilisce il "vero" principio da applicare in conformità alle consuetudini non scioglie il nodo della definizione di nuovi principi giuridici e, più in generale, della evoluzione progressiva della common law. Il punto non è che i giudici devono risolvere la questione creando nuove norme dal nulla; le consuetudini possono certamente costituire una guida, così come anche le politiche pubbliche, le considerazioni di diritto naturale e le opinioni della dottrina, fra le altre cose. Piuttosto, il punto è che quando i giudici si rifiutano di seguire un precedente per una ragione diversa da ciò che richiede la legislazione, è difficile sostenere che non stanno facendo diritto ma lo stanno solo portando alla luce<sup>116</sup>.

MacCormick sembra sostenere che l'emergere del gius-positivismo classico abbia condotto la House of Lords ad affrontare in modo incerto il concetto di precedente secondo una logica non dissimile da quella di Marshall<sup>117</sup>. Non vi è dubbio che nel corso del XIX secolo la Camera dei Lords si sia sforzata di fare i conti con la fonte giurisprudenziale<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> Osborne to Rowlett (1880) 13 Ch.D. 774, 785.

<sup>116</sup> Sulle molte debolezze della teoria dichiarativa, v. JIM HARRIS, 'Retrospective Overruling and the Declaratory Theory in the United Kingdom — Three Recent Decisions' (2002) 26 *Revue de droit de l'Université libre de Bruxelles* 153-81; though cf. I. M. Finnis, 1 'The Fairy Tale's Moral' (1999) 115 *LQR* 170-5 pp. 172-3 ('The "declaratory theory of law" . . . if . . . taken as a "historical", descriptive assertion, . . . is of course falsified by the fact that the common law's rules have changed over the centuries. But it is better taken as a way of stating an important element in judicial duty . . . : the duty of judges to differentiate their authority and responsibility . . . from that of legislatures').

<sup>117</sup> V. MACCORMICK, 'Can Stare Decisis be Abolished?', 204-6.

<sup>118</sup> V., per esempio, *Brown v. Annandale* (1842) 8 Cl. & Fin. 437, 453; *R v. Millis* (1844) 10 Cl. & Fin. 534; *Bright v. Hutton* (1852) 3 HL. Cas 341; *Att. Gen. v. Dean of Windsor* (1860) HL Cas 369, 381, 391-3; *Beamish v. Beamish* (1861) 9 HL Cas 273, 338.



Nel 1801, Lord Eldon suggerì che la Corte inglese dovesse ritenersi non vincolata alle proprie decisioni<sup>119</sup>. Tuttavia, quando, verso la fine del secolo, la vincolatività del precedente era ancora incerta, la House of Lords decise il caso *London Tramways Co. v. London County Council*<sup>120</sup> ove affermò che non avrebbe potuto alterare i propri precedenti e che, eventualmente, questi avrebbero potuto essere modificati soltanto con un provvedimento legislativo del Parlamento. Ritenere diversamente avrebbe significato, da un punto di vista dogmatico, l'usurpazione da parte delle corti della funzione legislativa<sup>121</sup>. Si comprende, quindi, come in questa decisione si rinvenga tutta l'influenza esercitata dal positivismo giuridico sull'evoluzione della dottrina di *stare decisis*<sup>122</sup>.

Tuttavia, da una più attenta lettura della pronuncia in parola sembra doversi ritenere che l'irrigidimento dello *stare decisis* sia stato giustificato oltre che sulla base della necessità di collocare una volta per tutte il precedente tra le fonti del diritto, anche su altre cause. Si legge, infatti, nella sentenza: «nonostante i casi di insofferenza individuale che possono derivare dall'essere vincolati a seguire le proprie decisioni, è più opportuno che le corti di vertice chiudano la porta a specifiche questioni giuridiche una volta per tutte in modo che le corti di grado inferiore sappiano che la giurisprudenza su questi problemi è consolidata e gli avvocati possano farvi affidamento nel consigliare i propri clienti sulle probabilità di successo di una determinata azione giudiziale».

Si comprende, quindi, come l'adozione di un vincolo ai precedenti abbia costituito uno strumento per limitare il ricorso alle corti di vertice, ridurre il numero delle pronunce della House of Lords ed ingenerare negli operatori del diritto un maggiore affidamento nella giurisprudenza delle alte corti. Quel che è indubbio, però, è che da questo momento in avanti la prospettiva dei common lawyers cambia. Il precedente non è più un elemento incerto del ragionamento giuridico, bensì viene elevato a fonte primaria della common law. Si ha riscontro del consolidamento

---

<sup>119</sup> 'A rule laid down by the House of Lords cannot be reversed by the Chancellor ... The rule must remain, till altered by the House of Lords.' *Perry v. Whitehead* (1801) 6 Ves. Jun. 544, 547-8 (emphasis omitted).

<sup>120</sup> *London Tramways Co. v. London County Council* [1898] A.C. 375.

<sup>121</sup> Si veda anche il caso *Beamish v. Beamish*, 11 Eng. Rep. 735, 760-761 (1861)

<sup>122</sup> Cfr. sul punto DUXBURY, *op. cit.*

di questa impostazione in numerosissimi casi. Si veda, per esempio, nel caso *Lum v. Fullaway* del 1958 ove si legge: «Il genio della *common law*, sulla quale si basa la nostra giurisprudenza, è costituita dalla sua capacità di sviluppo ordinato [...] Il veicolo per tramite del quale tale sviluppo viene portato avanti è ciò che può essere descritto come il diritto giurisprudenziale. Ciò è evidente nelle esternazioni dei dotti oracoli del diritto. [...] Forse, la tendenza recente è quella di fare affidamento più sul legislatore che sulle corti per la corretta evoluzione del diritto. Non di meno, la normazione giudiziaria continua inesorabilmente»<sup>123</sup>. In altre parole, la versione più rigida della dottrina di *stare decisis* viene immutabilmente associata alla tradizione giuridica di *common law*.

Secondo MacCormick, la distruzione positivista della teoria dichiarativa spiega come mai la House of Lords abbia raggiunto questo risultato con difficoltà<sup>124</sup>. Nella parole dello stesso autore:

«La vera ragione per lo sviluppo moderno dello *stare decisis* fu la distruzione delle fondamenta sulle quali poggiava l'antico approccio al precedente. Quando i giudici non poterono più argomentare che nel discostarsi da un precedente non facevano altro che riformulare la "vera" *common law*, scelsero di non cogliere l'ortica e ammettere di svolgere una funzione normativa» [MACCORMICK, *Can Stare Decisis Be Abolished?*, p. 206].

In un certo senso, i giuspositivisti classici non sono riusciti a portare a termine il mutamento del pensiero giuridico inglese proprio a causa delle loro esitazioni sul concetto di precedente. Come ha osservato appropriatamente Duxbury, una delle ragioni del disagio dei giuspositivisti rispetto all'autorità del precedente derivava dal fatto che essi si proponevano di spiegare la validità delle leggi<sup>125</sup>. Essendo quest'ultimo un concetto statico, non era idoneo ad illustrare il valore del precedente giurisprudenziale<sup>126</sup>. Né Bentham né Austin sono riusciti a negare che la giurisprudenza costituisca una fonte di fatto. Austin ha anche ammesso, suo malgrado,

---

<sup>123</sup> *Lum v. Fullaway*, 42 Hawaii 500, 502-503 (1958); cfr. CALABRESI (1982) cit., p. 13.

<sup>124</sup> Cfr. DUXBURY, *op. cit.*, p. 55.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>126</sup> V. Stephen R. Perry, 'Judicial Obligation, Precedent and the Common Law' (1987) 7 *Oxf. Jnl. Leg. Studs.* 215-57 at 243; and Frederick Schauer, 'Precedent' (1987) 39 *Stanford L. Rev.* 571- 605 at 591-2.

che tale fonte di diritto, nonostante i diversi svantaggi, non è priva di virtù. Viene, a questo punto, da chiedersi come mai i giuspositivisti abbiano condotto la cultura giuridica inglese a riconoscere la derelizione della teoria dichiarativa senza, tuttavia, riuscire ad arrivare all'ammissione di una vera e propria funzione normativa dei giudici?

Forse la risposta si cela dietro la sopravvalutazione dell'influenza del pensiero giuspositivista inglese sull'attività dei tribunali. Va osservato, infatti, che, benché Bentham abbia formulato la propria versione di positivismo giuridico nel 1782, la versione più articolata non venne pubblicata prima del 1945<sup>127</sup>. Le sue argomentazioni in favore di una riforma del sistema giudiziario e la dura repressione del diritto giurisprudenziale sarebbero successivamente diventate abbastanza note: l'iniziativa per la riforma giudiziaria venne assunta da Lord Brougham nei primi decenni del XIX secolo<sup>128</sup>, mentre la costituzione dei *Law reports* fu, almeno in parte giustificata sulla base della tesi benthamiana per la quale, se proprio non si può fare a meno della giurisprudenza, è quanto mai opportuno avere almeno un ordinato sistema di pubblicazione dei precedenti<sup>129</sup>.

---

<sup>127</sup> Jeremy Bentham, *Of Laws in General*, ed. H.L. A. Hart (London: Athlone Press, 1970). This book lay unearthened among Bentham's papers until its discovery in 1945 by Professor Charles Everett of Columbia University. According to Hart, 'in broad outline the theory of law which this book presents is the same as that to be found in Austin's *Province of Jurisprudence Determined* and his *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*. For like Austin's theory, Bentham's is an imperative theory of law in which the central concepts are those of sovereign and command, and the definitions of both sovereign and command are at first sight very similar in the two authors. But Bentham *EXPOUNDS* these ideas with far greater subtlety and flexibility than Austin and illuminates aspects of law largely neglected by him.' H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1982), 108.

<sup>128</sup> V. Chester W. New, *Life of Henry Brougham to 1830* (Oxford: Clarendon Press, 1961), 391 ('in law reform he was the disciple of Bentham'); Robert Stewart, *Henry Brougham 1778-1868: His Public Career* (London: Bodley Head, 1986), 234-5; also *Speeches of Henry Lord Brougham*, 4 vols. (Edinburgh: Black, 1838), II, 287 ('The age of Law Reform and the age of Jeremy Bentham are one and the same. He is the father of the most important of all branches of Reform, the leading and ruling department of human improvement. No one before him had ever seriously thought of exposing the defects in our English system of Jurisprudence').

<sup>129</sup> V., e.g., the article from the *Daily Telegraph*, 30 November 1864, repr. in W. T. 8. Daniel, *The History and Origin of the Law reports* (London: Clowes, 1884), 237-40 at 238-9 ('Instead of everybody knowing the law, nobody knows it . . . How is this? The answer is, that law has developed and propagated itself with such amazing fecundity that the most assiduous industry cannot trace all its ramifications . . . First, there is the statute-book — the net result of the public labours of Parliament year after year . . . [B]ut . . . this mass is insignificant in comparison with the "judge-made law", the code of juridical decisions. We have six Chancery courts, three Common Law Courts, and several Courts of Appeal, besides other tribunals sitting day by day during a great part of the year; and all these Seats of justice contribute to swell the mighty flood of English jurisprudence. Every one of their

Tuttavia, l'idea che molti giudici inglesi del XIX secolo non conoscessero nulla della teoria positivista benthamiana sembra irrealistica<sup>130</sup>. Per quanto riguarda Austin, la questione è ancora meno chiara. Il fatto che non siano rintracciabili citazioni di questi autori da parte dei giudici dell'epoca non significa molto posto che era davvero molto raro che si facesse riferimento ad una fonte dottrinarie nelle motivazioni delle sentenze<sup>131</sup>.

In effetti, al di là delle mere speculazioni, non vi è prova certa che il giuspositivismo classico abbia influenzato significativamente la mentalità giudiziaria rispetto ai precedenti. Se i giudici avessero definitivamente abbandonato la teoria dichiarativa, come proposto dai positivisti, una sentenza come *London Tramways Co.* sarebbe stata inconcepibile.

MacCormick, al riguardo, sostiene che l'irrigidimento dello *stare decisis* abbia costituito una dottrina rassicurante per la prima generazione di giudici che, a causa della influenza positivista, hanno cercato un orientamento sulle macerie della teoria dichiarativa senza osare di ammettere la propria capacità normativa. Secondo questa impostazione, sebbene la dottrina del precedente non richieda ai giudici meramente di dichiarare qual è il principio di diritto da applicarsi, il loro ruolo creativo è stato confinato all'attività di *distinguishing*, ovvero alla specificazione di regole esistenti.

---

decisions constitutes a precedent which, so long as it is not overruled, binds Courts of Co-ordinate jurisdiction in analogous cases. Of course, many of the judgments contain no new principles, and are therefore omitted from the published legal reports. But, notwithstanding these omissions, the multitude of reported cases is far too great').

<sup>130</sup> Cf. Mortimer N. S. Sellers, 'The Doctrine of Precedent in the United States of America' (2006) 54 *Am. J. Comparative Law* 67-88, who discerns a nineteenth-century 'road of extreme *stare decisis*' (*Ibid.*, at 86), on which the 'British common law became increasingly rigid and formalistic, under the influence of Jeremy Bentham and his disciples' (*Ibid.*, 72). When judges did demonstrate any knowledge of Bentham, it was Bentham the legal reformer who tended to capture their imagination: *V. e.g., London, Chatham & Dover Ry Co. v. South Eastern Ry Co.* [1892] 1 Ch. 120, 140. CA, per Lindley L. J. (referring to Bentham's attack on the usury laws, as *EXPUNDED* in his *Defence of Usury* [London: Payne 1787]).

<sup>131</sup> ALBERT VENN DICEY (d.1922), who was largely sympathetic to Austin's jurisprudential premises but none the less critical of his account of parliamentary sovereignty, was one of the few nineteenth-century jurists to be cited by the courts during his own lifetime: *V. e.g., R v. Albany* [1915] 3 KB 716. 726, per Darling J; *In re De Keyser's Royal Hotel Ltd* [1919] 2 Ch. 197. 205. CA (arguendo); *Att. Gen. v. De Keyser's Royal Hotel* [1920] AC 508. 526. HL, per Lord Dunedin; and, for Dicey on Austin's account of sovereignty. *A V- Dicey, Introduction to the Law of the Constitution*, 8th edn (London: Macmillan, 1927) 68-74. The other obvious example of such a jurist was Frederick Pollock, who as noted already, was no Austinian.

Ad ogni buon conto, questo argomento, così come il primo che è stato considerato, si limitano a offrire suggestioni sul perché i giudici del periodo positivista possano essere stati attratti da una dottrina del precedente vincolante.

Il terzo argomento da prendere in considerazione sembra porsi su di un piano completamente diverso. Tale diverso approccio si sviluppa dall'idea di stampo positivista che il sovrano abbia tacitamente ordinato ai sudditi di evitare qualsiasi condotta alla quale i giudici abbiano ritenuto in passato di far corrispondere una sanzione. Nonostante, come è stato visto, i giuspositivisti classici – ed in particolare Bentham – abbiano avuto difficoltà nell'elaborare l'idea che i precedenti costituiscano norme giuridiche<sup>132</sup>, si riscontra un certo consenso nel considerare le norme giurisprudenziali come “comandi”. Una volta che i common lawyers hanno iniziato a concepire i precedenti come comandi sarebbe divenuto naturale per loro voler sapere quale ambito di applicazione avessero questi precetti ed, in particolare, quando venissero ad esistenza<sup>133</sup>. Per Austin non fu facile trovare una risposta a questa domanda. «É il numero delle decisioni nelle quali è stata seguita una data regola che la rende vincolante per i giudici futuri? O è, piuttosto, l'eleganza con la quale è formulata la regola...o la sua coerenza ed armonia rispetto all'ordinamento nel suo complesso? O è, invece, l'autorevolezza del giudice che ha deciso il caso nel quale è stata formulata la regola?»<sup>134</sup>.

Duxbury osserva che forse Austin non ha considerato la risposta più ovvia, ovverosia che la capacità di vincolare di un precedente – i.e. di servire come un comando – dipende dal livello di giurisdizione che lo elabora. Questa risposta, d'altra

---

<sup>132</sup> JEREMY BETHAM, “*To the Citizens of the Several American United States*”, (1817), in *The Works of Jeremy Bentham*, a cura di J. Bowring, Edinburgh: Tait, 1843, IV, 478- 507, p. 485 ove si legge: «*although we speak of a judge creating a rule when pronouncing a decision, this decision can be nothing more than a particular rule, bearing upon the individual person and things in question. Rules? Yes. Rules of law? No, for the binding force of the decision does not extend beyond the particular instance*».

<sup>133</sup> V. Jim Evans, ‘Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth Century’, in *Precedent in Law*, ed. L. Goldstein (Oxford: Clarendon Press, 1987), 35-72 at 69-70 (‘Bentham believed that the sovereign tacitly commanded subjects to avoid that beha-viour to which courts were in fact prone to attach a “punishment” as a consequence of past cases Austin believed that the sovereign must be understood as tacitly com-manding that the grounds of judicial decisions be observed in the future as rules of conduct . . . It was this view of law . . . which influenced the approach to precedent. For once lawyers began to think of case—law as just a set of rules of this sort, established by the rulings in cases, it became natural to want to define just when these rules existed and whom they bound’).

<sup>134</sup> AUSTIN, *Province*, II, p. 655.

parte, lascia irrisolto il problema del contrasto tra decisioni di corti equiordinate già emerso nel pensiero di Marshall<sup>135</sup>. Se assumiamo che le decisioni giudiziarie costituiscano comandi e che corti di pari grado forniscano soluzioni diverse allo stesso problema, quale comando dovrebbe prevalere? Va osservato che il giuositivismo classico, anche in questo caso, non ha fornito gli strumenti per rispondere a questa domanda e, quindi, per comprendere la formazione della dottrina del precedente vincolante. Tuttavia, questo argomento ha il pregio di mostrare come i precedenti siano in grado di esercitare una certa forza in relazione al rapporto di inferiorità/superiorità o, piuttosto, di equiordinazione tra l'autorità che ha elaborato il comando e quella che è chiamata successivamente ad applicarlo. Sulla base di questo rapporto diventa, quindi, possibile procedere ad una classificazione dei precedenti per gradi di coenza. A ben vedere, però, resta irrisolto il nodo sul perché in primo luogo i precedenti siano dotati di un certo grado di coenza.

Il quarto argomento che si propone di spiegare il legame tra l'avvento del positivismo giuridico e la dottrina del precedente sembrerebbe gettar luce proprio su questo nodo. Va rilevato, infatti, che, come Bentham ed Austin, anche Hobbes era diffidente nei confronti del concetto di precedente vincolante. Tuttavia, la prospettiva di quest'ultimo differisce significativamente da quella degli altri due.

Le decisioni giudiziarie, secondo Hobbes, possono essere intese come taciti comandi del sovrano. «[Il] comando è diretto al bene proprio di un uomo; ed è consiglio per il bene di un altro uomo», e mentre «un uomo può essere obbligato ad adempiere ciò che a lui è comandato... non potrà essere obbligato a fare ciò che gli è consigliato»<sup>136</sup>. Ed ancora, «il diritto, in generale, non è consiglio, ma comando – non un comando «di qualsiasi uomo verso qualsiasi altro uomo» ma, piuttosto, rivolto solo

---

<sup>135</sup> Marshall took the view that 'where several courts have a co-ordinate jurisdiction, each exercises an independent judgment upon any case which is presented to it, uncontrolled by any decision to which any other Court of co-ordinate jurisdiction may have arrived upon the same point'. Marshall, 'Judicial Tribunal', 336-7. This was the position eventually taken by the great nineteenth-century Master of the Rolls, ; Sir George Jessel. Cf. *In re Hallet's Estate* (1879) 13 Ch.D. 696, 712 with *In re Harper and Great Eastern Ry Co.* (1875) LR 20 Eq. 39, 43; and *V. also Osborne to Rowlett* (1880) ' 13 Ch.D. 774, 779 ('I used to think myself bound by any decision of a Vice-Chancellor that was twenty years old; but the Court of Appeal held in one instance that I was not 80 bound. I then reconsidered my position, and thought I was not bound by any decision of a Court of co—ordinate authority: accordingly I have since frequently declined to follow such authority'); and Sir Frederick Pollock, *A First Book of Jurisprudence for Students of the Common Law* (London: Macmillan, 1896), 304-5.

<sup>136</sup> Hobbes, *Leviathan*, II, 25. 4.

a coloro, come i giudici, che occupano una posizione di dovere verso il sovrano<sup>137</sup>. In questo senso, i giudici eserciterebbero una forma di autorità delegata. Questa descrizione del ruolo dell'autorità giudicante, però, non rappresenta in maniera adeguata l'idea che Hobbes ne aveva. I giudici, secondo il filosofo inglese, sono investiti della responsabilità di esercitare la "ragione naturale" in modo non dissimile da come lo farebbe il sovrano.

«Interpretazione della legge di natura è la pronuncia del giudice emessa su autorità del sovrano per udire e decidere le controversie che possano insorgere; e consiste nell'applicazione del diritto al caso presente. In quanto nell'atto di giudicare, il giudice non fa altro che considerare se la domanda della parte è conforme alla ragione naturale e all'equità; e la sentenza che rende è pertanto interpretazione della legge di natura...» [HOBBS, *Leviathan*, II, 26, p. 23]<sup>138</sup>

Secondo Hobbes, pertanto, i precedenti non rappresentano solo ciò che il sovrano avrebbe comandato, ma anche come avrebbe ragionato se avesse dovuto decidere il caso. Nelle parole dello stesso Autore, «il giudice deve tenere presente che la sua sentenza deve essere conforme alla ragione del suo sovrano»<sup>139</sup>. L'affidamento al precedente, nell'idea hobbsiana, è spesso indicativo di una infantile inabilità a discernere da soli il giusto percorso<sup>140</sup>. A ben vedere, al di là della sua scarsa opinione della pratica di seguire i precedenti, egli ritenne, come ha rilevato Postema, di offrire un argomento positivista in grado di ricollegare il concetto di precedente con quello di ragione<sup>141</sup>.

---

<sup>137</sup> *Ibid.*, II, 26. 2.

<sup>138</sup> «*The interpretation of the law of nature, is the sentence of the judge constituted by the sovereign authority, to hear and determine such controversies, as depend thereon; and consisteth in the application of the law to the present case. For in the act of judicature, the judge doth no more but consider, whether the demand of the party be consonant to natural reason, and equity; and the sentence he giveth, is therefore the interpretation of the law of nature . . .*». Cfr. anche *Ibid.*, II, 26, p. 24: «*judicial reason is neither the artificial perfection of reason extolled by Coke nor the "right reason" of the sovereign, but merely the natural reason of any competent person; judges are as prove to error as anyone else, and so while a judge today might well follow an example set by his forebears he finds it satisfactory, he should not consider it binding – even "though sworn to follow it" – if he considers it mistaken*».

<sup>139</sup> *Ibid.*, II, 26. 14.

<sup>140</sup> V. *Ibid.*, I, 11. 21.

<sup>141</sup> V. Gerald J. Postema, 'Some Roots of Our Notion of Precedent', in *Precedent in Law*, 9-33 at 11-13; and, more generally, Postema, *Bentham and the Common Law Tradition* (Oxford: Clarendon Press, 1986), 46-60.

iv. *L'importanza della motivazione come estrinsecazione della ratio*

Di tutti gli sforzi positivisti di spiegare l'affermazione di una dottrina del precedente, la tesi di Hobbes sembra quello più efficace. E ciò, non perchè vi sia qualcosa di particolarmente illuminante nell'idea che i giudici ricorrono allo stesso tipo di ragionamento che svolge il sovrano, ma piuttosto perchè si riconosceva apertamente che l'uso della ragione era connaturato all'idea di giudizio del XVII secolo. Da questo momento in avanti, come è stato evidenziato, i giudici inglesi hanno cominciato a prestare maggiore attenzione ai precedenti sebbene ancora lo stare decisis non si fosse consolidato. La spiegazione di questa maggiore attenzione risiede chiaramente nella teoria hobbesiana: l'autorità delegata ai giudici non è semplicemente quella di emanare comandi ma anche quella di offrire ragioni in virtù del dovere verso il sovrano. Le ragioni di cui i giudici muniscono le decisioni che adottano esercitano una forza direttiva indipendentemente dal fatto che rappresentino realmente la volontà del sovrano o meno. «Non vi è stato un piano di sviluppo della common law», ha osservato Milsom, ma questo non significa che il suo progresso non abbia avuto alcuna guida: «[i]l ragionamento seguito ieri potrebbe non aver determinato il risultato di oggi, ma definisce i termini nei quali oggi la controversia può essere portata o meno avanti una corte»<sup>142</sup>. Gerald Postema ha osservato che, secondo Coke ed Hale, il criterio della ragione implica coerenza:

«nel linguaggio comune del XVII secolo, perchè un giudizio fosse “against reason” (o più spesso “inconvenient”) doveva essere incoerente con il diritto nel suo complesso ed impossibile da collocare in maniera lineare nella common law. Concepire il diritto come razionale (come *summa ratio* per usare le parole di Coke) non voleva dire considerarlo come desumibile da principi primi universali, bensì partire dal presupposto che esiste come un complesso coerente. “Razionale” significava “razionalmente coerente”. Come ha sostenuto Hale, la “ragionevolezza” e la “certezza” del diritto dipendeva dalla capacità dei giudici di “mantenere la costanza e la coerenza del diritto”» [POSTEMA, *Classical Common Law Jurisprudence* (Part I), p. 178]<sup>143</sup>.

---

<sup>142</sup> MILSON, *Reason in the Development of the Common Law*, 1965, 81 LQR 496- 517, pp. 497-8.

<sup>143</sup> La citazione dell'ultimo passaggio è tratta da Matthew Hale, 'Reflections by the Lrd. Chiefe Justice Hale on Mr Hobbes His Dialogue of the Lawe' (c. 1675), in Sir William Holdsworth, *A History of English Law*, 3rd edn, 9 vols. (London: Methuen, 1922-6), V, 500-13 at 506.



Si deve tenere presente che questa impostazione non significa che la ragione impone di trattare casi simili in modo simile<sup>144</sup>. Si richiedeva piuttosto che le sentenze fossero coerenti con l'ordinamento nel suo complesso e non con specifiche decisioni del passato. Come è stato sottolineato da Blackstone «il diritto e l'opinione del giudice» - che nel contesto può essere intesa per significare il precedente - «non sono la stessa cosa; dal momento che può capitare che il giudice fraintenda il diritto»<sup>145</sup>.

L'idea che i limiti individuali della capacità di offrire ragioni favoriscano l'osservanza dei precedenti costituisce, comunque, un problema minore in questo contesto. Molto più importante è la questione di cosa si dovesse intendere per ragione in quanto non vi è dubbio che Coke e Hale avessero attribuito a questo concetto un significato molto diverso da Hobbes.

Il dovere del giudice hobbesiano non è, infatti, quello di arrivare ad una decisione che risulti coerente con l'ordinamento nel suo complesso, ma piuttosto elaborare sentenze che rappresentino la ragione naturale del sovrano, posto che, in ultima istanza, ciò possa eventualmente risultare giuridicamente coerente.

Coke e Hale, invece, ritenevano che la ragione del giudice corrispondesse non alla ragione naturale di cui qualsiasi persona competente è capace, bensì alla ragione colta o “artificiale” che proviene dallo studio e dall'esperienza giuridica acquisita nel corso del tempo<sup>146</sup>. Il perseguimento di tale ragione artificiale finisce per promuovere l'adozione di decisioni coerenti dal momento che i giudici e gli avvocati tenderebbero

---

<sup>144</sup> Coke, it ought to be noted, sometimes did appear to claim as much: V., e.g., his Preface to the Book of Entries (orig. Latin folio 1614), repr. in English in *The Selected Writings of Sir Edward Coke*, 3 vols., ed. S. Sheppard (Indianapolis: Liberty Fund, 2003), 11, 558—62 at 561 ('The learned Sages of the law doe found their judgement upon legall reason and judicciall President; the one they find in our bookes of yeres and termes, the other out of records formerly examined and allowed: These two, Reason and President are clarissima mundi lumina [the clearest lights of the world]. . . [I]t is safe for the Client and the Councillor also (if he respect his conscience) to follow Presidents formerly approved and allowed'). But he also emphasized consistency with law and reason over precedent: cf. *Slade's Case* (1602), repr. in *Ibid.*, I, 116-24 at 120 ('in divers Cases precedents do not make a Law . . . [H]e who would have advantage of precedents ought to search for them at his peril, . . . for if none, or no usual precedents are not shewn, the Court ought to adjudge according to Law and reason'); also Preface to Part Three of the Reports (1602), 74 repr. in *Ibid.*, I, 59—78 at 60.

<sup>145</sup> William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 4 vols. (Chicago: University of Chicago Press, 1979 [1765—9]), 1, 71. Blackstone is here elaborating the proposition 'that precedents and rules must be followed, unless flatly absurd or unjust' (*Ibid.*, 70).

<sup>146</sup> V., e.g., Sir Edward Coke, *Twelfth Reports, Prohibitions del Roy* (1607) 12 CO. Rep. 63, 64; Hale, 'Reflections by the Lrd. Chiefe Justice Hale on Mr Hobbes His Dialogue of the Lawe', 111 Holdsworth, *A History of English Law*, V, 500-13; and, generally, Donald R. Kelley, *The Human Measure: Social Thought in the Western Legal Tradition* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1990), 180-3.

a fare riferimento ai reports e ai digesti per rinvenire le argomentazioni su cui può fondarsi la *ratio* delle pronunce future.

Esponendo il pensiero di Hale, Pocock ha osservato che tale Autore considerava il diritto come un flusso poichè viene costantemente riformulato dal popolo, dal parlamento e dai giudici in risposta alle loro immediate esigenze pratiche. Quel che pare di maggior rilievo in questo contesto è che il veicolo di questa costante riformulazione è costituito dall'uso dei precedenti invece che dal ricorso al libero esercizio della ragione<sup>147</sup>. Questa idea sembra enfatizzare eccessivamente la concezione del precedente nel pensiero giuridico inglese del XVII secolo. Lo stesso Hale, in effetti, era pronto ad affermare quello che Austin non fu in grado di chiarire ovverosia che, per quanto le decisioni giudiziarie «abbiano valore di legge tra le parti [...], non creano propriamente diritto (poiché solo il Re ed il Parlamento possono farlo)»<sup>148</sup>. Nondimeno, lo stesso Autore ha aggiunto che, sebbene non abbiano l'autorità della legge, i precedenti giurisprudenziali sono dotati di «notevole Peso ed Autorevolezza nell'Esporre, Dichiarare e Rendere Pubblico ciò che è il Diritto di questo Regno»<sup>149</sup>. Similmente, Coke ha sottolineato che «nel nostro diritto, gli esempi costituiscono buoni argomenti»<sup>150</sup>, e che «la raccolta di casi particolari od esempi rappresenta il più perspicuo modo di insegnare la giusta regola ed il ragionamento giuridico»<sup>151</sup>.

Si è indotti a concludere, quindi, che, anche prima dell'irrigidimento tardo-ottocentesco dello stare decisis, i giudici tendessero ad osservare i precedenti in quanto erano generalmente considerati come attendibili esemplificazioni del corretto ragionamento giuridico<sup>152</sup>. Questo non significa che ai giudici fosse consentito dare

---

<sup>147</sup> Pocock, 'Burke and the Ancient Constitution', 137.

<sup>148</sup> Sir Matthew Hale, *The History of the Common Law of England*, ed. C. M. GRAY (Chicago: University of Chicago Press, 1971 [1713]), 45.

<sup>149</sup> *Ibid.*

<sup>150</sup> *Ognel v. Paston* (1587) 2 Leon. 84, 86. Coke's point in this particular instance was that precedents ('examples') may sometimes illustrate not the general rule but an exception to it: V. BAKER, *Law's Two Bodies*, 20-1.

<sup>151</sup> Coke, *The Reports of Sir Edward Coke*, vol. III (Dublin: Moore, 1793 [1607]), p. ix (preface). Though Coke's reference to 'examples' in *Ognel v. Paston*, it is worth mentioning, was a reference not to reported law but to the record of the court. In *Ognel's case*, furthermore, the record was not of a decision but of the fact that the relevant writs had been issued.

<sup>152</sup> V., e.g., Postema, 'Some Roots of our Notion of Precedent', 22-3; 'Classical Common Law Jurisprudence (Part II)', 17.

per scontato la validità e l'applicabilità di questi strumenti. Nel XVIII secolo, Lord Mansfield avvertiva di non elevare “casi particolari” al di sopra dei “principî generali che governano i precedenti e che tramite essi sono veicolati”<sup>153</sup>; inoltre, già nel secolo precedente, la tesi maggioritaria non era che tali strumenti potessero essere assunti come corretta illustrazione del diritto, bensì che essi dovessero essere “verificati” al fine di comprendere se potevano servire a tale funzione o piuttosto essere riformulati o perfezionati<sup>154</sup>.

Un legame tra la funzione dei precedenti e la ragione era stato, nondimeno, stabilito: anche se alla “ragione” non poteva corrispondere un significato statico, vi era sufficiente consenso nel ritenere che essa costituisse “the life of the law”<sup>155</sup> e che per comprendere tale diritto vivente fosse per tutti necessario conoscere i precedenti giurisprudenziali.

v. *L'influenza dell'introduzione dei Law reports sull'utilizzo dei precedenti*

La constatazione che soltanto nel XIX secolo la dottrina di stare decisis giunge a maturazione nonostante gli importanti contributi filosofico-giuridici offerti nei secoli precedenti induce a porsi delle domande anche al di là della influenza esercitata dal pensiero positivista. Certa dottrina ha sostenuto che anche la forma delle raccolte giurisprudenziali abbia contribuito a ritardare l'affermazione dell'autorità dei precedenti. Sebbene la stampa dei c.d. Year Books e la prima diffusione di alcune raccolte avesse consentito ai common lawyers di prestare maggiore attenzione alla casistica, l'importanza di questi strumenti non deve essere sopravvalutata. Lo scopo principale degli Year Books, infatti, non era quello di fornire ad avvocati e studenti una ordinata raccolta di precedenti, ma piuttosto una guida per orientarsi nella selva dei pleadings. «La maggior parte di quello che viene riportato negli Year Books è costituito dagli scambi verbali tra giudici ed avvocati, ed è molto difficile – spesso

---

<sup>153</sup> Rust v. Cooper (1774) Cowp. 629, 632.

<sup>154</sup> V. Thomas Hedley, speech to the House of Commons, 28 June 1610, in Proceedings in Parliament 1610. Vol. II: House of Commons, ed. E. R. Foster (New Haven: Yale University Press, 1966), 170-97 at 176-9; also Postema, Classical Common Law 85 Jurisprudence (Part II)', 13-14.

<sup>155</sup> V. Sir Edward Coke, Institutes of the Laws of England (1628), I, 97.

impossibile – estrarre da queste raccolte null a che assomigli a una sentenza»<sup>156</sup>. Gli altri tipi di raccolte che vennero introdotte dopo gli Year Books erano spesso di una tale scarsa qualità che i giudici ne proibivano la citazione in sede giurisdizionale<sup>157</sup>. D'altra parte, questi primi strumenti per la pubblicazione di informazioni giuridiche erano stati pensati in relazione ad una certa struttura del processo giudiziario e per un fine meramente educativo dei praticanti avvocati. In ogni caso, va rilevato che nel XVII secolo, fatta eccezione per la *Court of Chancery*<sup>158</sup>, vi erano troppi pochi precedenti pubblicati affidabili da costituire un riferimento obbligatorio nella decisione di casi analoghi<sup>159</sup>. Francis Bacon, otto mesi dopo essere stato nominato Lord Keeper of the Seal, si impegnò a nominare law reporters ufficiali per l'elaborazione di accurate raccolte dei casi più importanti. Ciò che Bacon si aspettava da questa nuova classe di reporters lo si trova esplicitato negli Aforismi 74 e 74 del suo *Example of a Treatise on Universal Justice*:

---

<sup>156</sup> Ibbetson, 'Case Law and Judicial Precedents', 66; in a similar vein, V. John Hanna, 'The Role of Precedent in Judicial Decision' (1957) 2 Villanova L. Rev. 367-84 at 374-5.

<sup>157</sup> It is unclear whether the reports were intended primarily to instruct practitioners or to instruct students, but there is no doubt that they were intended to provide information rather than to be used in the course of legal practice. V. David Ibbetson, 'Law Reporting in the 1590s', in *Law Reporting in Britain*, ed. C. Stebbings (London: Hambledon Press, 1995), 73-88.

<sup>158</sup> So far as the doctrine of precedent is concerned, equity reports show that the equity courts were somewhat ahead of the game. Equity judges appear by the early seventeenth century to have been quite regularly relying upon precedents as recorded in the Chancery Register's Books to guide their decisions in like cases, though in looking to prior decisions judges were usually looking for similar actions on similar facts and were not especially interested in what earlier judges had to say. V., generally, W.H.D. Winder, 'Precedent in Equity' (1941) 57 LQR 245—79; Michael Macnair, 'The Nature and Function of the Early Chancery Reports', in *Law Reporting in Britain*, 121-32; though cf. Henry Campbell Black, *Handbook on the Law of Judicial Precedents, or The Science of Case Law* (St. Paul, Minn.: West, 1912), 30-6 (claiming that principles of equity had their origins in common-law decisions). It is not particularly surprising that this should have happened given that, by the Tudor period, equity courts were more often than not concerned with teasing out the merits of individual cases rather than applying legal rules. For a summary of Chancery jurisprudence around this time, V. *Earl of Oxford's Case* (1615) 1 Rep. Ch. 1, 6-7, per Lord Ellesmere C. ('The cause why there is a Chancery is that men's actions are so diverse and infinite that it is impossible to make any general law which may aptly meet with every particular act and not fail in some circumstances. The office of the Chancellor is to correct men's consciences for frauds, breach of trusts, wrongs and oppressions of what nature soever they be, and to soften and mollify the extremity of the law').

<sup>159</sup> This is not to claim that a case could only constrain later courts if it was reported. Sometimes, an earlier case would be treated as authority because the record of it was brought into court to corroborate counsel's memory of the case, or to verify the accuracy of a law report. It is perhaps worth observing more generally that the distinction which we draw today between manuscript and printed text was by no means as clear in the seventeenth century: in libraries, for example, manuscript and print were shelved side by side, and manuscripts for private circulation were quite often issued as supplements to printed works (particularly political works). V. generally David McKitterick, *Print, Manuscript and the Search for Order 1450-1830* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), 22-52.

«Fate che questo sia il metodo per prendere nota dei giudizi e metterli per iscritto. Riportate i casi precisamente, parola per parola; inserite le ragioni che il giudice offre a sostegno delle sue decisioni; non confondete il valore dei casi adottati come esempi con quello del caso principale; ed omettete le arringhe dei difensori, a meno che non contengano qualcosa di molto importante. Fate sì che i reporters siano selezionati fra i più dotti giuristi e ricevano un salario dallo stato. Ma non lasciate che i giudici stessi interferiscano con i reports; per timore che siano troppo coinvolti nella valutazione dei giudizi da loro stessi emessi ed eccedano la funzione del reporter nel fare troppo affidamento sulla propria autorità»<sup>160</sup>.

L'iniziativa di Bacon fallì in larga parte perché dipendeva dalla collaborazione degli avvocati i quali non avevano alcun interesse a che andasse a buon fine<sup>161</sup>. Egli, nondimeno, contribuì a delineare i *law reports* del futuro<sup>162</sup>. Per poter assistere ad un significativo miglioramento della qualità delle raccolte si deve aspettare fino alla metà del XVIII secolo, quando Lord Mansfield, in qualità di Lord Chief Justice d'Inghilterra, non solo si rifiutò di mantenere raccolte di casistica incomplete ed inaccurate ma chiamò i migliori reporters del paese per lavorare sulla giurisprudenza del King's Bench<sup>163</sup>. Alla fine del XVIII secolo, tutte e quattro le corti superiori disponevano di *law reporters* professionali<sup>164</sup>. Altre raccolte accurate e gestite da personale qualificato fecero la loro comparsa nel corso del XIX secolo fino a quando, nel 1865, il Council of Law Reporting venne ufficialmente costituito ed iniziò a pubblicare i *Law Reports* che conosciamo oggi.

---

<sup>160</sup> Francis Bacon, 'Example of a Treatise on Universal justice or the Fountains of Equity. by Aphorisms: one Title of it', in *The Works of Francis Bacon*, ed. I. Spedding, R. L. Ellis and D. D. Heath, 14 vols. (London: Longmans, 1861-79), V, 88-110 at 104. V. also Daniel R. Coquillette, *Francis Bacon* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1992) 110--11, 253.

<sup>161</sup> V. Spedding's comment in *The Works of Francis Bacon*, XIII, 267-8 ('Its success depended upon the co-operation of those who did not wish it to succeed. The law cannot be made simpler, cheaper, speedier, surer, and more generally intelligible, without the help and consent of the lawyers; and it is the interest of the lawyers that the law should be intricate, costly, slow, uncertain, and intelligible to none but themselves'); also Coquillette, *Francis Bacon*, 200, 214-15 n. 54.

<sup>162</sup> Holdsworth, *A History of English Law*, V, 374 ('Bacon, at the beginning of the seventeenth century, had already foreshadowed the shape which the reports will eventually assume').

<sup>163</sup> On Mansfield's view of inferior *law reports*, V. James Oldham, *English Common Law in the Age of Mansfield* (Chapel Hill: University of North Carolina Press, 2004), 30-1; C. H. S. Fifoot, *Lord Mansfield* (Oxford: Clarendon Press, 1936), 14, 214-15.

<sup>164</sup> *The Term Reports for King's Bench*, Henry Blackstone for Common Pleas, Vesey Junior for the Chancery and Anstruther for the Exchequer.

La qualità delle raccolte giurisprudenziali migliorò significativamente nel '800 non solo perché il lavoro cominciò ad essere svolto stabilmente da professionisti, ma anche per l'adozione del sistema di abbreviazione Pitman attraverso il quale divenne possibile riprodurre le decisioni giudiziarie pressoché letteralmente<sup>165</sup>.

Dalla seconda metà del XIX secolo, le raccolte giurisprudenziali erano diventate così accurate che, in alcuni casi, i reporters inviavano ai giudici le trascrizioni delle loro pronunce rese oralmente per eventuali correzioni e approvazione<sup>166</sup>.

Il fatto che i reporters avessero iniziato a riprodurre le *ipsissima verba* dei giudici potrebbe aver contribuito notevolmente al rafforzamento dello stare decisis dal momento che ignorare incolpevolmente una precedente decisione stava diventando progressivamente più difficile.

*vi. Il breve periodo del vincolo rigido al precedente e la prevalenza del modello statunitense*

Il dibattito sul potere della House of Lords di annullare i propri precedenti si fonda più sul modo con cui questo potere è stato acquisito che con le caratteristiche dello stesso. Come è stato visto, una certa parte della dottrina ottocentesca tendeva a ricollegare la presunta forza vincolante dei precedenti con il rapporto di gerarchia tra gradi giurisdizionali. In altri termini, si assumeva che le corti inferiori fossero

---

<sup>165</sup> On the development of shorthand in the nineteenth century, V. Sir Isaac Pitman, *A History of Shorthand*, 3rd edn (London: Pitman & Sons, 1891; 1st edn publ. 1852); and Matthias Levy, *The History of Short-hand Writing* (London: Trübner & Co., 1862). On earliest uses by law reporters (mainly criminal trial reporters), V. James Fitzjames Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, 3 vols. (London: Macmillan, 1883), I, 383; G. Glover Alexander, 'The Province of the Judge and of the Jury' (1905—6) 31 *Law Mag. & Rev. Quart. Rev. Juris.* (5th ser.) 1-24, 184-204, 289-315, 451-65 at 5-6; John H. Langbein, 'The Criminal Trial before the Lawyers' (1978) 45 *U. Chicago L. Rev.* 263-316 at 265; 'Shaping the Eighteenth-Century Criminal Trial: A View from the Ryder Sources' (1983) 50 *U. Chicago L. Rev.* 1-136 at 12. As might be expected, in other jurisdictions, and in other areas of reporting, the introduction of shorthand had much the same impact: V., e.g., Thomas Hodgins, 'Origin of Short—hand Reporting in the Courts' (1908) 28 *Canadian Law Times & Rev.* 139-46; Oswald M. T. Ratteray, 'Verbatim Reporting Comes of Age' (1973) 56 *Judicature* 368-73; Elizabeth G. McPherson, 'Reporting the Debates of Congress' (1942) 28 *Quarterly Journal of Speech* 141-8 at 147.

<sup>166</sup> V. Sir Frederick Pollock, *Essays in the Law* (London: Macmillan, 1922), 252, 255-6. In 1662, legislation was passed requiring that *law reports* only be printed with the consent of the Lord Chancellor, the Lord Keeper of the Seal, the Lord Chief Justice, or the Lord Chief Baron. The legislation expired after thirty years, and in any event had imposed upon the holders of these offices only an obligation to peruse the reports to judge their general quality and authenticity rather than carefully read them to check for errors. V. Wallace, *The Reporters*, 34—7 n. 3.

comunque obbligate ad osservare i precedenti delle corti supreme. Questa impostazione, però, non consentiva di spiegare come facessero i precedenti ad esercitare una forza di qualche sorta anche orizzontalmente ovverosia nei confronti di giudici di un grado giurisdizionale equiordinato rispetto a quello nel contesto del quale venne elaborato il precedente o magari nei confronti della stessa corte.

L'idea che una corte possa essere vincolata ai propri precedenti viene generalmente ricondotta al fatto che le corti di ultima istanza tendono a considerare i propri precedenti sempre e comunque come corretti in quanto costituiscono l'esito di un procedimento complesso al termine del quale non sono consentite altre istanze di verifica. Ai nostri giorni, nella maggioranza dei sistemi di common law le corti supreme non sono rigidamente vincolate a seguire i propri precedenti, per quanto non tendano neppure ad annullarli con troppa disinvoltura.

In termini più generali, il fatto che le corti di ultima istanza di common law abbiano stabilito come utilizzare i propri precedenti non ha mai sollevato particolari dibattiti. A ben vedere, però, l'Inghilterra costituisce un'eccezione.

Le implicazioni del caso *London Tramways Co.* andarono ben oltre le previsioni dei giuspositivisti classici. In un periodo nel quale la giurisdizione di ultima istanza della House of Lords aveva raggiunto la sua massima estensione, il rischio di perdere il controllo degli orientamenti giurisprudenziali in conseguenza del crescente numero di istanze era concreto ed anche per questa ragione l'approccio ai precedenti era stato notevolmente irrigidito. Negli Anni '40 del Novecento, Lord Wright affermò che, qualora le medesime circostanze di fatto si ripropongano, la decisione del passato «deve essere considerata come se fosse parte di un Atto del Parlamento»<sup>167</sup>. D'altra parte, però, alcuni anni dopo, Lord Reid tentò di precisare che sebbene in alcuni casi i giudici interpretino i precedenti della House of Lords «come se fossero disposizioni di atti legislativi» tale interpretazione non è mai appropriata in quanto « [n]on è compito degli onorevoli e dotti Lords né di altro giudice elaborare definizioni o formulare regole ferree. É loro compito enunciare principi e molto di quello che esprimono deve essere inteso come illustrativo od espositivo e mai

---

<sup>167</sup> Lord Wright, 'Precedents' (1943) 8 Cambridge L. J. 118-45 at 126.

definitivo»<sup>168</sup>. Per tutta la prima metà del XX secolo, la dottrina rigida del precedente venne osservata non senza problemi. In particolare, emerse presto l'insofferenza delle High Courts nell'applicare in un periodo di rapidi mutamenti sociali precedenti elaborati in epoche anche molto risalenti.

Così, nel 1966 il Lord Chancellor Gardiner annunciò in un "*Practice Statement*" - una sorta di memorandum generale della corte - che, mentre «[I]e loro eccellenze i Lord considerano l'uso del precedente come un fondamento indispensabile sopra il quale valutare qual è il diritto applicabile», essi «riconoscono non di meno che un'osservanza troppo rigida del precedente può determinare situazioni di ingiustizia in casi particolari ed, inoltre, costringere indebitamente il giusto sviluppo del diritto. Essi propongono, pertanto, di modificare la loro attuale prassi e, pur continuando a trattare le decisioni precedenti di questa Camera come normalmente vincolanti, avere la facoltà di discostarsi dai precedenti laddove appaia opportuno farlo»<sup>169</sup>.

In altre parole, la più alta corte britannica ammetteva esplicitamente che il dovere di osservare il precedente non aveva mai avuto natura formale, e che avrebbe sempre dovuto essere ancorato alla ricerca di una condizione di giustizia nel caso concreto. Pare significativo che l'osservanza dei precedenti venga definita come una "practice" invece che come un "duty" o un "obligation", disconoscendo sostanzialmente la tesi di Lord Wright.

Inoltre, va rilevato che con questo documento anche i Lord sembrano ricadere nella fallacia di Wallace nella misura in cui affermano che i precedenti della Corte continueranno ad essere trattati "*as normally binding*" ma che, al contempo, sia

---

<sup>168</sup> Cassel & Co. Ltd v. Broome [1972] AC 1027, 1085, HL. [...] On occasions, furthermore, the House of Lords may be specifically entrusted with the task of clarifying the law, as is the case, for example, when an Attorney-General's reference is passed on to it by the Court of Appeal under the Criminal Justice Act 1972, s. 36 (3).

<sup>169</sup> Practice Statement of the House of Lords, [1966] 1 Weekly L. R. 1234 (H. L. (E.)): «*Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. Their Lordships nevertheless recognize that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from previous decision when it appears right to do so. In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law. This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House.*». La Corte Suprema Irlandese, analogamente, dichiarò intorno allo stesso periodo la capacità di discostarsi dai propri precedenti, v. Att. Gen. v. Ryan's Car Hire Ltd [1965] IR 642.



possibile discostarsene quando "*it appears right to do so*". Due idee apparentemente antitetiche che, tuttavia, lasciano emergere una concezione normativa dinamica che conferma l'inadeguatezza delle categorie dogmatico-linguistiche del giuspositivismo.

Da una più attenta lettura del comunicato della House of Lords emergono alcuni altri elementi che meritano qualche considerazione.

Innanzitutto, la Corte accoglie la concezione per la quale i precedenti non sono, di per sé, diritto ma, piuttosto, rappresentano indispensabili strumenti di conoscenza delle norme giuridiche.

In secondo luogo, i Lords riconoscono che la tendenza a rispettare i precedenti fornisce «un certo grado di sicurezza giuridica sulla quale i cittadini possono fare affidamento nella conduzione dei propri affari». In altre parole, si assume che il rispetto dei precedenti favorisca la coerenza dell'ordinamento nell'interesse dei cittadini, i quali devono essere posti nella condizione di poter prevedere con un certo grado di certezza quali saranno le conseguenze che l'ordinamento riconduce ad una determinata condotta. La Corte mette, quindi, in chiaro uno degli interessi pubblici che giustificano l'autorità dei precedenti, ovverosia il perseguimento della certezza e della coerenza del diritto.

In terzo luogo, viene precisato che questa dichiarazione di intenti «non è intesa per interessare l'uso dei precedenti in contesti diversi» dalla House of Lords. Questa frase ambigua potrebbe, in effetti, essere intesa in modi diversi. Da un lato, essendo la Corte ben consapevole dell'efficacia verticale che esplicano i suoi precedenti, potrebbe trattarsi di una conferma di quello che viene apparentemente negato in quanto la Corte non ha formalmente il potere di imporre regole su tutti i giudici d'Inghilterra. Dall'altro lato, può darsi che i Lords siano realmente consapevoli di una efficacia orizzontale dei precedenti che prescinde dal rapporto di gerarchia tra giurisdizioni. In altri termini, si intenderebbe preservare il rispetto dei precedenti tra corti equiordinate o nell'ambito della stessa corte anche al di fuori della giurisdizione di vertice.

Infine, merita qualche osservazione anche la forma del Practice Statement. Infatti, non pare di poco conto che, se l'intento era quello di annullare il vincolo rigido ai precedenti stabilito nel caso *London Tramways Co.*, l'atto con il quale la Corte si è proposta di fare ciò ha una natura del tutto eterogenea. Alcuni autori, addirittura, hanno sostenuto che non si possa parlare a tutti gli effetti di una antinomia proprio a

causa dell'inidoneità del Practice Statement di collocarsi nella common law. Tra questi autori, Julius Stone ha insistito nell'affermare che soltanto la sentenza debba essere riguardata come parte della common law. Altri autori come Hicks hanno, invece, avallato la tesi che non si configuri un'antinomia in quanto non vi sarebbe una vera contraddizione tra i due atti poiché i Lords non hanno rinnegato qualsiasi autorità dei precedenti<sup>170</sup>.

Vero è che, negli anni del Practice Statement l'estensione della giurisdizione della House of Lords era decisamente più ridotta rispetto al periodo d'oro del colonialismo britannico. Non vi era più il timore di perdere il controllo sulla giurisprudenza in conseguenza della moltitudine di istanze provenienti dalle diverse regioni dell'Impero. Pertanto, un rigido sistema di utilizzo dei precedenti non era ritenuto più necessario. Da questo punto di vista si confermerebbe l'andamento oscillatorio dell'autorità dei precedenti in relazione a contesti normativi frammentati o, comunque, suscettibili di frammentazione.

Se tra la fine del XIX Secolo e la prima metà del XX, la dottrina di *stare decisis* aveva raggiunto il massimo rigore nel Regno Unito, lo stesso, infatti, non può dirsi essere avvenuto negli Stati Uniti d'America. Edward Wise<sup>171</sup> riconosce, in effetti, che una versione rigida della dottrina di *stare decisis* non è mai stata osservata oltre oceano e che la moderata considerazione statunitense dei precedenti rappresenta una dottrina più risalente sebbene non meno progredita. Si può anzi ritenere, secondo l'opinione dell'autore, che un vero e proprio vincolo al precedente sia esistito solo nell'Inghilterra di fine '800.

Fin dagli scritti di Alexander Hamilton, l'autorità della fonte giurisprudenziale è stata intesa in America come strumento per prevenire l'arbitrarietà giudiziaria, ovvero sia per offrire al giudice una guida anche quando manchino norme positive chiare (cfr. Federalist n. 78)<sup>172</sup>. Come ha scritto il giudice Cardozo, «quando i giudici

---

<sup>170</sup> Cfr. DUXBURY, *op. cit.*, p. 60.

<sup>171</sup> Edward M. Wise, *The Doctrine of Stare Decisis*, 21 Wayne L. Rev. 1043, 1046-1047, (1975).

<sup>172</sup> Alexander Hamilton, James Madison and John Jay, *The Federalist* (New York: Barnes&Noble, 2006 [1787-88]). Cfr. Devlin, *The Judge*, 181 ('[C]ase law...is...because of the doctrine of precedent, a broad description of the way in which, unless Parliament intervenes, the judges intend to continue using their powers. Respect for precedent is exacted, not only to keep the law in good shape, but primarily as a safeguard against arbitrary and autocratic decision-making.').

esercitano la propria discrezionalità, non è loro consentito decidere in libertà ma pur sempre in base alle opzioni che offre il diritto»<sup>173</sup>.

Diversamente dalla House of Lords, la Corte Suprema Statunitense, così come la gran parte delle altre corti di ultima istanza di common law, hanno sempre dimostrato di non adottare una versione rigida della dottrina del precedente e, pertanto, di poter annullare i propri precedenti quando il caso lo richieda. Un noto e risalente esempio per la Corte statunitense è costituito dal caso Louisville, Cincinnati e Charleston RR v. Letson<sup>174</sup> ove i Justices hanno ribaltato una dottrina costituzionale sullo status giuridico delle *corporations*. Inoltre, si pensi anche ai casi successivi alla nota pronuncia West Coast Hotel Co. v. Parrish del 1937<sup>175</sup> attraverso i quali la Corte mutò gran parte dei propri orientamenti per consentire l'introduzione della legislazione sociale rooseveltiana.

Come riporta dettagliatamente William Douglas, durante i trent'anni intercorrenti tra il 1860 e il 1890, la Corte Suprema di Washington ha annullato, espressamente o in fatto, precedenti chiave in diciotto occasioni. In dieci di questi casi, la Corte fu unanime. In tredici dei casi annullati, la Corte era stata altrettanto unanime. Otto di questi casi interessavano questioni di natura costituzionale. Dieci casi interessavano questioni di diritto statale, di *common law* e di interpretazione delle leggi<sup>176</sup>.

Nel periodo intercorrente tra il 28 marzo del 1937 e il 1949, la Corte statunitense in trenta casi annullò precedenti decisioni. In ventuno di questi casi, il mutamento della giurisprudenza si è basato su ragioni costituzionali. Nella stragrande maggioranza dei trenta casi, i precedenti annullati erano stati decisi negli ultimi venti anni. In cinque casi la Corte annullò decisioni relative all'interpretazione di provvedimenti del Congresso, così «depurando il flusso del diritto dei relitti di sua creazione» ed evitando di attendere l'iniziativa dell'organo politico.

---

<sup>173</sup> V. CARDOZO, *The nature of judicial process*, cit., p. 113.

<sup>174</sup> V. Louisville, Cincinnati and Charleston RR v. Letson, 43 US 497 (1844). Volendo fare riferimento ad altre corti supreme di common law cfr. per la Corte australiana il caso Viro v. R (1978) 141 CLR 88; per la Corte canadese il caso R v. Salituro [1991] 3 SCR 654; per la Corte neozelandese il caso In re Rayner [1948] NZLR 455.

<sup>175</sup> V. West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937) con la quale venne ribaltato il precedente Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S. 525 (1923).

<sup>176</sup> William O. Douglas, *Stare Decisis*, 49, Columbia Law Review, 6 (1949), pp. 735- 758.

Il ruolo dello *stare decisis* nel diritto costituzionale americano risulta ancora più attenuato<sup>177</sup>. Al di là della contrapposizione tra originalisti e realisti legali o evoluzionisti, i giudici americani sono sempre stati ben consapevoli che è la costituzione che hanno giurato di applicare e difendere, e non la glossa che i loro predecessori possano averci scritto sopra. Anche per questa ragione, negli Stati Uniti sono state elaborate raffinate tecniche di *distinguishing*.

A ben vedere, questo tipo di tecnica può indubbiamente servire lo scopo di un *overruling* o avere, comunque, lo stesso effetto, come ha osservato il giudice Brandeis nel caso *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*<sup>178</sup>. Come conseguenza, l'abilità nel distinguere un caso dall'altro ha sempre escluso una vera e propria vincolatività dei precedenti.

Questo modello più flessibile di concepire la dottrina del precedente è stato poi anche confermato dalla prassi adottata dai giudici statunitensi di adottare pronunce interpretative di rigetto nel tentativo di conciliare il ruolo preminente del Congresso con la funzione di controllo spettante alla Corte in chiave collaborativa<sup>179</sup>. Tale prassi giudiziaria ha indotto Alexander Bickel ed Harry Wellington a definire il ruolo svolto dalle corti come "*passive virtues*" o "*second-look doctrines*" in virtù di una concezione più dialogica e meno conflittuale della funzione dei precedenti.

In estrema sintesi, infatti, quando la disposizione è destinata ad essere espulsa dall'ordinamento in quanto incostituzionale, i giudici, anziché dichiararne subito l'illegittimità, emettono quella che in Italia definiremmo una sentenza "monito" evitando, da un lato, le implicazioni negative ed i rischi di una dichiarazione di incostituzionalità e, dall'altro lato, di avallare una disposizione come costituzionalmente compatibile<sup>180</sup>. In questo modo, peraltro, si dà al legislatore il tempo di prendere provvedimenti per prevenire, o almeno attenuare, le conseguenze di una eventuale dichiarazione di incostituzionalità. Queste valutazioni di cautela hanno consentito di qualificare come virtuosa una non-azione, da cui l'appellativo "*passive virtues*".

---

<sup>177</sup> ID.

<sup>178</sup> *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285, US, 393, 408.

<sup>179</sup> Cfr. CALABRESI (1982) cit., p. 8; Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch at the Bar of Politics* (New Haven, CT: Yale University Press, 1986).

<sup>180</sup> CALABRESI (1982) cit., p. 17.

Secondo Bickel e Wellington questa tecnica costituisce, insieme ad altre, l'ennesimo esempio di dialogo tra corti e parlamento, tanto auspicato da Cardozo e Calabresi<sup>181</sup>. Quel che non viene messo abbastanza in evidenza è che questa prassi o dottrina ha contribuito a ridefinire la funzione dei precedenti in un sistema di *common law* in modo non lontano da quello che si sta verificando anche nei sistemi Europeo-continentali<sup>182</sup>.

É certamente vero, infatti, che laddove la costituzione, così come interpretata nei precedenti, risulti incompatibile con una data previsione legislativa, una rigida dottrina di *stare decisis* non consentirebbe di evitare una dichiarazione di illegittimità neanche nell'ipotesi di un *prospective overruling*, ovvero quando, per tutelare le ragioni di affidamento delle parti, si decide secondo i vecchi precedenti, ma si muta la regola esclusivamente per il futuro.

Non è mancato chi, come Gerald Gunther, ha mosso dure critiche verso questa dottrina argomentando, da un lato, sulle implicazioni negative per la *common law* e, dall'altro, sul fatto che non è compito delle corti dialogare con il Parlamento, se non altro, per il rischio di una celata invasione della sfera politica<sup>183</sup>.

Ad ogni buon conto, la dottrina maggioritaria statunitense ha sempre tendenzialmente escluso una concezione "vincolante" del precedente. Scrive Allen che «la "forza vincolante" dei precedenti è diventata una sorta di frase sacramentale che contiene prevalentemente una finzione»<sup>184</sup>. «I giudici vengono formati per credere che l'analogia rispetto ai casi del passato rappresenti la logica più convincente, specialmente quando i precedenti sono stati decisi da giurisdizioni superiori. In base a questo diciamo che sono "vincolati". Ma l'obbligo è solo intellettuale [...]. In fin dei conti, sono loro stessi che decidono se un precedente è applicabile oppure no»<sup>185</sup>.

---

<sup>181</sup> Cfr. CARDOZO, *A Ministry of Justice* (1921) cit.; CALABRESI (1982) cit.

<sup>182</sup> Con riferimento a questo secondo aspetto si veda *infra* Cap. III, § 2.

<sup>183</sup> CARDOZO, *Jurisprudence* (1932) cit., p. 19.

<sup>184</sup> ALLEN, "Precedent and Logic", 334.

<sup>185</sup> *Ibid.*, pp. 333-4. V. anche DUXBURY, *op. cit.*, p. 13; cfr, inoltre, *The Vera Cruz* (No. 2) (1880) 9 PD 96, 98, per Brett M.R. ("But there is no statute or common law rule by which one court is bound to abide by the decision of another of equal rank, it does so simply from what may be called the comity among judges. In the same way there is no common law or statutory rule to oblige a Court to bow to its own decisions, it does so again on the grounds of judicial comity.").

In effetti, l'idea di un vincolo "intellettuale" non sembra essere molto esplicativa se non nella misura in cui richiama le teorie europeo-continentali sull'autorità persuasiva in base alle quali i giudici dovrebbero seguire i precedenti tranne quando ritengano di non farlo<sup>186</sup>. Questa suggestione ha, però, il pregio di mettere in evidenza che l'autorità dei precedenti non prescinde da qualsiasi elemento volitivo/discrezionale del soggetto agente chiamato ad applicare il diritto. In altre parole, se l'autorità della fonte legislativa non dipende dall'interprete, l'autorità del precedente giurisprudenziale si adatta alle esigenze del giudice nel caso concreto.

Come ha appropriatamente osservato Duxbury, «i precedenti mancano della capacità di vincolare, non perché non condizionino realmente i giudici nella loro attività giurisdizionale, ma piuttosto perché non hanno le stesse caratteristiche delle norme positive le quali esprimono forza cogente in relazione al timore per le conseguenze che l'ordinamento riconduce alla loro inosservanza»<sup>187</sup>. In prima approssimazione, possiamo dire, infatti, che negli ordinamenti di common law così come in quelli di civil law, l'osservanza dei precedenti da parte dei giudici non è presidiata da un apparato sanzionatorio idoneo ad ingenerare un reale timore nel giudice che se ne discosti per le conseguenze della sua decisione. Si vedrà meglio nei capitoli successivi che questa affermazione è solo parzialmente vera in quanto alcuni ordinamenti, tra cui quello italiano, prevedono una serie di conseguenze di tipo pseudo-sanzionatorio che incentivano il rispetto dei maggiori orientamenti giurisprudenziali (v. *infra* Cap. IV).

Quel che preme mettere in evidenza, per il momento, è che i giudici di common law non sono sottoposti ad alcuna pseudo-sanzione per l'ipotesi in cui si rifiutino di seguire i precedenti proprio in quanto la fonte giurisprudenziale tende a valorizzare il contributo dell'interprete nell'offrire *ragioni* di analogia o di differenziazione. In questo senso la natura dell'autorità del precedente si differenzerebbe da quella delle norme legislative.

Questa differenziazione, però, viene spesso posta in una prospettiva manichea per arrivare ad affermare che i precedenti, comunque li si voglia intendere, non sono

---

<sup>186</sup> Richard A. Wasserstrom, "The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification", Stanford: Stanford University Press, 1961.

<sup>187</sup> V. DUXBURY, *op. cit.*, p. 13.

dotati della forza cogente della legge, ma piuttosto esercitano un'autorità meramente morale<sup>188</sup>. Hans Kelsen nella sua *Teoria Pura del Diritto* ha più volte messo in evidenza come le norme morali si distinguano dalle norme giuridiche in quanto determinano nei confronti del trasgressore soltanto un certo grado di disapprovazione sociale, mentre il diritto costituirebbe sempre un comando coercitivo che annette una sanzione alle condotte violative delle sue norme<sup>189</sup>. Risulta chiaro come questa prospettiva manichea prosegua in un certo senso sul tracciato del giuspositivismo novecentesco<sup>190</sup> in base al quale, nella parole di John Austin, «la virtù vincolante del diritto giace nella sanzione che è annessa ad esso»<sup>191</sup>.

Come è stato visto nei paragrafi precedenti, questa teoria del diritto come comando coercitivo, evidentemente incompatibile con la versione statunitense della dottrina di stare decisis, è stata confutata da Hart nel suo *The Concept of Law*. Anche Derrida e Rosenfeld<sup>192</sup> hanno osservato che la concezione dell'obbligatorietà del diritto basata esclusivamente sulla minaccia dell'uso della forza rappresenta niente altro che una concezione ancestrale inidonea a fornire le categorie per spiegare i fenomeni normativi odierni.

A ben vedere, già prima che questa teoria cadesse sotto la scure hartiana, una delle sue principali carenze emerse in relazione alla dottrina del precedente statunitense. Infatti, sebbene la decisione di una corte dovesse, in linea di principio e salvo impugnazioni, essere accettata dalle parti in causa e potesse costituire un riferimento indefettibile per tutti i consociati, non si capiva per quale ragione i giudici dovessero motivare il rifiuto di seguire un'autorità meramente morale. Il problema non era di poco conto se si pensa che Cross e Harry, nel loro notissimo *Precedent in English Law*, avevano sottolineato come i giudici inglesi «devono prendere in considerazione» le precedenti decisioni delle corti superiori e «sono talvolta obbligati a seguire un precedente anche qualora avessero quelle che altrimenti sarebbero buone

---

<sup>188</sup> *Ibid.*, p. 14

<sup>189</sup> V., e.g. Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, trans. M. Hartney (Oxford: Oxford University Press, 1991; orig. German publ. 1979, 97-8; *Pure Theory of Law*, 2<sup>nd</sup> edn; *Law and Morality*

<sup>190</sup> Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*.

<sup>191</sup> John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. W.E. Rumble (Cambridge: Cambridge University Press, 1995 [1832]), 151.

<sup>192</sup> Cfr. ROSENFELD-CORNELL-CARLSON, *Deconstruction and the Possibility of Justice*, New York: Routledge, 1992.

ragioni per non farlo». Sebbene questo passaggio non si distingua per chiarezza espositiva, ha il pregio di mettere in evidenza l'inadeguatezza di una concezione meramente morale o persuasiva dell'autorità dei precedenti. Una qualche forma di condizionamento esiste.

La dottrina americana sembra risolvere questa contraddizione mettendo in evidenza, più che il dovere di conformarsi ai precedenti in forza della loro autorità, quello di prenderli in considerazione nel ragionamento giuridico in virtù dell'obbligo di offrire ragioni ovvero di motivare le sentenze<sup>193</sup>. «Qualora i giudici non intendano seguire un precedente», è stato detto, «si ritiene generalmente che procederanno a distinguerlo dal caso al loro esame o ad annullarlo sulla base di un insieme di ragioni categoriche»<sup>194</sup>. Né i giudici, né tantomeno la dottrina staunitensi hanno dedicato particolare attenzione alle conseguenze cui incorrerebbe un giudice che si discosti o ignori sistematicamente i precedenti. Lo scopo principale della giurisprudenza, osserva Austin, «non è l'imposizione di una regola, bensì, prima di tutto, la risoluzione della controversia nella quale il giudice deve applicare una regola»<sup>195</sup>. Da questa considerazione si prende coscienza del fatto che i precedenti giurisprudenziali sono prima di tutto sentenze destinate a produrre effetti nella sfera giuridica della parti. Emerge, quindi, una configurazione del precedente come strumento di conoscenza della regola applicata al caso concreto al termine di un processo di ponderazione delle prescrizioni legislative rispetto agli interessi in gioco.

---

<sup>193</sup> “We say that [the judge] is bound by the decisions of higher courts; and so he undoubtedly is. But the superior Court does not impose fetters upon him; he places the fetters in his hands ...The humblest judicial officer has to decide for himself whether he is or is not bound.” Carleton Kemp Allen, *Law in the Making*, 3<sup>rd</sup> edn, (Oxford: Clarendon Press, 1939), 247-48. For reiterations and elaborations of the point, V. Allen, *Precedent and Logic*, 333-4; N. E. Simmonds, *Central Issues in Jurisprudence: Justice, Law and Rights*, 2<sup>nd</sup> edn, (London: Swett&Maxwell, 2002), 146. For the notion that a court might not consider itself bound to follow precedent but still consider itself bound to take account of precedent when making decisions, V. James Hardisty, *Reflections on Stare Decisis*, (1979) 55 *Indiana L. J.* 41-69 at 48. One might think that in the absence of a rule or recognized judicial declaration to the effect that this is required practice, such a convention will never be regarded by judges as a duty. But common-law judges sometimes do treat such conventions thus: examples would be where there are informal but well-recognized judicial norms against treating, say, foreign precedents or the works of living treatise writers as legal authority. The important point for the purposes of the discussion here, nevertheless, is that judges could, according to the classical positivist account of legal authority, no more be said to be bound to take account of precedents than they could be said to be bound to follow them.

<sup>194</sup> V. DUXBURY, *op. cit.*, p. 16.

<sup>195</sup> John Austin, “Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law, 2 vols., 5<sup>th</sup> edn, ed. R. Campbell(London: Murray, 1885), II, p. 621.



Quando i giudici di common law operano il c.d. "*distinguishing*" esercitano una certa limitata funzione normativa nella misura in cui articolano maggiormente il processo di ponderazione finendo per alterare i presupposti della regola. Detta regola, quindi, troverà in futuro applicazione solo qualora ricorrano anche gli ulteriori elementi che hanno integrato il nuovo processo di ponderazione. Anche il c.d. "*overruling*" altera la regola di common law identificata attraverso i precedenti. Tuttavia, questo diverso strumento è caratterizzato da un effetto decisamente più radicale dal momento che abroga definitivamente la regola, in genere sostituendola con una generata attraverso un processo di ponderazione in tutto diverso. L'*overruling* reso "*per incuriam*" costituisce la tipologia più audace di annullamento di un precedente in quanto si assume che la ponderazione operata dal giudice del passato fosse sbagliata ed abbia generato una regola incompatibile con le ragioni di giustizia<sup>196</sup>.

È indubbio che una delle ragioni per le quali le corti di common law ricorrono con maggiore cautela all'*overruling* è costituita dall'esigenza di contenere il rischio di delegittimazione dello *stare decisis*. Tuttavia, come ha opportunamente osservato Neil Duxbury, lo strumento di *overruling* non è soltanto compatibile con lo *stare decisis* ma ne costituisce una caratteristica peculiare. Infatti, se vi è ancora qualche differenza tra normazione ed interpretazione, la possibilità di modificare ed annullare i precedenti al di là dell'intervento del legislatore palesa la dimensione dinamica della fonte giurisprudenziale, in contrapposizione al carattere statico della legge<sup>197</sup>. In questo modo, la motivazione della sentenza incardina l'autorità del precedente in quanto finisce per costituire una "*istantanea*" di un processo in divenire<sup>198</sup>. L'interprete sottoposto all'obbligo di motivazione, non può sottrarsi dal confronto con gli argomenti giuridici già svolti in passato proprio per la disponibilità dello strumento dei precedenti i quali, nelle parole di Schauer, pongono sui giudici un vero e proprio

---

<sup>196</sup> LEWIS, *The Truth About Precedent*, 73, Law Society Gazette, 1976, p. 957, ove l'autore arriva a sostenere che «*the binding force of precedent is whittled down to nothing more, in practice, than a persuasive authority*»

<sup>197</sup> V. DUXBURY, *op. cit.*, p. 17.

<sup>198</sup> V. *Ibid.*, p. 65; ed, inoltre, HALSBURY, *Laws of England*, 4° ed., vol. 1 (1), London: Butterworths, 1989, pp. 156-7, 190- 2, § 83 e 99.

"argumentative burden"<sup>199</sup>. Tale onere si estrinseca in un vero e proprio vincolo per il giudice ad argomentare circa il rapporto tra la regola che applicherà nel caso concreto e quella risultante dai precedenti.

## **2. Il valore del precedente nella tradizione giuridica romanistica**

### *i. L'esperienza romana fino a Diocleziano*

Gli storici, in particolare gli storici del diritto romano che si sono occupati dello «stile» della giurisprudenza, come Pringsheim, Shulz e Bretone, ci avvertono del fatto che i Romani, soprattutto nel periodo classico, non si curavano di elaborare enunciati di carattere generale e astratto: non era congeniale alla loro mentalità pratica e casistica andare alla ricerca degli «universali», di formule così ampie da essere adattate a tutte le circostanze che presentassero caratteri di omogeneità o di similitudine, ma così generiche da risultare non sovrapponibili alle singole fattispecie. Anzi essi guardavano con diffidenza alle generalizzazioni<sup>200</sup>. Operavano infatti mediante *regulae*: espressioni riassuntive della fattispecie, cioè assunti brachilogici.

Risulta infatti dalle fonti che la stessa espressione di *regula* non nasce, come saremmo portati a credere, nel linguaggio dei giuristi; la si ritrova innanzitutto nelle opere di grammatica ed architettura. Ma anche quando è invalsa nell'uso dei giuristi, la *regula* continua ad essere un oggetto di cui diffidare: era l'applicazione del diritto a dover creare la regola, non la regola a dover creare il diritto<sup>201</sup>. L'avvertimento di Paolo, *non ex regula jus sumatur sed ex jure quod regula fiat* (D. 50,17, 1), aveva appunto questo intendimento. Fu il giurista Labeone (45 a.C.) che per primo usò il termine *regula* (traduzione del greco *kanon*) con significato normativo in diritto ed inteso come sinonimo di *definitio*<sup>202</sup>. Il giurista Paolo (II-III secolo d.C.) sosteneva che

---

<sup>199</sup> V. SCHAUER, *Precedent in Law*, 39 Stanford L. Rev., 1987, 571-605 pp. 580-1; cfr. anche DUXBURY, *op. cit.* p. 112.

<sup>200</sup> Peter Stein, *Regulae iuris. From juristic rules to Legal Maxims*, (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1966), p. 102.

<sup>201</sup> Mario Bretone, *Storia del diritto romano*, (Roma-Bari: Laterza, 2001), pp. 303-308.

<sup>202</sup> Cfr. Enrico Pattaro, *Alle origini della nozione «Principi generali del diritto»*, in M. Basciu (a cura di), *Soggetto e principi generali del diritto*, (Milano: Giuffrè, 1987), p. 39; Luca MEZZETTI, (a cura di), *Principi costituzionali*, (Torino: Giappichelli, 2011), pp. 6 ss.

la *regula* definisse qual era il diritto applicabile ad un dato insieme di circostanze di fatto. Si trattava, come diceva Sabino (I secolo d.C.), di qualcosa di simile ad una *causae coniectio*, ossia ad un'enunciazione sintetica del diritto applicabile<sup>203</sup>. Ne derivò una formula che, dapprima, si limitava ad illustrare il diritto applicabile in determinati casi, ma che col tempo assunse via via una portata normativa o pseudo-prescrittiva. Tale operazione venne ripetuta relativamente a molte categorie di casi omogenei e si costituì una trama di *regulae*, che tanto le Istituzioni di Gaio quanto il Digesto e le altre compilazioni mostrano.

Verso la fine del II secolo la regola giurisprudenziale avallata da un rescritto imperiale acquisiva forza di legge. Va detto, però, che il diritto giurisprudenziale di epoca romana veniva elaborato dai giureconsulti più che dai giudici. Il potere giudiziario di risolvere i conflitti era, infatti, affidato nelle mani di persone comuni nominate dall'autorità imperiale e non, in via stabile, ad una categoria professionale di esperti giuristi. Questo comportava che le argomentazioni in diritto fossero affidate a soggetti esterni alla causa ma noti per la loro erudizione giuridica, ovverosia i giureconsulti. I precedenti, quindi, non traevano tanto la propria autorità dalla legittimazione del giudicante quanto dall'importanza del giureconsulto citato nella decisione<sup>204</sup>. L'influenza che queste autorità esercitavano sul diritto era tale che in epoca augustea si tentò di disciplinarle attraverso l'introduzione di un *jus publice respondendi ex auctoritate principis*, ovverosia di un diritto a formulare *responsa* qualificati che doveva essere concesso dall'autorità del Cesare<sup>205</sup>.

Gli studiosi contemporanei segnalano che, nonostante nei primi secoli (dal III a.C. al III d.C.) il diritto romano fosse costruito sul diritto giurisprudenziale, ed esprimesse quindi una concezione pragmatica dei rapporti sociali basata su un ragionamento di tipo induttivo, i giureconsulti non esitavano a formulare enunciazioni di ampio contenuto. Rendendo i loro pareri su casi singoli e concreti, essi ne ricavano regole tendenzialmente astratte, oppure facevano discendere la soluzione del caso esaminato da regole di ampia portata, rintracciate nella tradizione del *ius civile*.

---

<sup>203</sup> Cfr. Stein, (1966), cit., pp. 67 e ss.

<sup>204</sup> Cfr. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 694; Roscoe POUND: *The Spirit of the Common law*, 1921, pp. 170-181

<sup>205</sup> Massimo La Torre, *Il giudice, l'avvocato, e il concetto di diritto*, Rubbettino Editore, 2002, p. 72.

Va rilevato che negli anni '30 del Novecento gli studiosi di diritto romano erano fermi nella convinzione che il *ius civile* fosse costituito da un aggregato di regole non derogabili dalla legge. Questa concezione è ormai superata, ma ci conferma nella convinzione che la forza della tradizione - o dell'idea di tradizione - fosse così grande dall'indurre a credere che il *ius civile* fosse un aggregato di regole talmente elaborato da non sopportare incursioni né deroghe da parte della legislazione occasionale.

Con i primi imperatori che autorizzavano i giuristi di loro fiducia a raccogliere i *responsa*, compaiono i primi libri che raccolgono *regulae*: i *libri regularum*, scritti da giureconsulti membri del *consilium principis* e destinati ai funzionari inferiori della burocrazia imperiale. Il *princeps* - in origine saltuariamente, poi in modo stabile con Adriano (117-138 d.C.) - si avvale di un corpo consultivo (*consilium principis*) cui furono chiamati i maggiori giureconsulti. Il *consilium principis* costituì uno strumento di supporto istituzionale al carattere normativo delle *regulae iuris*.

Tali *regulae* estesero poi la loro portata - già generale entro determinati ambiti del diritto (ad esempio, la *regula Catoniana* in materia di legati) - a tutto il diritto, divenendo vere e proprie massime, del tipo *iuris ignorantia nocet*<sup>206</sup>.

La massima era la trasformazione di una regola in un principio di ampio tenore, che tuttavia, per essere applicato, richiedeva di essere circostanziato. La distinzione tra le *regulae juris* e le *maximae juris*, così come noi oggi la intendiamo, è stata proposta da Peter Stein in una avvincente ricostruzione che attraversa il diritto romano, dalle origini fino alla compilazione giustiniana, il diritto canonico, i glossatori, fino ai commentatori francesi di poco anteriori alla codificazione napoleonica.

Nel definire la massima, i giuristi romani assumevano le debite cautele: ad esempio, quando si enunciava la massima *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*, vi aggiungevano *quod vulgo respondetur, quod scriptum est, quod praeceptum est*<sup>207</sup>.

Si delineava così la differenziazione tra regola e massima oppure l'inglobamento della massima nella categoria delle regole e - per distinguerle dalle altre - le massime erano qualificate come *regulae generales*: così Paolo in D.

---

<sup>206</sup> Cfr. Basciu (1987) cit., p. 41; MEZZETTI (2011) cit., p. 6.

<sup>207</sup> Cfr. Stein, (1966), cit., p. 106.

22,3,25,2<sup>208</sup>. Paolo si riferiva ad una citazione di Sabino, ma anche Cicerone usava l'espressione *regula*; si deve pensare che, registrando l'applicazione di medesime soluzioni giuridiche con regolarità rispetto a casi simili, i giuristi romani furono indotti a credere che quelle soluzioni erano espressione di una «regola» di natura generale<sup>209</sup>. «Ne derivò una formula secondo cui il diritto non doveva essere tratto da enunciazioni astratte, ma dalla concretezza dei casi. Tuttavia, nel ripetersi dell'applicazione di regole, si sviluppava la convinzione che si potesse descrivere il diritto secondo enunciazioni generali»<sup>210</sup>. Si discute però se queste enunciazioni avessero mera natura descrittiva oppure avessero anche natura prescrittiva: di qui la necessità di distinguere, di volta in volta, l'un caso dall'altro<sup>211</sup>.

Nel loro complesso però sia le regole intese come precetti generali sia le regole intese come criteri interpretativi non costituivano un armamentario rigido, perché, attesa la variegata formazione del diritto romano, fondato sulla consuetudine e sulla giurisprudenza, e considerati i valori metagiuridici che penetrano nelle soluzioni di casi di diritto, l'ordinamento conservava una sua dinamicità<sup>212</sup>.

Tuttavia, il rapporto tra fonti scritte e fonti consuetudinarie si era dimostrato problematico sin dall'epoca pre-giustineana. Infatti, se nel II secolo d.C. Giuliano accolse l'idea di una funzione sussidiaria delle consuetudini e della possibile abrogazione delle leggi per non uso (c.d. *desuetudine*) (Dig. 1, 3, 32), l'imperatore Costantino, meno di tre secoli dopo, rifiutò radicalmente questa impostazione dichiarando che in nessun caso il diritto legislativo poteva essere abrogato per via consuetudinaria (Cod. 8. 52. 2 – 319 d.C.). Nel 533 Giustiniano incorporò sia la regola di Giuliano che il decreto di Costantino nel suo Codice, lasciando questo enigma in eredità ai posteri<sup>213</sup>.

Non va dimenticato, inoltre, che il diritto romano classico non fu mai oggetto di una codificazione secondo l'accezione moderna del termine e che, per questo, può

---

<sup>208</sup> ID., p. 107.

<sup>209</sup> Cfr. MEZZETTI (2011) cit., p. 7.

<sup>210</sup> Cfr. Giovanni Pugliese, *I principî generali del diritto. L'esperienza romana fino a Diocleziano*, in Atti dei Convegni Lincei, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1992.

<sup>211</sup> ID. pp. 80-81; cfr. altresì Guido Alpa, *I principî generali*, (Milano: Giuffrè, 2006).

<sup>212</sup> Pugliese (1992) cit., p. 87.

<sup>213</sup> V. SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *op. cit.*, p. 691.

essere considerato più vicino al sistema di fonti della common law rispetto che ai sistemi codificati di stampo europeo-continentale<sup>214</sup>. Nonostante ciò, la tradizione giuridica di civil law è rimasta più ancorata al diritto romano per quanto riguarda la terminologia e le tecniche di concettualizzazione e classificazione. Senza i termini e i concetti della tradizione romanistica, insieme alla ricchezza del materiale illustrativo contenuto nei giureconsulti, la progressiva sistematizzazione ad opera dei glossatori, dei commentatori, degli umanisti, dei giusnaturalisti e dei pandettisti non sarebbe stata possibile. È stato questo sviluppo dello *Jus Commune* continentale e la sua influenza sui codici - insieme allo stesso metodo codificatorio - che ha preservato i "sistemi di civil law" come una famiglia giuridica autonomamente identificabile. La concezione vincolante del precedente giurisprudenziale esula da questi connotati. Non è di poco conto, comunque, come la giurisprudenza di epoca romana dipendesse in larga parte dall'autorità dei giureconsulti.

Solo intorno al IV secolo, con l'introduzione della legge delle citazioni<sup>215</sup> ad opera di Valentiniano III (poi recepita in Oriente nel Codice Teodosiano), si ridusse drasticamente la disponibilità dei giureconsulti citabili nelle sentenze, avviando definitivamente verso il declino questo strumento giurisprudenziale.

*ii. La frammentarietà delle fonti giuridiche come presupposto del ricorso al precedente in epoca medievale*

Quando, nel tardo periodo imperiale, cominciò a formarsi una categoria stabile di magistrati formati nel diritto, la funzione dei giureconsulti scomparve definitivamente. I precedenti giurisprudenziali avrebbero, quindi, potuto affermarsi come fonti del diritto se soltanto la concentrazione di tutti i poteri nelle mani degli imperatori dopo Diocleziano non avesse condotto all'affermazione di una dottrina che Giustiniano consegnò ai posteri attraverso la fonte autoritativa della sua compilazione. Si tratta della dottrina in base alla quale al giudice non è consentito fare altro che

---

<sup>214</sup> EHRENZWEIG, *A Common Language of World Jurisprudence*, 12 U. Chi. L. Rev. 285, 289, (1945); cfr. anche SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *op. cit.*, p. 258; v. PRINGSHEIM, *The Inner Relationship Between English and Roman Law*, 5 Cambridge L. J. 347 (1935); MOSES, *International Legal Practice*, 4 Fordham L. Rev. 244, pp. 253-55 (1935).

<sup>215</sup> Si tratta della *Oratio Valentiniani ad Senatam* del 426 d.C., nota come Legge delle citazioni in quanto, per limitare l'interpretatio delle numerose opere del passato, limitava gli autori citabili nelle sentenze a Papiniano, Gaio, Ulpiano, Modestino e Paolo.

decidere il caso concreto al fine di risolvere la controversia tra le parti dal momento che solo il sovrano detiene il monopolio normativo<sup>216</sup>.

La compilazione giustiniana, in effetti, tramanda al medioevo, accanto ai noti passi di Pomponio sulla creatività dell'*interpretatio prudentium*<sup>217</sup>, i passi imperiali<sup>218</sup> che ripetutamente, poco dopo l'inizio del Codice, vietano alla giurisprudenza qualsiasi futura interpretazione della legge in quanto attività riservata all'imperatore per la sua investitura divina a reggere i popoli secondo giustizia<sup>219</sup>. Anche quando questo divieto verrà reso innocuo del progressivo impallidire dell'autorità imperiale, il postulato del vincolo alla proposizione giuridica continua a rappresentare un totem per la coscienza del giurista. L'idea della codificazione, del "testo unico", infatti, sposta decisamente l'attenzione, nel modo di concepire il diritto, dal momento dell'essenza o contenuto della proposizione giuridica al momento dell'autorità o canonicità. In altre parole, diventa diritto non tanto la proposizione che dice certe cose, ma quella che risulta incorporata in un certo strumento.

Tuttavia, al di là dell'iniziativa codificatoria giustiniana, non fu possibile arrestare altre più prolifiche fonti di produzione normativa. Infatti, accanto al testo romano erano venute a collocarsi altre norme come il diritto divino rivelato, il diritto ecclesiale positivo, il diritto naturale, e il diritto consuetudinario. In tale contesto, il livello di entropia normativa era molto elevato e, non essendo consentito alla giurisprudenza di indugiare in interpretazioni della legge, i professori nelle università sopperivano a tale proibizione svolgendo una funzione fondamentale di studio e sintesi della normativa applicabile che finiva poi per influenzare significativamente l'attività

---

<sup>216</sup> L'idea di un monopolio legislativo del sovrano viene fatta risalire da Roscoe POUND all'assolutismo Bizantino. As a matter of continental legal history, this is undoubtedly correct. It should not be forgotten, however, that the 18<sup>th</sup> century produced theories which might justify the same idea on democratic principles: in a society in which human freedom can only be limited by consent and where the only form of the collective expression of such consent is the will of the people "consecrated" by the enactments of a popularly elected parliament, this doctrine especially in conjunction with that of separation of powers) may lead to the postulate that judges should only "apply" but not "develop" or "interpret" the laws. This is why the prohibition of judicial interpretation which was written into the French Civil Code was consistent with Revolutionary as well as Napoleonic philosophy.

<sup>217</sup> Creatività che poteva, però, spiegarsi dogmaticamente, come effetto dell'antica autorizzazione sovrana al *respondere*.

<sup>218</sup> Cost. *Summa rei publicae* § 3 (introduttoria al *Codex*; anno 529); Cost. *Deo auctore* (C. 1, 17, 1, 12; anno 530); Cost. *Tanta* (C. eod. 2, 21; anno 533). Al riguardo cfr. Fritz Pringsheim, *Justinian's prohibition of commentaries to the Digest*, in RIDA, 1950.

<sup>219</sup> Si veda, al riguardo, il fondamentale contributo di Luigi LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, (Milano: Giuffrè, 1975).

giurisdizionale. Va anche detto che la ricezione del diritto romano in questo periodo avvenne in forza dell'idea che il sacro romano impero medievale fosse una continuazione dell'antico impero romano, il cui diritto quindi, aveva bisogno di essere controbilanciato da un elemento più universale.

E' nelle università italiane che si formò quel corpo di funzionari giurisperiti che ben presto divenne indispensabile agli Stati territoriali tedeschi in via di formazione, prima per l'amministrazione e poi anche per la giurisdizione. L'introduzione di tali elementi nei tribunali fu il vero e proprio fattore decisivo per la ricezione del diritto romano. Questa ricezione avvenne più rapidamente nelle giurisdizioni imperiali. Si pensi che il tribunale camerale istituito nel 1495 doveva avere almeno la metà dei giudici muniti del titolo di "dottore". Costoro giuravano di giudicare "secondo il diritto dell'impero e secondo il diritto comune", formula che abbracciava il noto "Corpus iuris" di Giustiniano. In seguito il diritto romano comune penetrò anche nelle giurisdizioni territoriali e poi nei tribunali inferiori.

Parallelamente si sviluppò un articolato sistema normativo e giurisdizionale di diritto canonico a vocazione universale che si contrapponeva all'autorità imperiale. Dagli studi di Baker, Schlesinger rileva che una sorta di dottrina del precedente basata sul valore dell'interpretazione si formò intorno al XIV secolo presso il tribunale della Sacra Rota<sup>220</sup>. In questo periodo le questioni pertinenti l'applicazione del diritto canonico finivano al palazzo di Avignone. Se la questione era di scarsa importanza, veniva delegata a dei commissari che potevano essere prelati, o, nei casi più significativi, cardinali. Quando la questione risultava, invece, molto importante era il papa stesso a valutarla.

Per svolgere tale attività, il papa si avvaleva di uditori esperti di diritto. Una procedura elaborata imponeva che l'uditore estensore aspettasse di ricevere le opinioni scritte sulla data questione dai suoi colleghi per poi decidere cosa inoltrare al papa. Il collegio degli uditori era solito riunirsi in un'aula del palazzo di Avignone disponendosi in un tavolo di forma circolare e per questo, secondo Baker, venne appellato come 'Sacra Rota'.

---

<sup>220220</sup> BAKER, 'Records, Reports and the Origins of Case—Law in England', in *Judicial Records, Law reports, and the Growth of Case Law*, ed. 1., Berlin: Duncker & Humbolt, 1989, 15-46.



Gli uditori avevano inoltre l'abitudine di prendere appunti e note sui passaggi del Corpus Juris Civilis o della letteratura pertinente alla fattispecie e tali appunti venivano generalmente raccolti e conservati in archivi. In origine, le decisioni erano prive di motivazione per non rischiare di suscitare dubbi sulla correttezza dell'argomentazione giuridica. D'altra parte la loro autorità di decidere proveniva direttamente dal papa e, pertanto, era indiscutibile. La procedura di consultazione fra gli uditori si sviluppò progressivamente fino ad essere poi messa per iscritto e promulgata nel 1331 da papa Giovanni XXII con il titolo *Constitutio "Ratio iuris"*.

Gli appunti rotali raramente facevano riferimento al caso specifico ed erano più che altro argomentazioni giuridiche astratte attorno alla fattispecie. Il giudizio rotale migliorò successivamente con la pubblicazione più dettagliata di questi documenti. Ad ogni buon conto le '*decisiones Rotae*' erano considerate avere un valore altamente persuasivo non solo davanti alle corti ecclesiastiche ma anche presso i tribunali secolari, soprattutto in relazione a questioni procedurali. Tale valore derivava dal fatto che gli uditori erano finissimi giuristi e pertanto le loro opinioni erano considerate come interpretazioni autentiche del diritto (*Opinio Rotae facit communem opinionem*). In questo senso si riteneva che questi documenti avessero un valore quasi normativo, sebbene non fosse impossibile che la Rota mutasse orientamento. Baker arriva a sostenere che attorno a questo contesto si sia formata una vera e propria dottrina del precedente in quanto con lo sviluppo stabile e progressivo della giurisprudenza rotale, se ricapitava una questione già giudicata dagli uditori, non era obbligatorio reinvestire il collegio poiché la questione giuridica era stata già chiarita con il consiglio degli altri uditori, e pertanto non era necessario reinvestirli della questione dal momento che sussisteva un 'canone'<sup>221</sup>.

Per quel che riguarda, invece, i diversi territori dell'impero va rilevato che la Germania medievale non ebbe mai un diritto uniforme come non ebbe un ordinamento giudiziario omogeneo; la produzione giuridica seguì il corso dell'evoluzione politica, ovverosia la valorizzazione del particolarismo. La verità dei diritti, già inerente alla conservazione tradizionale dei diversi diritti popolari delle stirpi germaniche, aumentò nel corso del Medioevo per effetto di nuove specializzazioni: taluni rapporti giuridici ebbero un regolamento particolare, e norme

---

<sup>221</sup> *Ibid.*

di settore sorsero per determinate classi della popolazione. A ciò corrispose l'introduzione di tribunali speciali.

Così si ebbero tribunali feudali per le controversie tra signori e vassalli o tra vassalli; questo tipo di tribunali era presieduto dal signore feudale con l'assistenza di giudici tratti dai pari (vassalli); essi decidevano secondo le norme del diritto feudale in antitesi al diritto ordinario che era applicato dalla giurisdizione pubblica.

Accanto ai tribunali feudali vi era una giurisdizione patrimoniale per tutti i servi della gleba ove il ruolo del giudice era svolto dal funzionario che amministrava il territorio, i giurati erano i pari, e si applicava il diritto consuetudinario locale anche e, forse soprattutto, sulla base dei precedenti.

Tuttavia, va tenuto presente che, in presenza di questa forte frammentazione e diversità delle giurisdizioni, le decisioni giudiziarie rappresentavano più uno strumento arbitrario della volontà sovrana che un'utile illustrazione del diritto applicabile. In conseguenza, gli esempi astratti necessari a comprendere il diritto venivano elaborati nelle università deduttivamente facendo riferimento ad ipotesi romanistiche, mentre, come è stato rilevato, il sistema giudiziario inglese, ed in particolare, la House of Lords, avendo preservato nel tempo il ruolo della giuria, aveva assicurato la condivisione pubblica delle decisioni che pertanto finirono presto per costituire ottimi esempi per l'apprendimento del diritto<sup>222</sup>. Le corti continentali non guadagnarono mai il prestigio necessario per sostenere un ruolo di guida credibile nello sviluppo del diritto anche a causa della procedura inquisitoria di stampo romano canonico, del fallimento nell'offrire rimedi adeguati contro l'oppressione dei governanti, e della frequente ostruzione dei tentativi di riforma del diritto.

Il più notevole fenomeno di produzione di diritto nuovo è il sorgere degli statuti. Da principio le varie classi della popolazione cittadina: uomini liberi, ministeriali, artigiani, erano soggetti ad un diritto diverso secondo la loro condizione; ma con lo sviluppo ulteriore delle città che portò alla fusione delle classi cittadine in una comunità distinta dal resto della popolazione si ebbe l'introduzione di tribunali cui erano soggetti tutti gli abitanti del comune e la creazione di un corpo di diritto per tutti obbligatorio: gli statuti.

---

<sup>222</sup> Cfr. GORLA, *Postilla su «l'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi»*, 1976, cit. pp. 141-142.

È un diritto che rispecchia una società già progredita economicamente e corrisponde al bisogno che con lo sviluppo dei commerci e delle industrie le città sentirono di avere un ordinamento giuridico sotto molti riguardi diverso da quello che vigeva nel contado per la popolazione rustica.

In seguito il diritto statutario ebbe un grandioso svolgimento e molti istituti giuridici creati dalle città vennero accolti dai sovrani territoriali nel diritto comune. Gli statuti, inoltre, si diversificarono molto.

Di fronte a tutti questi fattori che conducevano al predominio del particolarismo nel campo del diritto l'unico organo centrale di produzione giuridica era il tribunale palatino. Idealmente il re era la fonte di ogni giurisdizione ed il giudice comune in tutto lo Stato; tutti gli altri organi giurisdizionali esercitavano le loro funzioni in sua vece ed in grazia di sua concessione.

Ma col sorgere delle signorie territoriali indipendenti anche questo legame con l'autorità centrale si infrange; la concessione del banno, vale a dire della facoltà di esercitare la giurisdizione - che ogni giudice all'inizio doveva personalmente chiedere al re - dalla metà del XIII secolo cade a poco a poco e infine viene superato.

La emancipazione poi delle giurisdizioni locali dal concorso della giurisdizione regia venne raggiunta col privilegio *de non evocando*, col divieto cioè fatto ai sudditi dei principi di adire il tribunale regio invece dei tribunali territoriali.

Questo privilegio la bolla d'oro di Carlo IV lo accordò ai soli principi elettori per i rispettivi domini, ma in seguito si estese anche agli altri signori territoriali, finché nel 1487 il *ius evocandi* al tribunale palatino fu generalmente abolito. Se non che persino l'appello al tribunale palatino in seconda istanza dai tribunali territoriali venne escluso dalla bolla d'oro col *privilegium de non appellando* a favore dei principi elettori; ed anche a tale riguardo gli altri signori si sforzarono di ottenere lo stesso privilegio sebbene non siano riusciti a raggiungere un risultato così completo come nel caso del divieto della *evocatio*.

Il ricorso al re tuttavia continua ad essere ammesso in maniera generale per l'ipotesi di negata giustizia, ed inoltre il tribunale regio rimane unico foro competente per i vassalli diretti dal re o per le cause concernenti i demani regi e le regalie. Spetta pure a questo tribunale la comminazione del bando; da principio tale sua competenza è

esclusiva; in seguito possono infliggere la stessa pena i tribunali territoriali regi che ancora sussistono.

Il tribunale palatino è presieduto dal 1235 da un *iustitiarius*, anch'esso un funzionario regio stabile; i giudici invece sono scelti volta per volta dal re tra coloro che gli stanno più vicini, in numero di sette almeno.

Ma già all'epoca degli ultimi imperatori di casa Lussemburgo che si trattennero poco o nulla nel regno, il funzionamento di questo tribunale subì frequenti interruzioni, senza contare che riusciva difficile trovare giudici idonei a costituirlo. Spunta allora come sostitutivo il tribunale camerale. Già prima il re aveva usato sottrarre al tribunale palatino alcune controversie per deciderle personalmente con i suoi consiglieri.

Dal 1415 poi questa giurisdizione regia speciale ebbe un organo apposito appunto nel tribunale camerale, che era composto di membri del consiglio aulico, con prevalenza di giurisperiti educati alla scuola del diritto romano. Se non che anche questo tribunale negli ultimi anni di regno di Federico III cadde in discredito e rese necessaria una riforma della giurisdizione centrale; questa avvenne nel 1495 con l'istituzione del tribunale camerale dell'impero.

I tribunali comitali continuarono da principio a sussistere, ma per la maggior parte trasformati in tribunali territoriali. Erano il foro competente per le classi superiori, mentre la massa della popolazione fu assoggettata alla giurisdizione dei tribunali inferiori che acquistarono pure giurisdizione penale. Ma i tribunali comitali rimasero anche in questo caso tribunali d'appello dai tribunali inferiori. In seguito ai tribunali comitali si sostituiscono le giurisdizioni patrimoniali dei principi. Ed analogamente a quanto si è visto per la giurisdizione regia sorsero dei tribunali camerale dei singoli territori.

Le vecchie giurisdizioni comitali regie locali non sparirono però del tutto; si conservarono in molti luoghi e specialmente in Vestfalia ebbero una storia particolarmente importante. Per questi tribunali vestfalici venne in uso il nome di «Fehmgerichte », che secondo la spiegazione più verosimile non significa altro che tribunali penali. Erano detti anche « Freigerichte », perché in Vestfalia si conservò un buon nucleo di liberi agricoltori aventi diritto ad essere giudicati dalla giurisdizione pubblica.

Per quel che concerne la procedura, é noto come nel Medio-Evo l'ufficio di applicare il diritto ed emanare la sentenza non spettasse al giudice; questi impersonava piuttosto il potere esecutivo: dirigeva il processo e curava l'esecuzione della sentenza; ma quanto al giudicare doveva starsene al verdetto dell'assemblea del popolo ovvero di una delegazione permanente di essa, che era rappresentata dagli scabini.

La vecchia assemblea giudiziaria del popolo descritta da Tacito era da un pezzo completamente scomparsa ovvero rimaneva semplice spettatrice; in suo luogo ora sentenziano («trovano il diritto») gli scabini. L'antico processo germanico era un processo accusatorio; in seguito però vi si mescolarono elementi d'indole inquisitoria, principalmente per influenza del processo canonico quale era stato riformato da Innocenzo III; ciò peraltro nei soli casi di delitti rivelati dalla voce pubblica.

In Francia la separazione politica tra nord e sud, tra paesi di lingua d'Oil e paesi di lingua d'Oc; si riflette anche nel campo del diritto.

Nel mezzogiorno come in Italia si era conservato il diritto romano volgare, originariamente come diritto personale della popolazione romana, in seguito come diritto territoriale, cioè comune a tutta la popolazione. Ma poi col diffondersi in queste regioni dei codici di Giustiniano esso fu sostituito dal diritto romano col quale si era venuto formando nella giurisprudenza italiana; lo si usò chiamare «diritto scritto». Sta in antitesi ad esso il «diritto consuetudinario» (*droit coutumier*) vigente nei Franchi nel nord della Francia e in Italia durante la dominazione dei "barbari" Longobardi.

Il «diritto consuetudinario» era in origine diritto germanico puro, e solo nel corso dei secoli venne modificato per le influenze che vi esercitò il diritto romano ed il diritto canonico. Viceversa anche nel diritto scritto del mezzogiorno si insinuarono concetti ed istituti di diritto germanico; soprattutto gli statuti hanno talora carattere completamente antiromano; di modo che l'antitesi tra diritto scritto e diritto consuetudinario non va intesa in senso rigoroso, quasi che nel mezzogiorno (soprattutto nel grande territorio longobardo di Benevento) non vigesse che diritto romano e nel nord vigesse unicamente diritto germanico.

Malgrado il fondo comune di diritto franco che vi dominava, il diritto del nord della Francia non ci si presenta uniforme ovunque; anzi ogni regione ha la sua particolare «Coutume». Ciò dipese dal fatto che il feudalesimo si sviluppò e si radicò

nel regno franco occidentale prima che altrove e vi produsse rapidamente le sue conseguenze: lo spezzamento del paese in una folla di piccoli Stati feudali, e come corollario la localizzazione anche del diritto "particolare".

Tuttavia nel XIII secolo comincia a formarsi anche qui un diritto consuetudinario comune. Già sappiamo che lo svolgimento politico della Francia seguì una via opposta a quella seguita dalla Germania; mentre in Germania si passa dall'unità politica e dal diritto regio al particolarismo ed al diritto territoriale, in Francia la corona agisce come elemento unificatore e la giurisprudenza della corte regia acquista sempre maggiore autorità ed é presa a modello. E questa influenza della corte regia, ereditata dal Parlement che le successe in funzione di tribunale supremo, fece penetrare anche in maggior misura nel diritto consuetudinario istituti di diritto romano e canonico, tanto più quanto più crebbe il numero dei legisti in seno al parlamento.

Il parlamento ebbe sede stabile a Parigi dal 1254; circa cinquant'anni dopo Filippo il Bello ne stabilì l'organizzazione interna. Esso esercitava l'alta giurisdizione su tutti i domini diretti della corona; rispetto ai territori soggetti ai signori feudali non aveva invece all'inizio che la competenza di decidere sui ricorsi per delegata giustizia dai tribunali ordinari; tuttavia a poco a poco da questa prima forma di ingerenza passò a funzionare come una specie di tribunale d'appello per l'intero regno.

Nel corso del XIV secolo poi il parlamento di Parigi assunse quell'organizzazione che in sostanza ha serbato sino al 1789; una serie di ordinanze regie regolò la sua suddivisione in camere, stabilì il numero dei suoi membri e le modalità della loro nomina, fissò la sua competenza, la procedura che vi si doveva osservare, ecc.

Da questa epoca vennero esclusi completamente dal parlamento i prelati, la partecipazione ad esso dei baroni divenne sempre più scarsa, ed invece aumentò il numero dei legisti. Dal 1345 il parlamento ottenne il diritto di completarsi per cooptazione, poco dopo quello di eleggersi il presidente: ma talvolta la corona intervenne ancora ed impose la nomina di candidati propri.

Ad accrescere il prestigio del parlamento contribuì sopra tutto la facoltà che esso si arrogò di legalizzare le ordinanze regie con l'insinuazione nei suoi registri, con la registrazione. L'origine di questo preteso diritto del parlamento va ricercata nel fatto

che gli antichi re amarono pubblicare le loro ordinanze davanti al parlamento adunato solennemente. Quando poi il parlamento cominciò a tenere dei registri (i così detti *olims*) si cominciò ad inserirvi le ordinanze regie così pubblicate e quindi dichiararle subito dopo obbligatorie. Inoltre invalse la consuetudine che il parlamento, prima di registrare le ordinanze, le prendesse in esame, soprattutto dal punto di vista giuridico formale. Se vi riscontrava errori, contraddizioni con le precedenti ordinanze, ecc., ne avvertiva il re per le eventuali rettifiche. Di qui sorse la pretesa del parlamento di sindacare la legalità delle ordinanze reali e quindi esso si arrogò la facoltà di rifiutarne la registrazione.

I re non riconobbero mai formalmente un simile diritto al parlamento, ma tollerarono in certa misura la sua ingerenza; persino un monarca geloso delle prerogative della corona come Luigi XI cedette una volta alla protesta solenne del parlamento, i cui membri minacciarono di dimettersi se il re continuava nell'idea di imporre coattivamente la registrazione di una certa ordinanza. E fu lo stesso Luigi XI che nel 1467 stabilì legislativamente la inamovibilità per regola dei consiglieri del parlamento.

Il sorgere del parlamento provocò il formarsi di una classe particolare di avvocati che noi riscontriamo già esistente a tempo di Luigi XI. Due successive ordinanze regie (del 1274 e del 1291) regolarono i doveri di questa classe e determinarono le sue competenze. In seguito questi avvocati si organizzarono sempre più cooperativamente; la corporazione salì a grandissima autorità; da essa vennero persino tratti dei membri del parlamento. Nei tempi più antichi questi avvocati avevano rango cavalleresco, e per lo più possedevano anche il titolo di dottori.

Anche nelle province del regno di Francia spuntano negli ultimi secoli del Medioevo parlamenti regionali, che presero il posto delle antiche corti dei pari organizzate ad imitazione della corte regia. La più nota di queste corti era il così detto « *échiquier* » (lo scacchiere) di Normandia, la cui esistenza è dimostrabile già ai tempi di Guglielmo il Conquistatore.

I tribunali inferiori erano in parte emanazione dei singoli feudatari, in parte costituiti da funzionari regi, i balivi ed i loro subordinati, i prevosti, che accoppiavano competenze amministrative e competenze giudiziarie, estese anche alla materia feudale.

Con l'elevazione dell'autorità regia andò di pari passo lo sviluppo della legislazione. La monarchia comprese la missione regolatrice che le incombeva nel campo giuridico e la adempì con prudenza ed energia. Da questa sua attività peraltro non venne fuori un vero e proprio codice di leggi; i così detti «Stabilimenti di S. Luigi» non sono un codice ufficiale, ma l'opera privata di un giurista compilata verso il 1272 e non hanno niente a che vedere con S. Luigi direttamente. L'autore si impegna in essi di fondere le coutumes di alcuni paesi col diritto romano.

Così pure dalla metà del XIII secolo si ebbero redazioni dei diritti consuetudinari, ma senza carattere ufficiale. Solo nell'anno 1453 re Carlo VII ordinò che le consuetudini (*usages et Coutumes*) fossero compilate ovunque per iscritto con l'aiuto di periti; altri re ripeterono posteriormente lo stesso ordine, cui lentamente fu adempiuto nelle varie regioni. Numerosi sono pure gli statuti in parte dati alle città francesi da un sovrano, in parte creati da esse stesse nel corso della loro autonomia. Nè mancano i casi di adozione da parte di una città degli statuti appartenenti ad un'altra.

*iii. Lo studio del diritto come criterio di differenziazione del valore dei precedenti tra '600 e '700*

La discussione, fatta nei secoli XVI- XVIII, sull'equivalenza dello *stylus o consuetudo iudicandi* dei tribunali di vertice rispetto alla «legge», aveva un significato di fronte ad un Principe, la cui prerogativa di legislatore non poteva essere intaccata<sup>223</sup>. Quelle discussioni e la dottrina possono risultare utili anche oggi, *mutatis mutandis*, poiché, se è vero che in quei principati assoluti non esisteva il nostro principio della separazione dei poteri, v'era tuttavia a favore del principe una riserva del potere di legiferare, anche in via di interpretazione delle leggi, riserva che operava come una embrionale separazione dei poteri, per così dire, «a senso unico».

Si può notare, specialmente nei primi tempi, una certa severità di quei tribunali supremi dell'Italia preunitaria di fronte alle sentenze dei tribunali «subordinati» contrarie a quello *stylus iudicandi*, in quanto tali sentenze si dicevano «nulle» o invalide, quasi come contrarie ad una legge, e in quanto esse potevano (ma non necessariamente) importare una responsabilità in sindacato dei giudici che le avevano

---

<sup>223</sup> Cfr. GORLA, *Postilla su «l'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi»*, in *Foro it.*, 1976, V, pp. 141-142.



pronunciate. Ciò si può spiegare con il fatto che quei tribunali «subordinati» rappresentavano le recenti autonomie giurisdizionali, contro le quali, con l'aiuto dei suoi tribunali supremi, stava lottando il Principe (o lo «Stato moderno» in nuce) accentratore.

Tuttavia, secondo Gorla, l'idea che quelle sentenze dovessero considerarsi «nulle» o «invalide» non deve essere presa alla lettera. In altri termini, non si era instaurato un vincolo al precedente, nel senso che i tribunali supremi dovessero annullare e riformare quelle sentenze, senza poter recedere in proposito dal proprio *stylus iudicandi*<sup>224</sup>.

D'altra parte, la tradizione giudiziaria della Francia pre-rivoluzionaria era diventata nota per il suo alto livello di arbitrarietà in virtù della struttura che caratterizzava i *parléments* e, soprattutto, della tendenza di questi ultimi di contrapporsi all'autorità sovrana. La *Ordonnance de Blois*, promulgata con decreto reale nel 1579, ordinò a tutti i membri della comunità legale - giudici, magistrati e funzionari, sia ecclesiastici che laici - di osservare le leggi e di farle osservare sia nelle decisioni che in tutti gli altri provvedimenti senza contravvenire a quanto in esse disposto o escluderle per qualsiasi ragione o sotto alcun pretesto, che fosse di equity o di diversa natura, ed affiancò a tale precetto la dichiarazione che tutti i giudizi, le sentenze e i decreti che fossero stati resi in contrasto con la forma e il tenore di detto comando avrebbero dovuto ritenersi nulli e privi di effetti<sup>225</sup>.

Altrettanto enfatica nella sua proibizione è la *Ordonnance* del 1667 la quale sanciva: «[s]e nelle liti che da questo momento in avanti siano pendenti davanti alle corti di questo *parlément* o davanti ad altre corti, vi sia qualche dubbio o difficoltà sull'applicazione di qualsiasi articolo delle nostre leggi, dei nostri editti, delle nostre dichiarazioni o titoli di brevetto, proibiamo ai giudici di tentare di interpretarle, ed è nostra volontà che in tal caso i giudici si rivolgano a noi ed accertino quale fosse la nostra intenzione o quale debba essere da quel momento in avanti»<sup>226</sup>. Si tratta sostanzialmente di un'anticipazione del *référé législatif*, ovvero di un istituto

---

<sup>224</sup> Si deve forse fare eccezione per quei Principati, in cui i Principi stessi, ad un certo momento, come in Piemonte, avevano attribuito alle decisioni dei loro tribunali supremi la «forza di legge», non diversamente da quanto poteva riscontrarsi per il *Parlement* di Parigi fino al 1792.

<sup>225</sup> Marty, *La Distinction du fait et du droit*, p. 42.

<sup>226</sup> Marty, cit., p. 52; cfr. 61,70

destinato a prevenire qualsiasi contrapposizione tra il potere politico e quello giudiziario. Nel contesto della Francia di metà XVII secolo, tale istituto relativizza in una certa misura l'innovatività della dottrina sulla separazione dei poteri.

Più in generale, nel corso del XVII secolo, lo studio del diritto romano si differenziò attraverso due scuole di pensiero. Da un lato, si afferma l'approccio tendenzialmente più pratico adottato da Bartolo e dagli altri commentatori (c.d. *mos italicum*) mentre, dall'altro lato, la giurisprudenza più "elegante", tipica degli Umanisti francesi, privilegia più lo studio del diritto romano classico che la pratica giuridica contemporanea (c.d. *mos gallicus*)<sup>227</sup>. Pare interessante notare che la gran parte dei giuristi di questo periodo in Nord-Europa segue l'approccio più pratico dei bartoliani. Schlesinger rileva, per esempio, che l'elaborazione del diritto romano nei territori dei Paesi Bassi non avviene tanto per tramite delle astratte elucubrazioni universitarie caratterizzate da un ragionamento deduttivo e da un dogmatismo concettuale, bensì attraverso la c.d. "*jurisprudentia forensis*" che si sviluppa con la condivisione delle interpretazioni offerte da giudici ed avvocati in base all'idea di un'autorevolezza della "*communis opinio totius orbis, secundum quem usum semper interpretatio fieri debet*". La diffusione di questa impostazione in Nord-Europa certamente favorì l'adozione di un metodo di ragionamento giuridico di tipo induttivo ed un ampio ricorso allo strumento dei precedenti giurisprudenziali.

In Francia, invece, prevale nettamente la scuola degli Umanisti determinando una netta separazione tra le elaborazioni giuridiche accademiche e il mondo giudiziario. L'esigenza di applicare la moltitudine di consuetudini della tradizione francese senza il supporto accademico o qualsiasi altro strumento di agile rilevazione del diritto rendeva la giurisdizione francese tendenzialmente arbitraria. Non è un caso che ben prima della codificazione Napoleonica, Charles VII emise nel 1453 *l'ordonnance de Montils-les-Tours*, attraverso la quale venne ordinata la compilazione ufficiale di tutte le consuetudini esistenti in Francia. Sebbene l'impresa sia risultata grandiosa e abbia richiesto circa un secolo per essere portata a termine, non è paragonabile con la codificazione napoleonica in quanto comprendeva solo le consuetudini e gli usi, e non tutta l'area del diritto civile. Inoltre, Schlesinger sottolinea come la tradizione giuridica francese, così come quelle tedesca ed italiana,

---

<sup>227</sup> V. SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *op. cit.*, p. 221.

corrispondessero ad ordinamenti niente affatto accentrati nei quali la giurisdizione imperiale o, comunque, quella sovrana, lasciava ai comuni ed ai piccoli potentati locali l'amministrazione di ampi settori del diritto<sup>228</sup>.

A questo riguardo, merita particolare considerazione il ruolo svolto nei secoli XVII e XVIII dal *Parlement* di Parigi e dai tredici *Parlements* provinciali nella risoluzione delle controversie. Nell'esercizio della loro funzione pseudo-giurisdizionale, infatti, questi organi spesso finivano per adottare decisioni contraddittorie rispetto a quelle adottate nelle altre province, determinando una significativa percezione di arbitrarietà e diseguaglianza. Queste decisioni, denominate *arrêts de règlement*, non venivano rese nel contesto della causa, bensì, emulando in un certo qual modo i rescritti della tradizione romana imperiale, dichiaravano quale posizione sarebbe stata assunta in futuro dal *Parlement* su una data questione di diritto che fosse potuta insorgere in casi analoghi<sup>229</sup>. Si trattava, indubbiamente, secondo l'opinione dello Schlesinger, di una forma di normazione, per quanto limitata nella sostanza e nella misura, dato che i *Parlements* non potevano modificare il diritto scritto ed esercitavano la propria competenza giurisdizionale entro un territorio limitato<sup>230</sup>.

---

<sup>228</sup> V. SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *op. cit.*, p. 235.

<sup>229</sup> In questa pratica si intravede con estrema evidenza il moderno "prospective overruling" della tradizione statunitense. Va detto, infatti, che in quest'ordinamento l'esercizio del potere di discostarsi apertamente da un precedente interno alla propria giurisdizione, non altrimenti distinguibile, si accompagna a due ulteriori tecniche di overruling, solitamente qualificate "anticipatory" e "prospective" overruling. Mediante la prima, alle corti di prima e seconda istanza è consentito discostarsi da un precedente della Corte Suprema (e, quindi, decidere il caso in modo differente) ogni qual volta appaia altamente probabile, sulla scorta delle decisioni (e, soprattutto, delle opinions) rese dai giudici che la compongono, che, per il futuro, la stessa Corte Supremanon seguirà più quello specifico precedente. Attraverso la tecnica del prospective overruling, la corte (solitamente quella da cui proviene la decisione idonea a fungere da precedente) gode invece della potestà di modificare l'holding rispetto a tutte le controversie che potessero sorgere in futuro, risolvendo tuttavia il caso sottopostole ancora in conformità alla regola iuris ormai dichiarata superata. Alla base di questa sorta di escamotage interpretativo risiedono ragioni di tutela delle aspettative processuali delle parti. Cfr. sul punto Mattei, *Stare Decisis: il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano: Giuffrè, 1988, pp. 295 e ss.; Freeman, *The Protection Afforded Against Retroactive Operation of An Overruling Decision*, in 18 Col. L. Rev., 1918, p. 230 e ss.; Levy, *Realist Jurisprudence and Prospective Overruling*, in 109 U. Pa. L. Rev., 1960, p. 7 e ss. Friedman, *Limits of Judicial Lawmaking and Prospective Overruling*, in 29 Mod. L. Rev. 1966, p. 593 e ss.; Volpino, *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, Padova: Cedam, 2007, p. 14.

<sup>230</sup> Cfr. SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *op. cit.*, p. 235. Il *Parlement* di Parigi emerse come organo giurisdizionale della Curia Regis ed acquisì una certa sorta di indipendenza verso la fine del XIII secolo. Gli altri parlamenti provinciali vennero istituiti tra il 1443 e il 1775 come corti di giustizia per la risoluzione delle controversie. Questi organi esercitarono anche funzioni normative ed amministrative. Si veda sul punto Brissaud, *History of French Public Law [Continental Legal History Series, vol. 9]* (1915) §§ 403-419.

Va considerato che l'esercizio di questo ampio potere da parte dei parlamenti provinciali, o meglio, il suo abuso, divenne una fertile fonte di scontento popolare. Anche in relazione a ciò può essere spiegata, almeno in parte, l'avversione ideologica che si sviluppò nella tradizione francese del periodo rivoluzionario e nella successiva era napoleonica verso il diritto giurisprudenziale, così come i vari tentativi di annullare il valore dei precedenti<sup>231</sup>.

Tuttavia, al di là del connotato politico della questione, la dottrina francese non ignorava affatto la funzione dell'interpretazione giudiziaria contenuta nei precedenti. Come, anzi, si rileva dal *Discourse Préliminaire* di uno dei quattro eminenti giuristi incaricati della grande codificazione, la folle idea di privare i giudici del potere di interpretare le previsioni codicistiche non poteva che essere biasimata. Nelle parole dello stesso Portalis: «un Codice, quantunque completo possa sembrare, non sarà mai finito prima che un migliaio di questioni imprevedute capitino all'attenzione del giudice»<sup>232</sup>. Ed ancora, «molte cose sono necessariamente lasciate all'autorità degli usi, alla discussione dei dotti, alla valutazione dei giudici». Lo scopo della legge, secondo il Portalis, è quello di fissare i principî e le regole generali del diritto, non quello di scendere eccessivamente nei dettagli delle questioni che possono sorgere nei casi specifici. È all'avvocato ed al giudice che, in quanto intrisi «de l'esprit général des lois», viene richiesto di dirigere l'applicazione della legge ai casi concreti. «Quindi», scrive l'Autore, «in tutte le nazioni civili assistiamo sempre alla formazione, accanto al santuario delle leggi e sotto la supervisione del legislatore, di un deposito di massime, di decisioni e di dottrina che viene costantemente perfezionato dalla pratica e dagli effetti del procedimento giudiziario, che si accresce di tutte le conoscenze acquisite e che è sempre stato considerato come il vero supplemento della legislazione»<sup>233</sup>.

---

<sup>231</sup> V. a questo riguardo l'art. 5 del Code Civil francese, che impone alle corti di decidere solo il caso concreto posto alla loro attenzione e proibisce di formulare regole generali di condotta.

<sup>232</sup> V. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Bordeaux : Éditions Confluences, 2004 (1801), p. 17: «Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille question inattendues viennent s'offrir aux magistrats Car les lois une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les homme, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours : et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau».

<sup>233</sup> V. *ivi*: «De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrine qui s'épure

Nondimeno, lo stesso Autore rigetta l'idea di una concezione autoritativa dell'interpretazione giudiziaria sulla base dell'opportunità di una netta separazione dei poteri che non consenta al giudice di formulare "regole generali di condotta". Come rileva lo Schlesinger, però, la posizione dell'Autore su questo punto non è chiarissima dal momento che se, da un lato, la normazione spetta in via esclusiva al legislatore, non si comprende in cosa consista l'attività integrativa del giudice. Scrive ancora il Portalis, «[...] in assenza di un testo [di legge] specifico su ogni questione, un'antica usanza che sia costante e consolidata, o una serie ininterrotta di decisioni analoghe, un parere o una massima hanno il valore della legge<sup>234</sup>. Quando non si trovi guida in nulla che sia stabilito o conosciuto, ovvero quando si tratti di un fatto assolutamente nuovo, occorre risalire ai principî del diritto naturale. Infatti, se la lungimiranza dei legislatori è limitata, la natura è infinita e occorrerà ricorrere a uno strumento che sia applicabile a tutto ciò che può riguardare gli uomini»<sup>235</sup>.

É possibile che dietro a questa apparente contraddizione si celi l'esigenza del Portalis di non smentire l'ideologia contraria ad un potere normativo dei giudici, sebbene, in coscienza, l'eminente giurista francese sia ben consapevole della funzione dei precedenti.

A ben vedere, questo imbarazzo della dottrina è giunto fino ai nostri giorni. Lo rileva candidamente Mitchel Lasser quando afferma nella suo notissimo *Judicial Deliberations* che nell'immaginario comparatistico comune, il sistema francese continua ad essere visto come se fosse stato per sempre "cristallizzato al 1789" insieme al clima di terrore rivoluzionario, all'ostilità verso i magistrati e alla monumentalità intoccabile del Code Civil (de S.-O.-l'E. Lasser, 2009)<sup>236</sup>. Questa diffidenza verso il potere giudiziario derivata dal "peccato originale" dei Parlements ha trovato continue e ripetute conferme nella cultura giuridica francese, dall'art. 5 del

---

journallement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation».

<sup>234</sup> L'espressione precisa usata dall'Autore è "tiennent lieu de loi" ovvero sia "tiene il luogo della legge" che può essere ragionevolmente inteso come "ha il valore della legge". V. *Ibid.*, p. 18.

<sup>235</sup> V. *ivi*.

<sup>236</sup> Cfr. HULS-ADAMS-BOMHOFF, *The Legitimacy of the Highest Courts' Rulings*, L'Aia: TMC Asser Press, 2009, p. 49;

codice napoleonico all'affermazione ottocentesca dell'iper-formalismo della Scuola dell'Esegesi, fino al radicale rifiuto della giurisprudenza sociologica nel '900.

Sebbene quest'approccio consapevole e duraturo abbia offerto il vantaggio di porre in evidenza alcune tematiche della teoria giuridica e politica francese, è nondimeno profondamente fuorviante, se non del tutto sbagliato. Sin dalla sua introduzione, il sistema codificato francese ha sfruttato il contributo della giurisprudenza e della dottrina per poter funzionare correttamente. Per questo il Portalis avrebbe potuto mostrare maggiore chiarezza nell'affermare non soltanto che i codici, per loro stessa natura, contengono lacune ed ambiguità ma anche che un codice ben costruito si deve limitare a formulare proposizioni generali e flessibili che richiedano la costante elaborazione giudiziaria per essere specificate.

*iv. Valore e caratteristiche dei precedenti italiani tra '800 e '900*

L'avvento delle grandi codificazioni, avvenuto tra '800 e '900, ha significato non soltanto l'unificazione dello Stato attraverso la riduzione al minimo dei particolarismi normativi e una complessiva revisione delle norme di diritto privato, penale e procedurale, ma anche l'introduzione di un nuovo testo autoritativo che si assumeva come completo<sup>237</sup>. Questa sorta di presunzione imponeva di considerare le previsioni codicistiche come la fonte esclusiva di autorità normativa cogente, soggetta soltanto, eventualmente, alle modifiche del legislatore. Non era in alcun modo pensabile invocare l'autorità di fonti normative precedenti, né quella di alcun interprete. La vera e propria innovazione consisteva proprio in questo, ovvero sia nel fatto che non si trattava di una forma di consolidazione del diritto già vigente<sup>238</sup> ma di una vera e propria novazione complessiva del sistema giuridico a fondamento dello Stato moderno.

L'ideologia accentratrice si combina con quella razionalista dell'illuminismo post-rivoluzionario al duplice fine di evitare che norme vecchie di centinaia di anni o riscritte da accademici potessero competere con le prerogative dell'organo sovrano ed, al contempo, prevenire forme di giudizio arbitrarie ed ingiustificate. Ne derivò

---

<sup>237</sup> Cfr. SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *op. cit.*, p. 259.

<sup>238</sup> Come erano state alcune delle grandi compilazioni più risalenti come il *Corpus Juris* di Giustiniano, le *Seite Partidas* e il tedesco *Sachsenspiegel*. Cfr. sul punto GORLA, *Book Review*, 6 *Rivista di Diritto Civile*, 1960, I, pp. 558- 561.

l'elaborazione dell'idea di giudice come "bouche de la lois" al quale, per giungere alla sentenza, non serviva altro che leggere il codice. I precedenti giurisprudenziali scompaiono dalle fonti citabili nei giudizi.

In uno dei più noti tentativi di codificazione dell'epoca, ovvero quello prussiano del 1794 (Preussisches allgemeines Landrecht), i redattori si sforzarono di formulare previsioni il più specifiche possibili al fine di non lasciare alcuna lacuna od ambiguità alla discrezionalità dell'interprete<sup>239</sup>. Sebbene il Codice prussiano fosse un testo di notevole lunghezza, con le sue migliaia di sezioni, poco dopo la sua introduzione si verificò che vi erano casi e situazioni non previste dai redattori e che, conseguentemente, non erano chiaramente disciplinate dalla nuova normativa. Il primo metodo con cui si tentò di assicurare al nuovo Codice lo status di fonte esclusiva del diritto fallì.

Gli altri metodi attraverso i quali le codificazioni del XIX secolo si proposero di raggiungere il medesimo scopo furono meno diretti ma più sofisticati. Innanzitutto, vennero introdotte disposizioni che esplicitavano quali fossero le altre fonti che potevano essere invocate al di fuori del codice quando questo non offriva una regola univoca per risolvere un caso specifico (i.e. l'analogia, la consuetudine, il diritto naturale, ecc.). Questa apparente violazione dell'esclusività del codice veniva giustificata sulla base della considerazione che queste fonti fossero invocabili solo su espressa autorizzazione di una norma per così dire "interposta" e, pertanto, consentissero, in un certo senso, al codice di disciplinare casi effettivamente non previsti. Inoltre, va detto che i codici moderni hanno offerto strumenti per disciplinare ipotesi non previste attraverso l'inclusione di clausole della più ampia generalità e astrattezza. Queste c.d. "clausole generali" potevano prevedere, per esempio, che tutte le transazioni immorali fossero vietate o che tutte le obbligazioni dovessero essere adempiute in buona fede. In questo modo, anche nel caso si ponesse un'ipotesi non disciplinata esplicitamente che richiedeva l'elaborazione di una nuova regola, un giudice di civil law avrebbe potuto risolvere la questione affermando di avere meramente "interpretato" o "applicato" una previsione del codice, seppur di amplissima portata. Emerge così il primo embrione della futura dottrina kelseniana in base alla quale l'interpretazione giudiziaria non costituisce altro che una

---

<sup>239</sup> SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *op. cit.*, p. 259.

concretizzazione delle regole astratte e deve pertanto rimanere nei limiti dei principi più generali. Secondo questa impostazione, nelle decisioni giudiziali non vi è innovazione o elaborazione che non derivi direttamente da una norma superiore ed, in ultima istanza, dalla Grundnorm alla quale l'interno ordinamento deve la propria validità. La forma codicistica finisce per identificare il paradigma del potere legislativo<sup>240</sup>.

Questa aderenza all'ideale del monopolio codicistico non ha comunque impedito che anche negli anni di affermazione del giuspositivismo si formasse un diritto giurisprudenziale. Vero è, però, che l'esigenza di giustapporre dogmaticamente la giurisprudenza rispetto alla nuova fonte normativa dominante abbia determinato una riconfigurazione degli strumenti di conoscenza del diritto. Infatti, come rilevato da Schlesinger, l'avvento dei codici mutò completamente il metodo di studio nelle università europeo-continentali, facendo progressivamente scomparire le fonti e gli autori pre-codicistici. Questo fenomeno ha inevitabilmente inciso sulla formazione degli operatori del diritto e, conseguentemente, sull'approccio pratico nei tribunali<sup>241</sup>.

In un approfondito esame della giurisprudenza ottocentesca italiana, Giuseppe Barbagallo<sup>242</sup> rilevò come lo stile delle sentenze di cassazione sia progressivamente mutato nel tempo in relazione al variare di una serie di fattori extra-giuridici. Tali fattori, definiti da Gino Gorla come "elementi paragiuridici", sarebbero: a) i modi del pensiero giuridico (i.e. casistico, sistematico, concettualistico) ; b) i modi di insegnamento del diritto (c.d. *legal education*); c) i modi di formazione di giudici, avvocati e consulenti giuridici (c.d. *legal profession*, anche in relazione alla *legal education*); d) il funzionamento (di fatto) delle relative professioni e della giustizia; e) lo stile delle leggi e delle sentenze; f) lo stile degli operatori giuridici in genere; g) le raccolte di giurisprudenza, loro modi, loro funzionalità; h) i modi di massimare le sentenze e l'uso delle massime nel foro.

---

<sup>240</sup> Cfr. Hans Kelsen , Introduction to the Problems of Legal Theory: A translation of the first edition of the *Reine Rechtslehre* or Pure theory of law ; trad. Bonnie Litschewsky Paulson and Stanley L. Paulson (Oxford: Clarendon Press, 1992), p. 54; HULS-ADAMS-BOMHOFF, *op. cit.*

<sup>241</sup> Cfr. GORLA, *Book Review*, *cit. loc. cit.*; SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *op. cit.*, p. 260-261.

<sup>242</sup> Giuseppe Barbagallo, *Appunti di storia minima per una ricerca sullo stile della motivazione delle sentenze della Cassazione in materia civile*, in *Foro italiano*, 1987, V, 269



Lo studio di Barbagallo si è focalizzato su decisioni pronunciate tra il 1870 e il 1970 ed aventi ad oggetto i seguenti argomenti di diritto: 1) obbligazione naturale; 2) donazione modale; 3) responsabilità per cose in custodia; 4) responsabilità civile per seduzione con promessa di matrimonio.

I primi due temi vennero scelti per il rilievo dommatico, il terzo per l'evoluzione legislativa che l'istituto della responsabilità per cose in custodia ha subito, fino a divenire l'oggetto dell'autonoma previsione di cui all'art. 2051 c.c.; il quarto argomento venne scelto per la sua immediata connessione con le regole del costume e della morale. L'autore ebbe comunque cura di sottolineare che i caratteri delle sentenze concernenti i temi indicati tendevano a riprodursi nella generalità delle sentenze delle Cassazioni e, dopo il 1923, della Cassazione unica in materia civile.

Tra i parametri presi in considerazione ai fini della ricerca vi furono : 1) citazione dei precedenti; 2) citazioni del digesto o, in genere, del Corpus Iuris giustiniano; 3) citazione della dottrina ; 4) citazione del codice vigente; 5) riferimento a giudizi di valore.

Il tema dei "fatti rilevanti" connessi alle questioni poste emerge dalla ricerca come il perno attorno al quale ruotano molte delle questioni della giurisprudenza. La chiara determinazione dei fatti rilevanti (oggetto del *pleading* nel giudizio del *common law*) e delle questioni da decidere incide notevolmente sullo stile delle sentenze perché porta alla eliminazione degli *obiter dicta* ed alla realizzazione di uno stile lineare. I fatti rilevanti, inoltre, insieme alla questione da decidere costituiscono il caso e poiché è il caso il presupposto essenziale della decisione, se gli elementi del caso non emergono, sarà difficile cogliere il senso della pronuncia e, quindi, solo impropriamente la sentenza potrà essere considerata precedente e solo approssimativamente massimata<sup>243</sup>.

Va sottolineato che l'art. 118, 1° comma, disp. att. c.p.c. prevede che nella motivazione della sentenza vi debba essere "l'esposizione dei fatti rilevanti della causa".

---

<sup>243</sup> Cfr. Gino GORLA, *Le raccolte di giurisprudenza e le tecniche di interpretazione delle sentenze*, in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, (Milano: Giuffrè, 1981), p. 306 ss.

Tale previsione, valida anche per le sentenze della Cassazione e presente fin dal 1790 nella legislazione francese<sup>244</sup>, non era contenuta né nel codice di procedura civile del 1865, né nel regolamento generale giudiziario dello stesso anno. Si comprende, pertanto, come mai il perno di molte questioni giurisprudenziali (e.g. stile della sentenza, precedente giudiziario, *obiter dicta*, massimazione) sia costituito dal rapporto tra la ricostruzione del fatto rilevante e il principio di diritto risolutivo della controversia.

Detto rapporto dovrebbe emergere, più o meno chiaramente, dalla motivazione, la quale fu resa per la prima volta obbligatoria per ogni specie di sentenza, per i soli Tribunali della città di Napoli dai Dispacci del re di Napoli del 1774, benché obblighi di motivazione, seppur non generalizzati, fossero già previsti da una legge del 1502 concernente la *Rota Florentina*, nonché dalla successiva legislazione del Granducato di Toscana e da quella Piemontese del 1729 e 1770.

La previsione dell'obbligo di motivare si trova, poi, in varie Costituzioni delle Repubbliche italiane durante la rivoluzione francese e, nel successivo periodo, nella Costituzione di Ferdinando IV di Borbone in Sicilia del 1812<sup>245</sup>.

La motivazione delle sentenze civili è stata, quindi, oggetto di previsione negli artt. 360, n. 6 (per le sentenze dei giudici di merito), 540, n. 4, del codice di procedura civile del 1865 (per le sentenze delle Cassazioni) e nell'art. 265 del regolamento giudiziario del medesimo anno<sup>246</sup>.

---

<sup>244</sup> La legge francese 24 agosto 1790 al titolo V, art. 15, recita: "La rédaction des jugements, tant sur l'appel qu'en première les noms et les qualités des parties seront énoncés. - Dans le seconde les questions de fait et de droit qui constituent le procès seront posées avec précision. - Dans la troisième, le résultant des faits reconnus ou constatés per l'instruction et les motifs qui autont déterminé le jugement, seront exprimés. La quatrième enfin contiendra le dispositif du jugement".

<sup>245</sup> Un approfondito esame storico comparato sui motivi delle sentenze è contenuto nelle relazioni di GORLA al Congresso Internazionale di storia del diritto tenutosi a Firenze nell'aprile del 1973, pubblicata, con revisioni in *Foro it.*, 1980, V, 201.

<sup>246</sup> L'art. 265 del regolamento generale giudiziario per l'esecuzione del codice di procedura civile, di quello di procedura penale e della legge sull'ordinamento giudiziario, approvato con r.d. n. 2641 del 14 dicembre 1865, recita: "Terminata la votazione, il presidente stende il dispositivo, lo sottoscrive e lo rimette al giudice, che a termini dell'ultimo capoverso dell'art. 359 c.p.c. è incaricato della compilazione dei motivi. Nella compilazione dei motivi delle sentenze devono separarsi le questioni di fatto da quelle di diritto; si enunciano gli articoli di legge sui quali la sentenza è fondata e si fa un cenno conciso dei principi generali del diritto che avranno influito sulla decisione, senza estendersi a confutare tutti gli argomenti addotti in contrario dai patrocinatori delle parti e senza invocare l'autorità degli scritti legali."

Fino alla fine del 1800 le Corti di cassazione non citavano i precedenti loro o di altre corti; tale regola, che non pare subire eccezioni fino al 1890<sup>247</sup>, si attenua nel corso dei primi due decenni del 1900, fino ad essere sostituita dalla regola contraria a partire dalla fine degli anni '20 - inizio anni '30. Dopo il 1930, successivamente alla istituzione della Corte di cassazione unica, infatti, la grande maggioranza delle motivazioni delle sentenze della cassazione in materia civile fa riferimento a propri precedenti.

Va notato in proposito che, mentre la prima citazione dei precedenti contenuta in una sentenza della Cassazione fiorentina del 1892<sup>248</sup> era specifica, successivamente, fino alla fine degli anni '30 primi anni '40, si faceva riferimento a "le decisioni di questo Supremo collegio", "l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte Suprema", "la giurisprudenza di questa Corte Suprema"<sup>249</sup>, i "principi altre volte affermati da questa Corte Suprema"<sup>250</sup> ed altre analoghe espressioni.

Nel periodo successivo alla seconda guerra mondiale, fino ad oggi, il richiamo dei precedenti è sempre specifico o, nel caso sia menzionata "la costante giurisprudenza", o "la consolidata giurisprudenza", specificato attraverso l'indicazione dei precedenti maggiormente rilevanti. Raramente vengono riportati in sentenza anche i precedenti contrari alla decisione; di tali precedenti viene dato, però, conto nelle note a sentenza riportate nelle riviste.

Il precedente non è mai citato come autorità vincolante, ma sempre come riferimento utile a ricostruire il percorso argomentativo e con espressa manifestazione

L'art. 360 c.p.c. del 1865, riguardante le sentenze dei tribunali e delle corti di appello, recita: "La sentenza deve contenere ... 4. Il tenore delle conclusioni delle parti, esclusi il fatto e i motivi; ...6. I motivi in fatto e in diritto; ...".

L'art. 540 c.p.c. del 1865 che concerne specificamente la sentenza della Corte di cassazione recita: "La sentenza deve contenere: ... 2. L'oggetto della domanda; 4. I motivi, i quali, nel caso di cassazione, devono indicare l'articolo di legge violato o forzatamente applicato...".

<sup>247</sup> Le prime citazioni rinvenute sono in Corte C. Cass. di Firenze 9 dicembre 1892, Pres. Cesarini, est. Salucci Da Filicaia, *Dotti c. Guarducci*, in materia di obbligazione naturale, riportata in *Giur. it.*, 1893, I, 1, 41 ss.

<sup>248</sup> Vedi Corte C. Cass. Firenze 9 dicembre 1892, *Dotti c. Guarducci*, riportata in *Giur. it.*, 1893, I, 1, 41, ss.

<sup>249</sup> La sentenza della Corte di Cassazione, sez. I civile, 10 gennaio 1935, pres. Samperi, est. Scalfaro, *Penco c. Caprile*, in *Foro it.*, 1935, I, 172 ss., in materia di donazione, rileva che "...la sentenza denunciata non ... contiene alcuna ribellione alla giurisprudenza di questa Corte Suprema, ...".

<sup>250</sup> Si veda sul punto Gino GORLA, *Les sections de la Cour de cassation*, in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, (Milano: Giuffrè, 1981), p. 489 ss.

di adesione alle tesi ivi sostenute, spesso riprodotte per estratto. Va detto, però, che il riferimento è quasi sempre effettuato alla regola astratta contenuta nel precedente, senza alcun approfondimento del rapporto tra il fatto che venne esaminato nella pronuncia anteriore, il principio di diritto ivi applicato e il caso da decidere.

Per quanto concerne i riferimenti al Corpus Iuris giustiniano o all'autorità di giureconsulti romani, essi sono frequenti fino al 1880 e, talvolta, tali *auctoritates* determinano la decisione<sup>251</sup>. Tali riferimenti successivamente si diradano, fino a scomparire all'inizio del 1900, lasciando traccia in formule latine come "volenti non fit iniuria", "possideo quia possideo", "cuius commoda eius incommoda", "conditio causa data causa non secuta"), le quali, si noti, sono apparse soprattutto dopo la seconda guerra mondiale e si trovano di frequente anche nelle attuali sentenze civili della Cassazione.

Il riferimento alla dottrina è quasi assente fino al 1950-1960 stante l'espresso divieto contenuto nell'art. 265 del regolamento generale giudiziario del 1865 e nell'art. 118, 3° comma, disp. att. c.p.c.; rarissima è la citazione di un singolo autore<sup>252</sup>.

Dopo il 1960 non di rado è presente nelle sentenze il riferimento generico alla "dottrina", sempre citata a sostegno della tesi seguita e spesso menzionata accanto alla giurisprudenza; ad esempio : Cass. 10 febbraio 1960, n. 191, *Società sportiva Parioli c. Casali*, riportata in Giust. civ., 1960, I, 972, in materia di donazione, fa riferimento a «i più perspicui ed attendibili risultati dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale», «l'orientamento decisamente prevalso in dottrina e giurisprudenza»; Cass. sez. II, 5 aprile 1975, n. 1218, id., 1975, I, 1310, sempre in tema di donazione, si riferisce a "una certa dottrina e la giurisprudenza di questa Corte". La citazione coordinata di giurisprudenza e dottrina, più che manifestare la completa adesione del giudice a determinate teorie accademiche, sembra debba leggersi come l'intenzione di conferire ulteriore saldezza ad un orientamento giurisprudenziale che ha passato anche il vaglio dei commentatori.

---

<sup>251</sup> È così in Corte di cassazione di Roma, udienza 27 marzo 1877, pres. Auriti, est. Pestalozza, *Foddis c. Causa Pia della diocesi di Bosa*, riportata in *Foro it.*, 1877, I, 1092, in materia di donazione, ed in Corte di cassazione di Roma, udienza 6 novembre 1879, pres. Auriti, est. Pantanetti, ID. 1880, I, 198, in materia di obbligazione naturale.

<sup>252</sup> Uno dei pochi esempi è Corte di cassazione di Torino, udienza 14 febbraio 1896, in materia di responsabilità del conduttore per incendio della cosa locata, pres. Cardone, est. Bricoli, *Foro it.*, 1896, I, 610, fa riferimento all'autorità del Troplong che così cita: "Troplong, Della loc., pag. 361".

Mitchel Lasser<sup>253</sup> ha sostenuto la tesi per la quale il circuito giurisprudenza-dottrina- avvocati generali, tipico della *Cour de cassation* francese, garantisce standard di trasparenza e legittimazione analoghi a quanto ottenuto in un ordinamento di *common law* come gli Stati Uniti attraverso il sistema di pubblicazione delle opinioni concorrenti e dissenzienti. Sotto questo profilo, ridurre le citazioni di giurisprudenza e dottrina ad un mero valore persuasivo per il singolo giudice significa non vedere il quadro d'insieme.

Per tutto l'arco di tempo compreso tra il 1870 e il 1970 è molto raro, invece, che le sentenze non facciano espresso riferimento ad un articolo di legge. Fra le sentenze esaminate nello studio di Barbagallo fanno eccezione soltanto Corte di cassazione di Roma, udienza 6 novembre 1879, *Magnani c. Presti*, in tema di obbligazione naturale, in Foro it. , 1880, I, 198; Corte di cassazione del regno, sez. I civile, udienza 11 gennaio 1933, *Lupacciolu c. Spanu*, id., 1933, I, 752 e Cass., sez. III, 30 marzo 1938, *Corradi c. Roncelli*, in Giur. it., 1938, I, 1, 796, queste ultime due, entrambe in materia di responsabilità civile per seduzione con promessa di matrimonio. La prima di tali sentenze fa riferimento all'autorità del Digesto, le altre due decidono, la prima "secondo l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte Suprema", la seconda, secondo "i principî altre volte affermati da questa Corte suprema". Si nota, quindi, come in assenza di un esplicito riferimento legislativo, l'affidamento al precedente come veicolo di informazioni giuridiche sia aumentato in corrispondenza del declino dell'autorità del Digesto.

Va detto, inoltre, che dallo studio di Barbagallo emerge come un'altra ipotesi nella quale il precedente giudiziario assume una particolare importanza sia quella in cui il giudice abbia espresso giudizi di valore. Nell'arco di tempo preso in considerazione, la presenza manifesta di giudizi di valore nel testo della motivazione appare rara dopo il 1870. Le passioni politiche che erano emerse in precedenza nello stile delle sentenze<sup>254</sup> lasciano il posto, di regola, ad uno stile distaccato e tecnico, nel quale pure si manifesta l'influenza francese.

---

<sup>253</sup> LASSER (2009), cit.

<sup>254</sup> Si vedano, ad esempio, C. Cass. Milano 5 agosto 1865, *Giur. it.* , 1865, I, 1, 679 e C. Cass. Torino 25 agosto 1866, nella causa *Arciduca d'Austria Francesco ex Duca di Modena contro il Principe F.C. Augusto di Crouy - Chanel*, citate nell'articolo *Lo stile delle sentenze . Testi commentati - seconda puntata* - , di GORLA pubblicato nei Quaderni del Foro italiano nel 1968.

Tuttavia, le scarse eccezioni alla regola di cui si dà conto sono sufficienti a dimostrare la tendenziale omogeneità culturale dell'establishment giudiziario, laddove, in assenza di regole esplicite, si avallava il giudizio morale espresso in un precedente. Per fare alcuni esempi, la Cassazione di Palermo, con una sentenza<sup>255</sup> del 1889 nella quale, in contrasto con la giurisprudenza di altre Corti di cassazione, si negò la risarcibilità dei danni per una donna maggiore di età che si lasciò sedurre sotto promessa di matrimonio, così si è espressa: "Le promesse di un matrimonio non sono speranze puramente legittime, ma incentivi da favorire il perversimento della mente e del cuore; ad entrambi (sedotta e seduttore: n.d.r.) non resta che la pena naturale del rimorso e quella sociale della disistima...".

Così, circa cinquanta anni dopo, la Cassazione<sup>256</sup> sempre in materia di responsabilità civile per seduzione con promessa di matrimonio, così si è espressa: "É intuitivo che quanto maggiore è la rilassatezza del costume di una donna, tanto è meno probabile che ella si abbandoni ai voleri dell'uomo per il fatto della promessa, giacché la di lei esperienza e le difficoltà al futuro legame, che ragionevolmente essa deve prospettarsi a causa del suo tenor di vita non irreprensibile, tendono a porla in condizione di dover diffidare della verità di quanto il seduttore le promette...". Ancora può ricordarsi la sentenza della Cassazione di Torino 18 aprile 1884<sup>257</sup>, la quale fonda la negazione che le donne potessero divenire avvocatesse su ragioni ideologiche<sup>258</sup>. Sembra, quindi, che la forma del precedente giurisprudenziale connoti di maggiore autorevolezza il giudizio di valore, sebbene il forte peso che in questo contesto esercitano le convinzioni personali renda la conformazione al precedente meno prevedibile.

Con riferimento, invece, al numero di argomenti giustificativi, alla presenza di *obiter dicta* e all'autonomia della motivazione rispetto alle argomentazioni delle sentenze impugnate ed a quelle proposte dalle parti, si può trarre dallo studio di

---

<sup>255</sup> Udienza 27 luglio 1889, pres. Ciampa, est. Semmola, *Bonaviri c. Boncoddò*, *Foro it.*, 1890, I, 304.

<sup>256</sup> C. C. Cass. Sez. III 30 marzo 1938, pres. Delle Donne, est. Rolla, *Corradi c. Roncelli*, in *Giur. it.*, 1938, I, 1, 796.

<sup>257</sup> Cassazione di Torino 18 aprile 1884, *Foro it.*, 1884, I, 341.

<sup>258</sup> La sentenza è citata da Roselli, *Giudici e limiti al potere del legislatore, vigente lo statuto albertino*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, 539

Barbagallo la conclusione che una notevole variazione dello stile della sentenze della Corte di cassazione si è attuata fra il 1950 e il 1960.

La sentenza da quel momento in avanti diventa più dotta, spesso assume un aspetto dottrinario, i fatti rilevanti attraverso i quali dovrebbe essere dato individuare la *ratio decidendi*, emergono con maggiore difficoltà, il numero di argomenti giustificativi per ogni punto deciso è quasi sempre maggiore di uno, gli *obiter dicta* sono molto spesso presenti, il richiamo di cui all'art. 118, 2° comma, disp. att. c.p.c., alla concisione non è seguito e la lunghezza della sentenza aumenta notevolmente.

Si tratta, intuitivamente, di una ipotesi di linea di tendenza. Non mancano, infatti, decisioni concise nelle quali i fatti rilevanti e le questioni poste emergono con immediatezza<sup>259</sup>.

Dalle considerazioni svolte si deve concludere che il cambiamento di maggior rilievo nello stile delle sentenze della Cassazione non si è verificato fra la fine del 1800 e l'inizio del 1900, con il passaggio della cultura giuridica italiana dalla sfera di influenza francese a quella tedesca.

Più precisamente, si può dire che fino alla fine del 1800, di regola, le sentenze sono brevi e chiare. Esse, pur non assumendo lo stile della frase unica (i.e. stile oracolare) tipico della *Cour de cassation*, e conservando il contenuto di interpretazione ragionata della legge di stile rotale<sup>260</sup>, risentono comunque della influenza del modello francese. Tale influenza si è manifestata anche nella rilevata assenza di citazioni di precedenti e nella raccomandazione di concisione contenuta nell'articolo 265 del regolamento generale giudiziario, alla quale le sentenze dell'epoca si sono adeguate.

Con l'inizio del nuovo secolo e fino alla fine degli anni '50, benché la lunghezza delle sentenze non sia aumentata, quasi sempre si trova una sola argomentazione per ogni punto deciso e gli *obiter dicta* non sono frequenti, i fatti rilevanti emergono con difficoltà e le decisioni perdono in chiarezza, fino a giungere alla accennata variazione che si sarebbe verificata all'inizio degli anni '60.

---

<sup>259</sup> Citata, quale esempio di chiarezza in GORLA, *La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella "common law" : riflessi di tale struttura sull'interpretazione della sentenza,, sui "reports" e sul "dissenting"* in *Giur. it.*, 1965, I, 1, 1239, è Cassazione 23 maggio 1963, n. 1351, la quale tuttavia contiene degli *obiter dicta*.

<sup>260</sup> Cfr. le tesi sostenute da DUXBURY (2008), cit.

Fra le ragioni che possono avere inciso su tale variazione, Barbagallo ipotizza la cosiddetta abolizione della carriera in magistratura<sup>261</sup>, l'entrata in funzione della Corte costituzionale, la costituzionalizzazione dell'obbligo di motivare, l'entrata in funzione del centro elettronico di documentazione presso la Corte di cassazione, il maggior risalto dato alle vicende giudiziarie sui giornali non specializzati, la internazionalizzazione della cultura giuridica italiana, il mutamento sociale del corpo dei magistrati, ecc.

Va detto, comunque, che, in termini generali, lo stile della motivazione della sentenza della Cassazione appare ancora oggi quello di derivazione rotale, di argomentata interpretazione della legge, di regola neutro e distaccato, influenzato, ora, dallo stile francese, ora, dalla dogmatica tedesca.

### **3. I mutamenti del ruolo del giudice nell'epoca moderna**

*i. Dallo Stato Liberale allo Stato di Welfare: il primo passaggio che ha cambiato il ruolo dei giudici.*

L'avvento dello Stato di Welfare, per come è inteso oggi, ha proceduto dall'affermazione di una nuova filosofia politica. Cambiamenti nelle condizioni e nelle attitudini della maggioranza hanno reso prevalente l'opinione in base alla quale il perseguimento del maggiore bene economico e sociale per tutti richiede l'abbandono dell'approccio liberista e l'adozione di iniziative pubbliche volte direttamente ed esplicitamente al generale miglioramento economico<sup>262</sup>. Il Professor Harry Jones ha identificato le principali caratteristiche dello Stato di Welfare nelle seguenti: 1) un alto aumento della portata e del dettaglio della regolamentazione statale<sup>263</sup>; 2) la diretta fornitura di servizi da parte del governo a tutti i membri della comunità nazionale – previdenza di disoccupazione e pensionistica, indennità familiari, assegnazione di case popolari, assistenza sanitaria, e simili; 3) crescente proprietà e conduzione pubblica di

---

<sup>261</sup> Abolizione di cui alle leggi 25 luglio 1966 n. 570 e 20 dicembre 1973 n. 831.

<sup>262</sup> In questo senso, cfr. Bognetti, (1998), cit.

<sup>263</sup> Si veda anche Grant Gilmore, *'The Ages of American Law'* (New haven (CT): Yale University Press, 1979); Guido CALABRESI, *'A Common Law for the Age of Statutes'* (Cambridge (MS): Harvard University Press, 1982).



industrie ed altre attività economicamente rilevanti che in precedenza erano o avrebbero potuto essere gestite privatamente<sup>264</sup>.

Per secoli, la gran parte dei sistemi giuridici occidentali ha perseguito l'idea che i diritti individuali dovessero essere protetti da violazioni causate da altri soggetti e, soprattutto, dall'esercizio arbitrario del potere pubblico<sup>265</sup>. Con l'avvento dello stato-nazione costituzionale, le funzioni base del pubblico potere sarebbero dovute essere la preservazione dell'ordine interno e la difesa dell'integrità e degli interessi nazionali. Tuttavia, sebbene il ruolo della magistratura fosse stato già strategicamente collocato in sistemi di poteri separati, i tribunali erano prevalentemente investiti da controversie private, per quanto fosse già contemplato il potere giudiziario di dichiarare una legge costituzionalmente illegittima.

Nello Stato di Welfare costituzionale, il pubblico potere divenne uno strumento per il perseguimento di obiettivi che andavano ben oltre l'ordine interno e la difesa nazionale. Non era più sufficiente che la comunità nazionale fosse protetta da disordini e da aggressioni esterne; una società poteva essere sicura e ben disciplinata e, comunque, mancare degli strumenti di giustizia distributiva. Dal momento in cui la giustizia sociale divenne un fine consapevole delle politiche pubbliche, si ebbe come conseguenza un significativo ed inevitabile aumento della frequenza con la quale i cittadini ordinari avrebbero potuto entrare in diretto contatto con pubblici funzionari. Il rapporto più significativo che i cittadini potevano avere con il potere pubblico, infatti, non era più limitato solo all'agente di polizia o al magistrato penale, ma includeva anche funzionari rappresentanti un'autorità regolamentare, l'amministrazione di un'assicurazione sociale, un'agenzia statale, o un'azienda pubblica. Questa onda di nuovi possibili contatti con il potere pubblico ha contribuito a riconfigurare il nuovo compito del principio di diritto<sup>266</sup> nello Stato nazionale.

Nella prima fase dello Stato di Welfare, i vecchi diritti di tradizione liberale vennero sottoposti a nuove limitazioni. La proprietà e iniziativa economica private costituiscono gli esempi più evidenti, anche se non sono mai stati intesi come diritti

---

<sup>264</sup> Harry W. Jones, *The Rule of Law and the Welfare State*, COLUM. L. REV., Vol. 58, No. 2 (Feb. 1958), 143-156, p. 144.

<sup>265</sup> Rudolph SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *Comparative Law. Cases-Text-Materials*, UNIVERSITY CASEBOOK SERIES, 6<sup>th</sup> Ed. (New York: Foundation Press, 1998), p. 259.

<sup>266</sup> CAPPELLETTI, (1989) cit., pp. 14-16.

assoluti. La generale proibizione di eseguire contratti che contrastino con interessi pubblici evidenzia con sufficiente chiarezza come tutti gli ordinamenti hanno in qualche modo delineato dei limiti all'autonomia dei titolari di diritti di proprietà e dei privati contraenti. Va detto, però, che questi limiti esterni tendono a contrarsi continuamente dal momento che l'area di autonomia individuale viene compressa nello Stato di Welfare. Il pubblico potere deve essere costantemente consultato quando l'individuo determina l'uso o la disposizione della sua proprietà, e molte questioni un tempo lasciate alla contrattazione privata diventano precluse per legge o regolamento.

Inoltre, le caratteristiche della legislazione sono mutate gradualmente e quasi impercettibilmente. Le vecchie leggi, come quelle in materia gius-lavoristica, erano il risultato dell'uso di tradizionali tecniche legislative che presupponevano la formulazione di regole di condotta, per esempio, sulla sicurezza ed igiene nelle fabbriche, sul divieto del lavoro minorile, sulle obbligazioni economiche dei datori di lavoro, o sugli effetti legali dei contratti collettivi. Le stesse tecniche, però, non erano idonee a delineare schemi previdenziali o normative sugli investimenti e la concorrenza; le leggi avrebbero dovuto ancora fissare regole di condotta, ma avrebbero dovuto fare anche altre cose come costituire istituzioni, conferire poteri di decidere su casi individuali, o delegare poteri regolatori ai dirigenti o ad altri organi.

In conseguenza dell'aumento dello scopo e dell'intensità delle interferenze del pubblico potere, l'enfasi dell'attività legislativa si spostò progressivamente dall'elaborazione di regole di condotta alla formazione di accordi istituzionali. Passo dopo passo, è emerso un nuovo tipo di legislazione: le leggi stabiliscono certi scopi o principi, e lasciano l'implementazione alle fonti normative subordinate, alle decisioni dei ministeri o delle autorità regionali e locali, o alla cura di istituzioni appositamente costituite come, per esempio, agenzie, consigli o tribunali. Sarebbe difficile trovare qualsiasi classica regola di condotta nelle leggi moderne su temi quali, per esempio, il controllo dei prezzi, l'industrializzazione regionale o la pianificazione urbanistica<sup>267</sup>.

In tale contesto, i parlamenti si sono rivelati troppo pletorici e troppo impegnati con la politica generale e quotidiana, per essere sufficientemente capaci e pronti a soddisfare la crescente domanda di legislazione. Paradossalmente, gli organi

---

<sup>267</sup> Thijmen Koopmans, 'Legislature and Judiciary- Present Trends', in CAPPELLETTI, *New Perspectives for a Common Law of Europe* 291, 300 (Leyden: Sijthoff, 1978), p. 314.

democraticamente eletti «stabiliscono, essi stessi, così tanti e diversi obiettivi» che, per evitare la paralisi, «sono costretti a lasciare gran parte del loro lavoro ad altri; le loro ambizioni risultano, in ultima istanza, in abdicazione»<sup>268</sup>.

Se il principio di diritto deve avere un senso in un tale sistema di articolata normazione, si rendono necessarie nuove iniziative di riorganizzazione del dato giuridico altrettanto significative quanto lo sono state quelle dell'epoca delle grandi codificazioni nonché quelle attuate per tramite dei giudici nei sistemi di *common law*<sup>269</sup>. Vero è, che la crescita senza precedenti degli organi politici nel moderno Stato Sociale ha conferito ai giudici un nuovo ruolo, una nuova dimensione sociale, così come una nuova esigenza di 'accountability'. Il moderno costituzionalismo e ciò che è stato abbastanza appropriatamente definito come 'rivoluzione dei diritti umani' delle società occidentali ha condotto ad una espansione senza precedenti della funzione giudiziaria come strumento di definizione dello spazio costituzionale e sociale degli individui. In tal modo, lo Stato di Welfare ha progressivamente portato il suo barcollante volume di carico aggiuntivo ai mulini della giustizia: nuovi diritti in gran numero ed infinitamente più dispersi tra i cittadini di quanto i vecchi diritti siano mai stati.

Al di là del problema del numero delle nuove istanze giudiziarie, i giudici sono stati posti nella difficile condizione di accertare in quale misura garantire ed attuare i diritti sociali in un contesto di risorse limitate. Per tale ragione, si è reso necessario ponderare nel ragionamento del giudice nuovi elementi quali la sostenibilità per i bilanci pubblici, l'impatto degli sviluppi scientifici, la responsabilità degli enti pubblici, l'opinione e la moralità pubblica, ed altre implicazioni sociali.

Uno degli aspetti più importanti delle nuove responsabilità della magistratura è costituito dalla crescita senza precedenti del sindacato sui provvedimenti amministrativi. Fatta l'eccezione del potere giudiziario statunitense, i giudici si sono storicamente dimostrati estremamente riluttanti ad assumersi tale nuova responsabilità. Infatti, nella gran parte dei sistemi europeo-continentali di epoca moderna, l'autorità giudiziaria o *ordre judiciaire* si è rivelata incapace di uscire dalla gabbia burocratica nella quale furono relegati dalla Rivoluzione francese. In generale,

---

<sup>268</sup> CAPPELLETTI, (1989) cit., p. 16-24.

<sup>269</sup> Cfr. CALABRESI, (1982), p. 6-12.

si deve constatare che il giudice europeo di *civil law* ancora non si vede come parte di un ‘terzo potere dello Stato’; bensì, tende ad interpretare un ruolo pubblico impiegatizio dando applicazione alle leggi e ai regolamenti e fingendo di non aver alcun ruolo attivo nella promozione dei nuovi diritti sociali. In questo senso, tale cultura giudiziaria sembra meno adatta ad adempiere il compito richiesto dello Stato Sociale.

In conseguenza, le società di *civil law* hanno cominciato a reagire a questa situazione patologica di pericoloso squilibrio all’interno del sistema di amministrazione del potere pubblico. A tal fine sono state gradualmente istituite – o sono in corso di istituzione – enti di controllo con funzioni para-giudiziarie, consigli, tribunali speciali, *ombudsmen*, corti arbitrali, ed altri enti analoghi, per tenere sotto controllo gli organi politici e per promuovere i nuovi diritti con maggior vigore.

Nonostante l’inconsapevolezza del ruolo chiave che i giudici di *civil law* dovrebbero interpretare nei processi di normazione, la giurisprudenza europeo-continentale ha notevolmente contribuito allo sviluppo del diritto in tutti gli ordinamenti.

Questa tendenza è coerente con l’evoluzione storica della gran parte delle magistrature della tradizione Europeo-continentale. Inizialmente, vennero costituiti organi giudiziari speciali volti a risolvere le controversie tra i cittadini e la pubblica amministrazione, come conseguenza della espansione napoleonica di quest’ultima. Il modello che è generalmente prevalso in questo contesto è quello del Conseil d’État francese<sup>270</sup>.

Successivamente, nella nuova epoca liberale e progressista, la necessità di tenere la creatività giudiziaria sotto controllo giustificò la costituzione di corti di cassazione come strumenti del parlamento per avere l’ultima parola sull’interpretazione del diritto. Infatti, la comune caratteristica delle corti europee di cassazione era che esse non fossero previste per risolvere le controversie nel merito, ma soltanto per dichiarare il principio di diritto applicabile al caso specifico e rimettere, poi, la questione ad altra corte. L’originario modello di corte di cassazione

---

<sup>270</sup> Cfr. SchleSINGER (1998), cit.

non era propriamente una parte (e tantomeno l'apice) del potere giudiziario, ma, piuttosto, l'espressione della supremazia del parlamento<sup>271</sup>.

Un nuovo potente controllo sull'esercizio del pubblico potere venne con la fine della Seconda Guerra Mondiale e l'avvento di una nuova generazione di costituzioni: le corti costituzionali. La supremazia della legislazione parlamentare venne, quindi superata dalla forza kelseniana delle previsioni costituzionali e, per tale ragione, i giudici costituzionali si rivelarono meglio attrezzati e più adatti per controbilanciare il potere legislativo e per promuovere i nuovi diritti dei cittadini attraverso l'interpretazione giudiziaria<sup>272</sup>. Al contempo, il generale obbligo di dare attuazione alle previsioni costituzionali ha progressivamente mutato il ruolo delle corti di cassazione, trasformandole in corti supreme alle quali è richiesto di assicurare la certezza giuridica e la protezione dei diritti senza più alcuna supervisione degli organi politici<sup>273</sup>.

Va tenuto presente che la dottrina maggioritaria<sup>274</sup> è concorde sul fatto che il fondamentale passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale di diritto abbia posto e continui a porre nuovi ostacoli al perseguimento della certezza e dell'ordine normativo.

La situazione della magistratura italiana negli anni immediatamente successivi all'introduzione della Costituzione viene così descritta da U. Scarpelli (*Le porte della stalla*, in *Quadrimestre*, n. 3/85, 379): «Si trattava... di una magistratura inserita in quello che, riprendendo l'espressione di Picardi, chiamerei un sistema, il sistema dell'istituzione giudiziaria... In questo sistema giocava tutta una serie di fattori molto rilevanti. Prima di tutto si sentiva la funzione d'indirizzo ed unificazione giurisprudenziale esercitata dalla Cassazione... L'influenza della Cassazione era effettiva perché operava all'interno della istituzione giudiziaria tutta una serie di fattori uniformanti ed omogeneizzanti, ed anche, in un certo senso (la parola può avere una carica positiva), limitanti per il singolo magistrato. Intanto alla base c'era una matrice sociale abbastanza comune... Poi giocava moltissimo la carriera. Entrando in

---

<sup>271</sup> Cfr. Huls, ADAMS & Bomhoff, (2009), cit.

<sup>272</sup> Hab 400

<sup>273</sup> Cfr. Andrea VELA, *La Corte suprema di cassazione, oggi*, in *Foro it.*, 1987, V, 215-222.

<sup>274</sup> Massimo LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, Rivista AIC N.° 4/2014, 10/10/2014, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it).

magistratura si sapeva che, dopo aver superato il concorso e poi l'esame per giudice aggiunto, dopo un certo numero di anni si sarebbero dovuti affrontare e possibilmente superare concorsi per la Corte d'Appello e la Corte di cassazione. C'era dunque la preoccupazione di lavorare in un certo modo, con un certo stile, un linguaggio, un rigore, che potessero essere approvati dai magistrati di cassazione giudici dei concorsi. Importante era anche la funzione dei capi degli uffici... Delicata funzione dei capi era la scelta dei giudici ai quali affidare certi affari piuttosto che a certi altri... Ora, questa struttura sistemica è stata pressoché completamente distrutta...».

Da tale descrizione emerge un sistema giudiziario strutturato secondo il modello napoleonico o, se si preferisce, ottocentesco nel quale «formula politica dello Stato di legislazione, concezione intellettualistica dell'attività giudiziale, struttura piramidale dell'ordinamento della giustizia... sono aspetti di una medesima realtà» (M. Nigro, in Foro It., 1982, V, 1).

Ora, un modello siffatto, non soltanto risultava dissonante con la (nuova) Costituzione, ma era venuto perdendo di intrinseca razionalità a fronte dei profondi mutamenti che andavano investendo la funzione della legge, l'organizzazione sociale e quella politica. Il sistema, infatti, era funzionale ad una società relativamente statica o i cui mutamenti fossero governati autoritativamente; ad una società contrassegnata da una concentrazione ed omogeneità del potere politico-istituzionale e, quindi, da una legislazione relativamente organica e stabile che trovasse nei codici e nei testi unici la propria espressione principale<sup>275</sup>.

In un simile contesto, le regole da applicare sono tendenzialmente univoche, il *corpus iuris* tendenzialmente coerente. Il compito della giurisprudenza è, allora, soprattutto quello di elaborare i concetti che meglio si prestano ad esprimere questo universo, a dargli compattezza, a consolidarlo. Il rapporto del giudice con la legge è mediato da un insieme concettuale del quale elaboratore privilegiato è la Corte di cassazione. Naturale quindi che la professionalità si acquisisca ripetendo i moduli concettuali elaborati dalla Suprema corte, modellandosi su questi, e che sia controllata e plasmata da questa.

Tuttavia, come già è stato messo in luce, i caratteri precisi e rassicuranti che distinguevano lo Stato di diritto erano venuti progressivamente tutti meno: la

---

<sup>275</sup> SENESE, *Funzioni di legittimità e ruolo di nomofilachia*, (1987), cit.

semplicità del sistema delle fonti, governato più dal principio gerarchico che da quello di competenza; il dominio incontrastato della legge; il conseguente convincimento della sufficienza della riserva di legge ad offrire presidio alle libertà individuali; la morigeratezza dell'attività nomopoietica, che non conosceva l'inflazione della produzione normativa; la saldezza della separazione tra legislazione e giurisdizione, con il riconoscimento alla prima del monopolio nel bilanciamento degli interessi sociali; la fiducia nel *self-restraint* dell'interprete del testo; la certezza del diritto come massima della legislazione e della sua esecuzione.

Il sistema delle fonti è diventato sempre più complesso, anche perché la Costituzione ha sottratto interi domini materiali alla legge, delimitandone la competenza per rapporto ad altre fonti divenute sue concorrenti e riducendo il principio gerarchico a regolatore di una frazione sempre più ridotta delle antinomie<sup>276</sup>. E' venuta meno la duplice riduzione del diritto a diritto dello Stato (i.e. la concezione statalista) e del diritto dello Stato alla legge (i.e. la concezione legalista), riproducendosi al livello del sistema delle fonti la complessità pluralistica della tessitura sociale. Si è appannato il mito della legge come espressione della *volonté générale*, lasciando sempre più spazio alla dimensione costituzionale come fondamento della *ratio* normativa<sup>277</sup>.

In tale contesto generale, la giurisdizione si è fatta onnipervasiva, uscendo dal terreno del controllo per addentrarsi in quello della mediazione e della regolazione del conflitto sociale<sup>278</sup>, mentre, contemporaneamente, si sono sviluppate dottrine dell'interpretazione che, facendo leva ora sulla distinzione tra principi e regole, ora sull'essenzialità dell'autoregolazione sociale, hanno consentito al giudice di liberarsi dal testo per affermare visioni sostanzialistiche della giurisdizione<sup>279</sup>. Il diritto ha

---

<sup>276</sup> Vezio CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 5° Ed., (Padova: CEDAM, 1984) p. 200.

<sup>277</sup> Franz Neumann ha messo magistralmente in evidenza l'ampiezza dello iato tra queste due dimensioni del diritto rimarcandone il riflesso di un passaggio tra epoche nell'evoluzione del principio di diritto. Si veda Franz Neumann, *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society* (Dover, NH: Berg Pub., 1986); cfr. Fred Dallmayr, *Hermeneutics and the Rule of Law*, in D. Cornell, M. Rosenfeld & D.G. Carlson, (1993), cit., p. 291.

<sup>278</sup> Vedi al riguardo CAPPELLETTI, (1989), cit.

<sup>279</sup> Massimo LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, (2014), cit. ; vedi anche CAPPELLETTI, (1989), cit.

definitivamente superato il suo stadio originario in cui «la precisa espressione linguistica era il talismano sovrano, ed ogni discostamento era fatale»<sup>280</sup>.

L'evoluzione dello Stato costituzionale di diritto è stata, inoltre, segnata dallo sforzo di razionalizzare i diversi processi di globalizzazione che hanno portato alla creazione di sistemi multilivello di norme giuridicamente rilevanti (profilo quantitativo). La progressiva espansione dei poteri delle organizzazioni internazionali e i numerosi processi federativi in corso nel mondo dimostrano ulteriormente come il paradigma monopolistico dei parlamenti nazionali rappresenti un modello non più attuale.

L'Italia della seconda metà del '900 si inserisce via via sempre più saldamente in un sistema internazionale che trova i propri cardini nella Carta delle Nazioni Unite e nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo. Ora, questo sistema non afferma soltanto un quadro istituzionale inteso al mantenimento della pace e di un certo ordine mondiale, esso propone in pari tempo un progetto ideologico che dovrebbe stabilire i parametri di una legittimità politica, la quale - a sua volta - appare incontestabilmente progressista. La Carta e la Dichiarazione universale appaiono infatti ispirate ad un liberalismo che si è notevolmente trasformato affrontando le guerre mondiali e l'esperienza delle crisi economiche e sociali degli anni trenta. Questi eventi hanno contribuito ad estendere le funzioni economiche, sociali ed anche culturali degli Stati.

L'ordine internazionale che la Carta delle Nazioni Unite tutela deve essere conforme alla «giustizia». La legittimità che essa propone si ispira ad una prospettiva universalista a vocazione transculturale che assegna come fine della cooperazione tra gli Stati la difesa dei diritti dell'uomo ed il progresso economico, sociale e culturale. In tal modo la carta - qualificando le finalità della pace e della cooperazione internazionale nei settori economici, sociali ed umanitari - esplicita gli obblighi politici interni che gli Stati devono assolvere quali membri dell'organizzazione mondiale, relativizzando così in una certa misura il principio della sovranità nazionale ed introducendo un'ulteriore spinta verso le trasformazioni sociali ed il mutamento della funzione della legge. Qui non interessa analizzare quanto di ideologico vi fosse in un tale progetto e quali contraddizioni lo minassero.

---

<sup>280</sup> Wood v. Duff Gordon, 222, N.Y., 88; cfr. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process* (1921), cit., p. 100.



É certo, comunque, che esso nasceva da processi strutturali e che, per ideologico che fosse, condizionava sensibilmente i vari ordini giuridici nazionali. Soprattutto, per ciò che in questa sede interessa, è da rilevare che una prospettiva siffatta è destinata ad introdurre un contraddizione permanente, una tensione non risolta, all'interno dei sistemi liberal-democratici, in quanto, per un verso, la garanzia dei diritti umani (comprensivi ormai dei diritti economici, sociali e culturali) postula un ordine sociale relativamente stabile e quindi un ordine giuridico strutturato secondo i classici modelli dello Stato liberale; per altro verso, la realizzazione delle «libertà di», entrate ormai a far parte dei diritti umani, spinge verso una continua trasformazione dell'ordine economico e sociale e quindi un continuo superamento di quei modelli.

Si tratta della dialettica i cui presupposti sono tra gli altri indicati da Habermas<sup>281</sup> e che si trova rispecchiata nei due commi dell'art. 3 della Costituzione italiana. Tutto ciò lascia comprendere la intrinseca fragilità e l'irrimediabile consunzione del modello giudiziario imperante negli anni cinquanta ed apparentemente così solido. Ed infatti, uno spirito lucido come Piero Calamandrei avvertiva acutamente i segni di un tale scricchiolio e, lui che pure aveva esaltato in altro contesto la certezza del diritto e la stretta legalità, non esitava a rilevare la crisi dell'armamentario concettuale e delle tecniche giurisprudenziali che della certezza erano strumenti e, senza indulgere a rimpianti del bel tempo antico o a richiami di restaurazione, invitava a riconoscere tale crisi per ciò che effettivamente esprimeva - e cioè il portato di profonde trasformazioni sociali - ed a lavorare, anche attraverso una maggiore assunzione di responsabilità da parte dei giudici, per costruire le premesse di un nuovo modello<sup>282</sup>.

Per la verità, alcuni dei presupposti del modello erano già in crisi negli anni trenta: è significativo al riguardo che uno scritto di Carnelutti di quell'epoca si intitolasse appunto alla «crisi della legge» e denunciasse già l'inflazione legislativa come sintomo e causa al tempo stesso di tale crisi. E sulla segnalazione di tale crisi lo stesso Carnelutti torna ancora nel 1943 recensendo criticamente l'opera di Flavio

---

<sup>281</sup> in *Cultura e critica*, Torino, 8 e ss.

<sup>282</sup> in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, 252 ss.

Lopez de Oñate su la certezza del diritto<sup>283</sup>. Certo, le osservazioni di Carnelutti non colgono le radici strutturali della crisi, ma le sue inquietudini sono eloquente riflesso, nell'ambito del suo sistema di pensiero, delle trasformazioni che andavano producendosi in profondità e premevano sulle tradizionali architetture della scienza giuridica. Un fenomeno quale l'oscuramento della fondamentale ripartizione tra diritto pubblico e diritto privato, oggi largamente riconosciuto ed assunto nella descrizione della crisi dello Stato di diritto ottocentesco, trova negli anni trenta significative manifestazioni.

Va detto, tuttavia, che la disgregazione del sistema delle fonti non è derivata soltanto dal costante aumento della complessità, ma anche dalla più o meno consapevole accondiscendenza della dottrina a considerare superflua o quanto meno obsoleta la dommatica e di assegnare alle fonti delle posizioni che sono determinate non già dalla loro forma, ma dalla qualità della loro sostanza precettiva<sup>284</sup>. Si tratterebbe del processo inverso rispetto a quello che, secondo il pensiero di Luigi Lombardi Vallauri<sup>285</sup> e di Montaigne<sup>286</sup>, ha caratterizzato le grandi fasi di accentramento del potere, da Giustiniano a Napoleone.

Questa evoluzione ha fatto seguito alla progressiva espansione delle opportunità per gli individui di chiedere la protezione dei loro diritti ed interessi legittimi<sup>287</sup>. Man mano che i cittadini sono divenuti più consapevoli che è loro consentito mettere in discussione le determinazioni della pubblica autorità e che sono titolari di alcuni diritti inalienabili, un certo grado di confidenza nella complessiva giustizia del sistema ne è stato il risultato. Ragionevoli condizioni di accesso alla giustizia e la percepita equità del sistema giurisdizionale hanno costituito fattori chiave della moltiplicazione del contenzioso e della valorizzazione dei precedenti.

Inoltre, ragioni di equità e il dovere di affermare anche la dimensione privata dei diritti ha condotto le corti a dissacrare gli accordi privati, le questioni familiari, e molte altre aree dalle quali si supponeva che il potere statale dovesse stare fuori.

---

<sup>283</sup> Flavio Lòpez de Oñate, *La certezza del diritto*, (Milano: Giuffrè, 1968).

<sup>284</sup> Cfr. LUCIANI, *Garanzia ed efficienza nella tutela giurisdizionale* (2014), cit.

<sup>285</sup> Luigi LOMBARDI VALLAURI, (1975) cit.

<sup>286</sup> Cfr. D. Cornell, M. Rosenfeld & D. G. Carlson (1993), cit, pp. 11-12.

<sup>287</sup> Archibald Cox, *The Role of the Supreme Court in American Government*, (Oxford: Oxford University Press, 1977), p. 116.

Infatti, un crescente numero di litiganti ha iniziato a portare davanti alle corti non soltanto il tipo di controversie che aveva costituito tradizionalmente l'oggetto dei contenziosi, ma anche una serie di questioni che veniva precedentemente risolta in consessi privati, negli ospedali, sui luoghi di lavoro, nelle scuole o a casa<sup>288</sup>. Da un punto di vista sociologico, alcuni studiosi hanno osservato che questo fenomeno ha corrisposto in qualche modo alla crisi generalizzata delle altre forme di controllo sociale come i gruppi di appartenenza, i nuclei religiosi, o persino la comunità della classe economica<sup>289</sup>. Numerosi studi culturali in aree diverse come il Messico, il Taiwan, l'Etiopia, Israele, e l'Inghilterra, così come nella moderna società nordamericana, illustrano questa corrispondenza.<sup>290</sup>

*ii. Dalle controversie private alla giustizia degli interessi diffusi e collettivi: il secondo passaggio che sta cambiando il ruolo dei giudici*

L'avvento dello Stato di Welfare e l'espansione della pubblica autorità sono stati a loro volta il risultato di uno sviluppo della società di notevole importanza: la rivoluzione industriale<sup>291</sup> e le sue implicazioni sociali. Questa fondamentale trasformazione può essere sintetizzata in una parola: 'massificazione'. Tutte le società avanzate del nostro mondo contemporaneo sono caratterizzate da un'economia di produzione di massa, distribuzione di massa, e consumo di massa, e tale caratterizzazione va ben al di là del settore economico. Relazioni sociali, comportamenti, aspirazioni personali e conflitti ne sono stati altrettanto travolti.

Con l'avvento del Web 2.0, il coinvolgimento delle masse ha raggiunto una nuova e più invasiva dimensione dove la chiave del potere è l'informazione. Il social network è la nuova piattaforma per fare impresa, per instaurare relazioni personali, per

---

<sup>288</sup> Cfr. il caso *Rakaric v. Croatian Cultural Club*, 430 N.Y.S.2d 829, 838 (App. Div. 2d Dep't 1980); si veda anche *Woods v. Lancet*, 303 N.Y. 349 (1951).

<sup>289</sup> Donald J. Black, *Mobilization of Law*, 2 J. OF LEGAL STUD. 125, 147 (1973).

<sup>290</sup> Si veda Black, cit., 6-7, 106-10; Gallin, *Conflict Resolution in Changing Chinese Society: A Taiwanese Study*, in POL. ANTHR'Y 265-74 (M. Swartz, V. Turner & A. Tuden eds. 1966); Lowenstein, *Ethiopia*, in AFRICAN PENAL SYSTEM 35, 49 (A. Milner ed. 1969); Nader & Metzger, *Conflict Resolution in Two Mexican Communities*, 65 AM. ANTHROPOLOGIST 584, 589-91 (1963); Peters, *Aspects of the Social Control of Moral Ambiguities: A Comparative Analysis of Two Culturally Disparate Modes of Social Control*, in THE ALLOCATION OF RESPONSIBILITY 109-62 (M. Gluckman ed. 1972); Schwartz, *Social Factors in the Development of Legal Control: A Case Study of Two Israeli Settlements*, 63 YALE L. J. 471 (1954).

<sup>291</sup> CAPPELLETTI, (1989), cit., 23-28.

esercitare diritti e, in generale, per l'auto-determinazione degli individui. Questa infrastruttura virtuale getta qualsiasi istanza individuale su una scala globale<sup>292</sup> con la conseguente ulteriore moltiplicazione delle opportunità di conflitto e di contatto con il pubblico potere.

Basti pensare alle dimensioni raggiunte negli ultimi venti anni dal contenzioso civile in materia di lavoro, proprietà intellettuale, fallimento, responsabilità degli amministratori, ecc. . In questo e in altri settori, la domanda di giustizia rivolta alla Corte suprema italiana ha ormai assunto i connotati del fenomeno di massa, tipico dei nostri giorni, onde essa non può ulteriormente eludere l'esigenza di organizzarsi per fornire una risposta di massa, anche se ciò debba comportare la necessità di abbandonare moduli e connotazioni «artigianali» di articolazione del lavoro, che pure in altri tempi hanno egregiamente funzionato e che la tradizione ci ha tramandato<sup>293</sup>.

A causa della crescente complessità delle società moderne, le situazioni in cui una singola azione umana può interessare un alto numero di persone sono progressivamente sempre più frequenti. In conseguenza, la tradizionale struttura della lite giudiziaria – una mera questione tra due parti – è diventata insostenibile. Danni causati da un confezionamento non sicuro, dallo smaltimento dei rifiuti, da falsa pubblicità, dalla violazione dei contratti collettivi di lavoro, o anche solo da un *post* offensivo su Facebook possono coinvolgere masse di consumatori o di lavoratori, istituzioni pubbliche ed intere comunità. Come diretta conseguenza, i tribunali sono stati investiti su vasta scala del problema di tali conflitti di massa e la Corte di cassazione è chiamata a fornire con le proprie pronunce direttive di principio per prevenire la ulteriore proliferazione delle controversie<sup>294</sup>.

Le cc.dd. *class actions* e le *public interest litigations* negli Stati Uniti<sup>295</sup>, così come le *action collectives* e le *Verbandsklagen* (azioni promosse da gruppi

---

<sup>292</sup> Cfr. Corte Europea di Giustizia, Sentenza C-466/12, *Nils Svensson et ors. v. Retriever Sverige AB*, (2014), decisione del 13 febbraio 2014, ECLI:EU:C:2014:76.

<sup>293</sup> Franco BILE, *Sui metodi di lavoro della Corte di cassazione*, in *Foro it.*, 1986, V, 223-228

<sup>294</sup> Cfr. DONDI-ANSANELLI-COMOGGIO, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, Milano: Giuffrè, 2015, pp. 321 e ss.; FRIEDMAN, *American Law in the 20th Century*, New Haven/London, 2002, pp. 350, 360, 365 e ss.; YEAZELL, *Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action*, in 77 *Colum. L. Rev.*, 1977, p. 866 e ss.; GIUSSANI, *Studi sulle "class actions"*, Padova, 1996, XV e ss., p. 6 e ss.

<sup>295</sup> Cfr. *ScheSINGER v. Reservists Comm. to Stop the War*, 418 U.S. 208 (1974); *United States v. Richardson*, 418 U.S. 166 (1974). Per quell che riguarda la legislazione congressuale si veda : *Citizens'*

organizzati) in Francia, Belgio, Germania, Italia, e non solo, sono tipici esempi di questo fenomeno, l'importanza del quale può difficilmente essere enfatizzata abbastanza. L'affermazione dei modelli di produzione e di fruizione di massa e il loro stabilizzarsi, in particolare dopo il primo conflitto mondiale, conduce progressivamente all'individuazione di particolari categorie di soggetti accomunati da medesime esigenze di tutela. Per loro intrinseca natura non efficacemente perseguibili in via individuale in quanto strettamente collegate al caratterizzarsi come massificate della produzione industriale e della strutturazione della società, tali esigenze di tutela hanno trasferito nel processo questa dimensione massificata. La predisposizione in sede processuale di speciali percorsi capaci di superare le tradizionali categorie delle liti individuali litisconsortili costituisce lo specifico di questo nuovo e diverso modello di tutela. E presupposto essenziale per la sua creazione è la riconfigurazione di una categoria essenziale quale quella di legittimazione ad agire. La sua trasformazione da necessariamente individuale a superindividuale e collettiva trova fondamento nella presa d'atto della concreta inefficacia di azioni individuali per la tutela di situazioni soggettive ad impatto e diffusione vasta ed omogenea<sup>296</sup>. Una profonda metamorfosi dei concetti, delle regole e delle strutture tradizionali del processo giudiziario è stata promossa e, almeno in parte, realizzata in diversi paesi come conseguenza di questi mutamenti.

Per comprendere la dimensione del problema vale la pena prendere in considerazione un caso affrontato dalla Cour de Cassation francese nel 2004 relativo alla materia ereditaria. La controversia si fondava sul dubbio circa la natura dei contratti di assicurazione che erano ritenuti, da una parte, come prodotti del risparmio mentre, dall'altra, come servizi assicurativi. La Corte in questo caso ritenne di ammettere come documenti probatori le memorie redatte dai gruppi di interesse che avrebbero potuto essere coinvolti dagli esiti della decisione. Infatti, la determinazione della natura giuridica di questo tipo di contratti avrebbe avuto significative implicazioni da un punto di vista economico non solo sul sistema ereditario, ma anche sul sistema fiscale e sulla struttura del risparmio privato. Conseguentemente, i gruppi

---

Right to Standing in Federal Courts Act, S. 680, 96th Cong., 1st Sess., 125 CONG. REC. S2822 (Mar. 15, 1979). Si veda anche 125 CONG. REC. S2822-25 Mar. 15, 1979) (commenti del Sen. Kennedy).

<sup>296</sup> Cfr. TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2011, pp. 203 e ss.

che erano portatori di interessi collettivi all'interno di questi settori – notai, banche, compagnie di assicurazione – richiesero di essere sentiti in udienza sebbene le regole della procedura non lo consentissero. Nonostante ciò, la Corte ammise questi documenti, così come quelli presentati dalle agenzie statali competenti, introdusse i relativi argomenti nel contraddittorio e li menzionò nella decisione<sup>297</sup>.

Risulta di tutta evidenza come un precedente come quello ora menzionato abbia delle implicazioni dirompenti per quel che riguarda l'estensione del contraddittorio di causa in dipendenza dei possibili effetti della sentenza. In un caso come questo, insistere sul dogma che il giudicato si formi esclusivamente nei confronti delle parti sarebbe fuorviante e pericoloso.

Peraltro, sembra che anche il *Conseil Constitutionnel* abbia preso consapevolezza di questi mutamenti consentendo alle categorie che possano essere interessate dal particolare giudizio di costituzionalità di presentare memorie e documenti, a prescindere dai rapporti con le parti in causa. È stato riconosciuto il diritto a stare in giudizio ad 'avvocati generali privati' o 'attori ideologici' e tali attori - che si tratti di individui o di organizzazioni – vengono considerati come 'adeguati rappresentanti' di moltitudini o categorie di persone, molte delle quali potrebbero anche non sapere che un'azione rappresentativa è stata promossa per loro conto<sup>298</sup>. Sono stati richiesti e spesso ottenuti risarcimenti danni per centinaia, migliaia e persino milioni di 'parti assenti' in tal modo 'rappresentate', e le millenarie certezze relative ai limiti della *res judicata* sono affondate come «fragili barche sovraccariche»<sup>299</sup>. Se questa tendenza è destinata ad avere un seguito presso le corti supreme, sarebbe opportuno modificare le regole di procedura per disciplinare i casi in cui queste memorie possono essere esaminate, le modalità per introdurle nel processo, le regole di rappresentazione dei gruppi di interesse davanti alla corte, e la possibilità di questi di essere sentiti dai giudici, per citare solo alcune delle questioni principali.

---

<sup>297</sup> Composite section, 23 novembre 2004, Bulletin No. 5, 6, 7 e 8; BICC, No. 613, p. 17, Report of Mme Crédeville e opinione di M. de Gouttes. Cfr. HULS-ADAMS-BOMHOFF, *op. cit.*, p. 138.

<sup>298</sup> Cfr. sulla figura del terzo portatore di interessi collettivi nel giudizio costituzionale Anna Maria Lecis Cocco-Ortu, *L'intervento del terzo portatore di interessi collettivi nel giudizio incidentale, tra funzione collaborativa e legittimazione del giudice costituzionale: una comparazione tra Italia e Francia*, in *Dir. Pub. Comp. ed Eur.*, (2013), V. I, p. 347 e ss.

<sup>299</sup> CAPPELLETTI (1989), *cit.*

Il vero problema, però, è valutare se sia appropriato “proceduralizzare” certe forme di “judicial lobbying”. Vi è una crescente tendenza, tra le categorie più forti, ad usare mezzi extra-processuali di comunicazione per difendere i propri interessi nelle cause più importanti. Queste tecniche, però, sono volte ad inserire elementi argomentativi nella decisione senza le regole del contraddittorio, compromettendo le garanzie processuali. Per questa ragione, ignorare questi fenomeni dal punto di vista della regolamentazione può comportare molti rischi. È necessario, quindi, guadagnare maggiore consapevolezza del fatto che, in relazione alle questioni maggiori che interessano la società, ciò che viene deliberato dalle corti è parte del dibattito pubblico e, talvolta, è anche il mezzo attraverso il quale tale dibattito viene condotto.

Come una volta osservò Mauro Cappelletti, «[I]ike ‘Big Government’, so also ‘Big Business’, ‘Big Labour’, and ‘Big Foundations’ demand ‘Big Litigation’ – and a ‘Big Judge’<sup>300</sup>.

Questa profonda trasformazione del ruolo del giudice è oggi sotto gli occhi di tutti come dato strutturale e non congiunturale. In una società in profonda e tumultuosa trasformazione, aperta alla economia internazionale ed ai suoi contraccolpi, socialmente mobile e frammentata, segnata dalla compresenza di una pluralità di centri di potere e da un sistema istituzionale policentrico, inserita in un sistema sovranazionale e organizzata all'interno sulla base delle autonomie e del decentramento, la legge si presenta sempre meno come comando univoco e generale ; l'ordinamento non appare più come corpo coerente e organico ma piuttosto come un universo formato da fonti diverse e con diverso grado di imperatività, in ciascuna delle quali si esprimono realtà, interessi, talora anche angolazioni di valore, diversi. Ciò per un verso; per altro verso, in una società di questo tipo, la legislazione diventa precaria, mutevole, cangiante sotto la spinta dei diversi interessi e delle diverse congiunture.

Il compito principale della giurisprudenza, in questo contesto, non è più quello di elaborare concetti che esprimono un ordine pre-dato e relativamente statico ma piuttosto quello di cogliere la regola di diritto applicabile, attraverso una grande

---

<sup>300</sup> CAPPELLETTI, (1989), cit., at 28; Cfr. altresì le tesi di Franco BILE, *Sui metodi di lavoro della Corte di cassazione*, in *Foro it.*, 1986, V, 223-228 per quanto riguarda le esigenze di riorganizzazione della Cassazione italiana.

tensione culturale attenta ai valori basilari del patto sociale , intorno ai quali soltanto può tentarsi l'unificazione delle diverse logiche ed il superamento delle antinomie<sup>301</sup>.

In questa impresa, le massime consolidate soccorrono poco, innanzitutto perché tendono a scomparire e poi perché non di rado la massima è sopravanzata da nuove realtà di fatto o di diritto. La professionalità del giudice sempre meno si alimenta di una ricezione di moduli elaborati al vertice; e sempre più richiede un'assunzione autonoma di responsabilità, una ricerca che lo impegna in prima persona. Il potere giudiziario diventa diffuso e potenzialmente egualitario. E ciò, tanto più, in quanto il rapporto diretto giudice/legge implica, in misura eguale per tutti i giudici, la critica della stessa legge e il potere dovere di saggiarne la conformità alla Costituzione eccitando, se del caso, il controllo di costituzionalità.

La professionalità richiesta al magistrato chiama in causa nuove discipline, eccedenti il sapere giuridico tradizionale ed aperte, invece, sul mondo degli avvenimenti e dei fenomeni sociali, abbisogna sempre più di specialismi di apporti che non possono essere desunti solo dall'interno dell'ordine giudiziario e del mondo del diritto ma fanno appello a settori diversi delle scienze e delle tecniche. Una professionalità generica ed indifferenziata che abbia il suo vertice nella Corte di cassazione non è più concepibile<sup>302</sup>.

---

<sup>301</sup>Cfr. PIZZORUSSO-PROTO PISANI, (1987, V), p. 208.

<sup>302</sup> SENESE, *Funzioni di legittimità e ruolo di nomofilachia*, (1987), cit.



## CAPITOLO II: PROSPETTIVA TEORICA E INQUADRAMENTO

### DOTTRINARIO

#### 1. Il rapporto tra norme, interpretazione e precedenti giurisprudenziali

##### *i. Il concetto di diritto e le fonti di informazioni giuridicamente rilevanti*

Al fine di comprendere il valore del precedente giurisprudenziale in relazione alle altre fonti normative, occorre, innanzitutto, interrogarsi sul concetto di «diritto», su cosa esso includa, e su come la sua conoscibilità incida sull'applicazione.

Un esperto delle fonti come Riccardo Guastini rilevava, in epoca ormai risalente, che il vocabolo "diritto" non è univoco<sup>303</sup>. Non abbiamo bisogno di spendere pagine nel tentativo di dimostrare che *Gesetz* non è un sinonimo di *Recht*<sup>304</sup>, che la *loi* è un concetto più ristretto di *le droit*<sup>305</sup>, che *law* comprende qualcosa di più che *statute*<sup>306</sup>, che il diritto, per usare termini nostrani, non si risolve nella legge. Ci viene risparmiata una simile dimostrazione poiché, come rileva Benjamin Cardozo, «nell'azione che ci riguarda ogni giorno vi è il processo giurisdizionale, nel contesto del quale vengono impresse come diritto forme di condotta e regole in quella che potremmo definire una Zecca di Stato giudiziaria, e che, in conseguenza, circolano liberamente come parte del conio del regno»<sup>307</sup>.

Si può convenire che, in termini generalissimi, il concetto di diritto si riferisca ad uno specifico insieme di regole o norme. Tuttavia, se si cerca di precisarne meglio il concetto, ci si imbatte in una serie di alternative definitorie<sup>308</sup>. Si tratta di questione che ha contrapposto platonici e aristotelici, giuspositivisti e giusnaturalisti, nominalisti

<sup>303</sup> GUASTINI, *In tema di "conoscenza del diritto"*, in *Foro it.*, 1987, V, 376-386; vedi anche Benjamin N. CARDOZO, *The Growth of the Law* (New Haven: Yale University Press, 1924), p. 27.

<sup>304</sup> Eugen EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, (Monaco/Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1913).

<sup>305</sup> DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Parigi: Cujas, 1921.

<sup>306</sup> CARDOZO (1924) cit., p. 27.

<sup>307</sup> CARDOZO (1924), cit., p. 27.

<sup>308</sup> Particolarmente suggestiva la definizione di «diritto» che diede CARDOZO nel suo *The Growth of the Law*, cit., p. 140: “*Law is the expression of a principle of order to which men must conform in their conduct and relations as members of society, if frictions and waste are to be avoided among the units of the aggregate, the atoms of the mass.*”.

e realisti. Una qualche teoria del diritto è, in effetti, sempre presupposta in ogni costruzione dogmatica<sup>309</sup> attraverso l'assunzione di alcuni fondamenti concettuali. Tali fondamenti non sono null'altro che una serie di definizioni (non necessariamente esplicite) di termini chiave quali "diritto", "norma", "fonte", eccetera. Combinando le diverse teorie gnoseologiche con quelle giuridiche, si ottiene una notevole varietà di tesi intorno all'oggetto, ai fondamenti e ai procedimenti propri della conoscenza giuridica.

In questa sede non è possibile sottrarsi alla necessità di prendere in considerazione alcune notevoli oscillazioni nel significato del termine "diritto" (e, implicitamente, del termine "norma"). In particolare ai nostri fini vengono in rilievo tre distinte accezioni del termine.

In una prima accezione, "diritto" designa un insieme di testi e documenti normativi. Di solito, chi usa il termine "diritto" in questo senso, tende ad impiegare il termine "norma" per riferirsi alle disposizioni, cioè agli enunciati del discorso normativo. Le norme, da questo punto di vista, sono oggetto di interpretazione.

In una seconda accezione, "diritto" designa non un complesso di documenti normativi, ma piuttosto il contenuto di significato normativo (prescrittivo, precettivo, direttivo) di tali documenti. Solitamente chi usa il termine "diritto" in questo modo, è incline a riservare l'appellativo di "norma" non già alle disposizioni, bensì al loro significato, quale risulta dall'interpretazione. In questo universo concettuale, dunque, le norme sono non l'oggetto, ma il prodotto o il risultato dell'interpretazione.

In una terza accezione, "diritto" designa l'insieme delle decisioni adottate dagli organi dell'applicazione. Chi impiega in questo modo il termine "diritto", tendenzialmente userà poi il termine "norma" per intendere una mera generalizzazione a posteriori dei precetti individuali che costituiscono provvedimenti giurisdizionali e amministrativi. Le norme, insomma, sono il risultato non dell'interpretazione, ma piuttosto dell'applicazione.

La prima accezione di "diritto" è caratteristica di un positivismo giuridico ingenuo, cui è sconosciuta la distinzione tra enunciato e significato o, meglio tra

---

<sup>309</sup> Un esempio macroscopico si rinviene nella dottrina delle lacune istituzionali di Santi Romano, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, 1925, rist., e in *Lo stato moderno e la sua crisi*, (Milano: Giuffrè, 1969).

disposizione e norma<sup>310</sup>. Non si deve ritenere, tuttavia, che tanta ingenuità sia estranea al pensiero giuridico contemporaneo<sup>311</sup>. Al contrario, questa concezione naïve del diritto e, ancor più, dell'interpretazione sta a fondamento di alcuni tratti costitutivi della nostra cultura giuridica. Si pensi alla distinzione corrente tra creazione e applicazione del diritto, nonché alla connessa dottrina della divisione dei poteri. Si pensi, altresì, all'idea diffusa che vi sia un'interpretazione "vera" e al connesso istituto del controllo di legittimità sulla "falsa" (cfr. art. 360 c.p.c.) o "erronea" (cfr. art. 606, lett. b), c.p.p.) applicazione della legge<sup>312</sup>. Si pensi al vacuo brocardo "*in claris non fit interpretatio*", sul quale ancora si argomentano le teorie dell'interpretazione giuridica in tanti manuali di diritto. Si pensi, anche, alle convinzioni implicite nell'uso corrente di espressioni quali: "interpretazione di norme" e "interpretazione di atti normativi", usate scambievolmente, come se non vi sia distinzione tra norme ed atti normativi; oppure "interpretazione di norme" e "applicazione di norme", le quali suggeriscono che interpretazione ed applicazione abbiano un medesimo oggetto; e così via<sup>313</sup>.

In sostanza, il positivismo giuridico è caratterizzato dall'idea che vi sia corrispondenza biunivoca fra testo e significato; che ogni disposizione esprima una ed una sola norma; che, insomma, il significato pre-esista all'interpretazione, e che questa altro non sia che la veridica scoperta di quello<sup>314</sup>.

---

<sup>310</sup> Pare opportuno ricordare che l'opportunità della distinzione tra disposizione e norma nasce dalla circostanza che tra le disposizioni e le norme non vi è corrispondenza biunivoca. Ciò, secondo Guastini, è dovuto ad almeno quattro ragioni: a) ogni disposizione è in qualche misura semanticamente equivoca, cioè più o meno vaga ed ambigua. Ogni disposizione, in altre parole, ha un significato parzialmente indeterminato e, come tale, ammette più di una interpretazione; b) molte disposizioni (se non tutte) esprimono congiuntamente non una sola norma, ma una pluralità di norme, anche a prescindere da controversie e dubbi interpretativi; c) un medesimo significato può essere espresso da due distinti enunciati (fenomeno della c.d. sinonimia); d) vi sono norme che non sono espresse da alcuna disposizione, ma sono implicite in una o più disposizioni, o parti di disposizioni, ovvero nel discorso legislativo nel suo complesso. Si veda sul punto Guastini, (1987), cit.

<sup>311</sup> Un solo paradigmatico esempio: nel lessico della dottrina pura del diritto, il termine "norma" conviene sia all'oggetto, sia al prodotto dell'applicazione.

<sup>312</sup> Va notato che anche autorevoli autori come CRISAFULLI non di rado hanno fatto ricorso ad espressioni come interpretazione "esatta", significato "proprio", e simili. Cfr., ad es., VEZIO CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, CEDAM, Padova, V ed., 1984, II, 402. Gino GORLA condivide, invece, la critica di Guastini, cfr. sul punto GORLA, *Postilla*, cit., p. 142.

<sup>313</sup> In proposito cfr. GUASTINI, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, (Torino: Giappichelli, 1985), p. 99 ss.

<sup>314</sup> Questo modo di pensare è criticato in modo esemplare da Giovanni TARELLO in diversi lavori: cfr. spec. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, (Bologna: Il Mulino, 1974); ID., *L'interpretazione della legge*, (Milano: Giuffrè, 1980).

La seconda accezione è caratteristica di due diversi ambienti culturali. Per un verso, si allude alla dottrina costituzionalistica italiana dell'ultimo trentennio, che ha dovuto forgiare strumenti concettuali idonei a rendere conto di alcune caratteristiche salienti della nostra giurisprudenza costituzionale. Si fa riferimento, evidentemente, alla prassi delle sentenze interpretative e alla dottrina dell'interpretazione conforme, lo studio delle quali, secondo Mario Dogliani<sup>315</sup>, ha contribuito a legittimare quello che è stato definito come "neo-costituzionalismo"<sup>316</sup>. Per un altro verso, si allude a quella corrente della teoria generale di indirizzo analitico-linguistico che è più interessata a problemi di meta-giurisprudenza descrittiva<sup>317</sup> della quale autori come Guastini e Tarello rappresentano autorevoli esponenti.

La terza accezione, infine, è caratteristica del "realismo giuridico"<sup>318</sup>. Questa ambigua espressione è usata qui senza ulteriori precisazioni, solo per indicare molto genericamente quel modo di vedere secondo il quale "fare" e "applicare" il diritto non sono attività rigidamente distinguibili, e per tale ragione gli organi amministrativi e giurisdizionali non si limitano ad applicare un diritto che trovano già precostituito, ma, al contrario, fanno il diritto, o almeno contribuiscono a farlo in modo decisivo. Si tratta di un modo di vedere che può essere ricondotto al *legal realism* americano di Karl Llewellyn, Jerome Frank<sup>319</sup> e Alf Ross<sup>320</sup>. In Italia esso ha trovato scarsa fortuna

---

<sup>315</sup> Mario Dogliani, *Neo-costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neo-costituzionalismo e positivismo metodologico*, in *Costituzionalismo.it*, 2010.

<sup>316</sup> Cfr. ad es. Massimo Severo Giannini, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, 1956, I; CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazioni della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, *Ibid.*; Tullio Ascarelli, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, XII; E.T. Liebman, *Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, *ivi*; CRISAFULLI, *Disposizione e (norma)*, voce dell'Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Milano, 1964, XIII.

<sup>317</sup> Cfr. , ad es., TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, cit.; ID., *L'interpretazione della legge*, cit.; S. Castignone, R. Guastini, G. TARELLO, *Introduzione teorica allo studio del diritto. Prime lezioni*, IV lez., (Genova: ECIG, 1984); Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, cit.; ID., *Produzione di norme a mezzo di norme*, in *Informatica e diritto*, 1985, XI; ID., *Problemi di analisi logica della motivazione*, in *Contratto e impresa*, 1986, II.

<sup>318</sup> Le numerosi accezioni dell'espressione "realismo giuridico" sono enumerate ed analizzate da TARELLO, *Realismo giuridico*, voce del *Novissimo digesto italiano*, rist. in ID., *Diritto, enunciati, usi*, cit.

<sup>319</sup> Kermit L. Hall, Paul Finkelman, & James W. Ely Jr., *American Legal History. Cases and Materials*, (New York/Oxford: Oxford University Press, 2005), pp. 459-472.

<sup>320</sup> Cfr. Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence*, (Copenhagen: Munksgaard, 1946); ID., *On law and justice*, Stevens, London, 1958, trad. it., *Diritto e giustizia*, a cura di G. Gavazzi, (Torino: Einaudi, 1965); ID., *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbrajo e R. Guastini,

accademica<sup>321</sup>; tuttavia, secondo Guastini e Pattaro<sup>322</sup>, tale orientamento di pensiero non è del tutto estraneo alla nostra cultura giuridica proprio per la rinnovata importanza che il precedente giurisprudenziale ha acquisito nello studio del diritto.

Pare, quindi, abbastanza ovvio che l'espressione "conoscenza del diritto" assuma sensi diversi a seconda che, con il termine "diritto", ci si riferisca all'uno o all'altro complesso di fenomeni. Herbert L. A. Hart ha ricondotto questa primaria esigenza di conoscere cosa è diritto nella c.d. «*rule of recognition*» (i.e. regola della ricognizione) ovvero in una meta regola che costituisce il parametro per distinguere immediatamente i documenti ed, in genere, tutte le informazioni giuridicamente rilevanti rispetto a quelle non rilevanti<sup>323</sup>. Qualunque cosa esattamente si voglia intendere per "conoscenza", senza dubbio altro è prendere conoscenza dei simboli grafici che compongono il testo dei documenti, altro è comprenderne il significato, e altro ancora rilevare empiricamente prassi giurisprudenziali e amministrative.

D'altra parte, le tre cose sono tra loro evidentemente connesse. Guastini<sup>324</sup> ritiene che si possa parlare di "conoscenza del diritto" in senso pieno solo allorché

---

(Bologna: Il Mulino, 1982). Per ciò che concerne il realismo americano si può fare rinvio a TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, (Milano: Giuffrè, 1962).

<sup>321</sup> Cfr., tuttavia, TARELLO, (1962), cit.; Castignone, *La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia*, Milano: Comunità, 1974); Enrico Pattaro, *Il realismo giuridico scandinavo*, (Bologna: CLUEB, I, 1974); GUASTINI, *Ross e i suoi interpreti italiani*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1976, XXX; ID., *"Diritto e giustizia" rivisitato*, in *Politica del diritto*, 1978, IX; GUASTINI, *Problemi di teoria del diritto*, (Bologna: Il Mulino, 1980); Castignone, *Il realismo giuridico scandinavo e americano*, (Bologna: Il Mulino, 1981); Enrico Pattaro, *Contributi al realismo giuridico*, (Milano: Giuffrè, 1982); Mauro Giuseppe Barberis, *Una critica realista a Kelsen*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1983, XIII; Antonio Tarantino, *Scienza e politica nel pensiero di Alf Ross*, (Milano: Giuffrè, 1984); Enrico Pattaro, *Lineamenti per una teoria del diritto*, (Bologna: CLUEB, 1985).

<sup>322</sup> Guastini, (1987), cit.

<sup>323</sup> Herbert Lionel Adolphus Hart, *The Concept of Law*, (Oxford: Oxford University Press, 1961), p. 92; Cfr. quanto sostenuto dall Corte Costituzionale italiana nella sentenza n. 364/88, punto 17 ove si legge: «Il principio di "riconoscibilità" dei contenuti delle norme penali, implicato dagli artt. 73, terzo comma e 25, secondo comma, Cost., rinvia, ad es., alla necessità che il diritto penale costituisca davvero la "extrema ratio" di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di "rilievo costituzionale" e tali da esser percepite anche in funzione di norme "extrapenali", di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare», ed ancora: «E' stato osservato e ribadito, esattamente, che un precetto penale ha valore, come regolatore della condotta, non per quello che è ma per quel che appare ai consociati. E la conformità dell'apparenza all'effettivo contenuto della norma penale dev'essere assicurata dallo Stato che è tenuto a favorire, al massimo, la riconoscibilità sociale dell'effettivo contenuto precettivo delle norme».

<sup>324</sup> Guastini, (1987), cit.; cfr. in senso conforme anche Gino GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze*, *Foro it.*, 1964, V, pp. 73-87.

siano note sia le disposizioni (contenute in documenti), sia le decisioni degli organi dell'applicazione<sup>325</sup>.

La conoscenza del diritto, così intesa, è condizione necessaria di prevedibilità delle decisioni degli organi dell'applicazione, e pertanto è condizione necessaria di certezza del diritto. Nel 1924 Cardozo scriveva che «il diritto come guida di condotta si ridurrebbe ad un livello di mera futilità se non fosse conosciuto né conoscibile»<sup>326</sup>.

*ii. La conoscenza del diritto e dei precedenti giurisprudenziali*

La conoscenza, rispettivamente, di testi, di significati e di decisioni applicative solleva problemi diversi.

Un documento normativo - ad esempio una legge o un regolamento - è un testo, ossia un insieme di enunciati formulati in una lingua naturale. Tuttavia, va tenuta ben distinta la conoscenza del testo dalla conoscenza del significato. Può ben accadere, infatti, di "conoscere" una parola (saperla scrivere, riconoscerne il suono, saperlo riprodurre), senza tuttavia essere in grado di "interpretare" quella parola ovvero attribuirle significato mediante altre parole. Si può dire che un testo è noto a chi sia in grado di riprodurlo o citarlo tra virgolette senza per ciò stesso afferrarne il senso ovvero l'interconnessione logico-sintattica dei significati delle parole che lo compongono.

È possibile allora fissare due correlazioni logiche, le quali, ancorché ovvie, appaiono significative. In primo luogo, condizione necessaria, non sufficiente, per la conoscibilità è che il documento sia pubblicato ovvero in una condizione di materiale reperibilità e disponibilità rispetto al fruitore. In secondo luogo, la conoscenza del testo è, a sua volta, condizione necessaria, non sufficiente, di conoscibilità del significato. Per conseguenza, la pubblicazione dei documenti normativi è condizione necessaria per la conoscibilità dei documenti stessi; ma, di per sé, non è condizione sufficiente di conoscibilità né dei documenti, né - a maggior ragione - del loro significato.

---

<sup>325</sup> Benjamin CARDOZO sostenne enfaticamente tale impostazione nel suo *The Growth of the Law*, cit., p. 118: "The view of the legal system as a closed book was never anything but a purely theoretical dogma of the schools".

<sup>326</sup> CARDOZO (1924), cit., p. 3.

Nell'uso ordinario, il vocabolo "conoscenza" sembra riferirsi ad una relazione fra un soggetto ed un oggetto reciprocamente indipendenti: tali cioè che l'oggetto conosciuto sia precostituito al soggetto conoscente e alla sua attività conoscitiva.

Da questo punto di vista, è lecito dubitare che le norme, intese come significati di disposizioni, costituiscano un possibile oggetto di conoscenza. Da un lato, parrebbe ovvio rispondere in senso affermativo: dopo tutto, se i significati non fossero conoscibili, sarebbe impossibile ogni comunicazione. D'altro lato, sembrerebbe proprio di no: non esiste una cosa come il "significato proprio" delle parole<sup>327</sup>. Il significato è il risultato dell'interpretazione. E l'interpretazione non può essere ridotta ad attività conoscitiva giacché comporta (tra le altre cose) valutazioni e scelte: in particolare, la scelta di un significato determinato tra una molteplicità di accezioni possibili<sup>328</sup>.

Secondo il neo formalismo legale di Stanley Fish l'estrinsecazione del significato autentico, puro di una qualsiasi statuizione coinvolge un processo dinamico di incorporazioni ed esclusioni che rimane prevalentemente nascosto attraverso la forza della retorica. Tuttavia, al fine di preservarsi da una resa completa del diritto alla retorica, l'interpretazione legale deve essere in grado di dare l'impressione che qualcosa all'interno del diritto operi al fine di contenere uno scambio illimitato di segnali semantici<sup>329</sup>. Secondo Fish – e, come accennato, anche secondo le opinioni di Guastini e Tarello -, è la dottrina giuridica che fornisce i mezzi per contenere il libero flusso di significati giuridici, e che, pertanto, sostiene l'autonomia del diritto nella pratica<sup>330</sup>. «La lettera della legge - scrive Emilio Betti - non è che un'impalcatura

---

<sup>327</sup> Questa tesi, del tutto pacifica tra gli studiosi di semantica e di analisi filosofica, raramente ha raccolto l'attenzione e l'adesione di giuristi. Due notevoli eccezioni sono Glanville Williams, *La controversia a proposito della parola "diritto"*, 1945, trad. it. in SCARPELLI, *Diritto e analisi del linguaggio* (Milano: Comunità, 1976); Genaro R. Carriò, *Notas sobre derecho y lenguaje*, (Buenos Aires: Abeledo- Perrot, II ed., 1979).

<sup>328</sup> Si veda sul punto anche le tesi sulla c.d. «deconstruction» esposte da Rosenfeld in D. Cornell, M. Rosenfeld & D.G. Carlson (1993) cit., p. 157.

<sup>329</sup> ROSENFELD, *Just Interpretations: Law Between Ethics and Politics*, Berkeley/Los Angeles: University of California Press, 1998, p. 34 e ss.; FISH, *There's no such a thing as free speech*, New York: Oxford University Press, 1994.

<sup>330</sup> Cfr. Rosenfeld (1993) cit., p. 171.

destinata a rianimarsi e ad illuminarsi, dall'un lato, al contatto con la vita sociale, dall'altro, nella luce della tradizione»<sup>331</sup>.

Il passaggio dall'oggettiva possibilità di conoscenza delle leggi, che deve essere assicurata dallo Stato, all'effettiva, concreta conoscenza delle leggi stesse avviene attraverso la "mediazione", ovviamente insostituibile, dell'attività conoscitiva dei singoli soggetti.

Se si suppone esistente l'oggettiva possibilità di conoscenza d'una particolare legge, i soggetti privati, divenendo diretti destinatari dell'obbligo (principale) d'adempimento del precetto oggettivamente conoscibile, devono operare la predetta, insostituibile mediazione. A questo fine incombono sul privato, preliminarmente, strumentali specifici doveri d'informazione e conoscenza: ed è causa del non adempimento di tali doveri che è costituzionalmente consentito chiamare a rispondere anche chi ignora la legge<sup>332</sup>. Tali doveri d'informazione, di conoscenza ecc. costituiscono diretta esplicazione dei doveri di solidarietà sociale ricavabili dall'art. 2 Cost.. La Costituzione italiana richiede, infatti, ai singoli soggetti la massima, costante tensione ai fini del rispetto degli interessi dell'"altrui" persona umana: ed è per la violazione di questo impegno di solidarietà sociale che la stessa Costituzione chiama a rispondere anche chi lede tali interessi non conoscendone positivamente la tutela giuridica.

Posto, dunque, che lo Stato adempia ai suoi doveri, che esista, cioè, per l'agente l'oggettiva "possibilità" di conoscere le leggi, residuano, tuttavia, ulteriori problemi.

L'assoluta, "illuministica" certezza della legge sempre più si dimostra assai vicina al mito: come ha sottolineato anche la Consulta, «la più certa delle leggi ha bisogno di "letture" ed interpretazioni sistematiche che (dato il rapidissimo succedersi di "entrate in vigore" di nuove leggi e di abrogazioni, espresse o tacite, di antiche disposizioni) rinviano, attraverso la mediazione dei c.d. destinatari della legge, ad ulteriori "seconde" mediazioni»<sup>333</sup>. La completa e sicura interpretazione delle leggi ha, oggi, spesso bisogno di ulteriori mediazioni: quelle ad es. di tecnici, quanto più

---

<sup>331</sup> BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica*, Milano: Giuffrè, 1949.

<sup>332</sup> Cfr. Corte cost. n. 364/88.

<sup>333</sup> Corte cost. n. 364/88, punto 18.



possibile qualificati, di organi dello Stato (soprattutto di quelli istituzionalmente destinati ad applicare le sanzioni per le violazioni delle norme, ecc.).

Già molto prima che una corte medievale di Bologna affermasse che una legge prescrivente il divieto di riversare sangue sulla strada era intesa per controllare le risse e i duelli e non poteva ritenersi applicabile a un medico che lasciasse sanguinare un paziente, i giudici rappresentavano già questo "secondo" ordine di mediazione<sup>334</sup>. Non vi è dubbio che il sistema ideale, se mai fosse realizzabile, sarebbe un codice ad un tempo tanto flessibile e tanto minuzioso da fornire in anticipo la regola giusta ed adatta per qualsiasi situazione concepibile. Tuttavia, la vita è troppo complessa per arrivare a raggiungere un tale ideale nei limiti della facoltà umane. Il dato di fatto, dice Geny, è che la volontà che ispira una legge «si estende solo al dominio di una ipotesi di fatti concreti molto limitata». Quasi sempre, una legge presenta un singolo punto di vista<sup>335</sup>. Cardozo arriva addirittura a sostenere che «la legge non preesiste mai, ma è sempre sul punto di venire ad esistenza. Essa trova realizzazione solo quando incarnata in un giudizio, e, nel momento in cui trova realizzazione, svanisce»<sup>336</sup>. Tale considerazione si basava sul presupposto che la legge avesse già da molto tempo superato il suo primitivo stadio di formalismo, «dove la specifica parola era il talismano sovrano, ed ogni discostamento era fatale»<sup>337</sup>.

Si pone, quindi, un problema su come il giudice si debba orientare nel rintracciare il significato da attribuire ai testi normativi, se si assume che il «talismano sovrano» sia andato perduto. Esistono sempre più lacune da colmare. Vi sono dubbi e ambiguità da chiarire. Vi sono difficoltà ed errori che devono essere mitigati se non del tutto evitati. Si parla spesso di interpretazione come se non fosse altro che la ricerca e la scoperta di un significato che, quantunque oscuro e latente, ha, nondimeno, una pre-esistenza reale ed accertabile nella mente del legislatore.

Il processo interpretativo è, in effetti, tale in alcuni casi, ma è spesso qualcosa di più. L'accertamento dell'intenzione del legislatore può essere l'ultimo dei problemi

---

<sup>334</sup> Si veda CALABRESI (1982) cit., p. 31.

<sup>335</sup> Cfr. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process* (1921), cit., p. 143.

<sup>336</sup> CARDOZO, *The Nature of the Judicial process*, (1921), cit. p. 126; ed anche ID., *Jurisprudence. Address before the New York State Bar Association Meeting* (New York State Bar Association Report 1932: 263), p. 276.

<sup>337</sup> CARDOZO, *The Nature of the Judicial process*, (1921), cit. p. 100.

di un giudice impegnato a ricondurre un certo significato ad una disposizione legislativa. «Il fatto è – dice Gray nelle sue lezioni sulla “Natura e Fonti del Diritto”<sup>338</sup> – che le difficoltà della cosiddetta interpretazione sorgono quando il legislatore non ha fatto riferimento ad alcun particolare significato; quando la domanda che viene sollevata sulla disposizione legislativa non è mai capitata; quando ciò che i giudici devono fare non è determinare cosa il legislatore ha inteso riguardo a un punto che non si è prefigurato, ma indovinare cosa avrebbe inteso riguardo a una questione non prefigurata, se l’avesse considerata»<sup>339</sup>.

Il giudice Robert A. Katzmann – presidente della Corte d’Appello degli Stati Uniti per il Secondo Circuito – ha messo in evidenza<sup>340</sup> come tale fenomeno si verifichi con una certa frequenza. Al riguardo Katzmann menziona il paradigmatico caso *Church of the Holy Trinity v. United States*<sup>341</sup> nel quale era oggetto di interpretazione una legge (*Alien Contract Labor Act*<sup>342</sup>) che proibiva esplicitamente di «sovvenzionare il trasporto, o in qualsiasi modo di assistere o incoraggiare l’ingresso o l’immigrazione di qualsiasi straniero, negli Stati Uniti [...] a fini di lavoro o servizio di qualsiasi tipo». Sulla base del significato letterale di tale disposizione legislativa, alla Chiesa della Santa Trinità di New York venne contestato di aver violato la legge per aver invitato un prete inglese a servire come parroco. La Corte Suprema, attraverso un’interpretazione che andava al di là del testo letterale della legge, concluse che la norma non trovava applicazione al caso in questione in quanto la normativa federale doveva ritenersi riferita esclusivamente al lavoro manuale. Pare significativa l’opinione del giudice David Brewer il quale affermò che «[una] cosa può essere

---

<sup>338</sup> Sec. 370, p. 165,

<sup>339</sup> Cfr. POUND, “Courts and Legislation”, 9 *Modern Legal Philosophies Series*, p. 226; CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process* (1921), p. 14; ID. *Jurisprudence*, ove si legge: «Laddove qualche questione collaterale sorga da disposizioni generali e si verifica essere irragionevole, i giudici sono nella posizione di stabilire che tale conseguenza non fu prevista dal Parlamento, e perciò sono nella posizione di interpretare la legge secondo equità, e soltanto in tal modo, eventualmente, non applicarla».

<sup>340</sup> Robert A. Katzmann, *Judging Statutes*, (New York: Oxford University Press, 2014), p. 32.

<sup>341</sup> *Church of the Holy Trinity v. United States*, 143 U.S. 457 (1892).

<sup>342</sup> *Alien Contract Labor Act* del 1885, ch. 164, §1, 23 Stat.332, 332 (emendato nel 1888). Tale legge rendeva illegale “prepay the transportation, or in any way assist or encourage the importation or migration of any alien or aliens, any foreigner or foreigners, into the United States ... to perform labor or service of any kind”.

inclusa nella lettera della legge, e, al contempo, non essere contemplata dalla legge perché non considerata nel suo spirito, né nell'intenzione del legislatore»<sup>343</sup>.

A questo punto sembra, però, che l'argomento della ricostruzione della intenzione ipotetica del legislatore sia fallace nella misura in cui si sposta gran parte di quello che Guido Calabresi ha propriamente definito «onere dell'inerzia normativa» sulle spalle del singolo giudice - interprete, assegnando a questi una responsabilità di scelta discrezionale valutativo-assiologica che si risolve in un giudizio morale. Brütt<sup>344</sup> ha più chiaramente mostrato la fallacia di un simile argomento affermando che «[u]na possibile funzione del sistema di applicazione del diritto consiste [...] nel rendere più profonda la scoperta del significato latente del diritto positivo. Molto più importante, però, è la seconda funzione cui il sistema è preposto, ovvero la risoluzione delle lacune che vengono rilevate nell'ambito di qualsiasi diritto positivo in misura più o meno estesa». Secondo Cardozo questo processo rappresenta una forma moderata di «*legislation*».

In ogni caso nessun sistema di *jus scriptum* è stato in grado di evitarne l'esigenza. Una grande scuola di giuristi continentali ha affermato l'opportunità di un'ancora maggiore libertà di adattamento ed interpretazione. Secondo tale orientamento, il giudice, in quanto interprete del senso di diritto ed ordine della comunità di riferimento, è tenuto a supplire alle omissioni e ad armonizzare i risultati con la giustizia attraverso un metodo di decisione discrezionale - c.d. «*libre recherche scientifique*»<sup>345</sup>.

Senza voler accogliere una simile radicale impostazione, va rilevato come, nell'ambito del diritto costituzionale nel mondo di *civil law* ed in quello di *common law*, il metodo del margine giudiziario di discrezionalità sia diventato quello dominante<sup>346</sup>. Da più parti in dottrina è stato rilevato come il contenuto, o meglio, il

---

<sup>343</sup> Church of the Holy Trinity v. United States, cit., opinione del giudice David Brewer, punto 459: “[A] thing may be within the letter of the statute and yet not within the statute, because not within its spirit, nor within the intention of its makers”.

<sup>344</sup> “Die Kunst der Rechtsanwendung”, p. 72; in senso conforme si esprime anche CARDOZO in *The Nature of the Judicial Process* (1921) cit.

<sup>345</sup> Cfr. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process* (1921), cit.

<sup>346</sup> CARDOZO arriva a sostenere che, qualora anche negli ordinamenti di tradizione di *civil law* venisse riconosciuta la validità di un margine giudiziario di discrezionalità, «il processo differirebbe più per grado che per tipo da quello seguito dai giudici dell'Inghilterra e dell'America nello sviluppo della *common law*»; si veda *The Nature of the Judicial Process* (1921), cit., p. 70.

significato corrispondente alle disposizioni costituzionali è mutato e continua a mutare attraverso l'interpretazione giudiziaria, procedendo dal sindacato di atti normativi particolari alla delineazione di principi e precetti di portata generale. In questo senso, l'interpretazione non può essere considerata un mero strumento di accertamento o ricostruzione di una volontà storica od astratta del legislatore, ma va intesa in chiave evolutiva, giustificando la prevalenza di un processo di tipo induttivo che consente di integrare l'ordinamento e non semplicemente di «disvelarlo». Si comprende, pertanto, perchè la proibizione di Giustiniano rispetto a qualsiasi commento sul prodotto dei suoi codificatori così come il divieto Napoleonico di «interpretare» la legge vengono ricordati solo per la loro futilità<sup>347</sup>. L'interpretazione complementa gli enunciati linguistici e colma le lacune attraverso gli stessi processi e metodi che conducono alla formazione del diritto consuetudinario.

Da questo punto di vista, però, il senso degli enunciati ne esce gravemente menomato, in quanto si lascia molto spazio alla creatività dell'interprete. Michel Rosenfeld ha osservato, al riguardo, che la crisi dell'interpretazione giuridica riflette la perdita della fede nella disponibilità di criteri oggettivi che consentano di ascrivere chiari e distinti significati ai testi giuridici<sup>348</sup>. Dunque, cosa significa conoscere il significato di una disposizione normativa?

Guastini<sup>349</sup> tenta di risolvere questo dilemma ipotizzando che il significato di qualunque espressione in lingua possa essere raffigurato come una trama aperta, dotata di un centro ma sprovvista di confini definiti<sup>350</sup>. Verso il centro della trama, il significato è chiaro, certo, non soggetto a discussione, e come tale - possiamo ben dire - suscettibile di conoscenza. Quanto più ci si allontana dal centro, però, il significato si fa più sfumato, incerto, discutibile, controverso: in questa area di "penombra" ogni

---

<sup>347</sup> Cfr. John C. GRAY, *Nature and Sources of the Law*, (New York: Columbia University Press, 1909), sec. 395; John S. Muirhead, *An Outline of Roman Law*, (London: William Hodge Ed., 1947), pp. 399-400; CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process* (1921), cit., p. 17.

<sup>348</sup> Michel Rosenfeld, *Deconstruction and Legal Interpretation: Conflict, Indeterminacy and the Temptations of the New Legal Formalism*, in D. Cornell, M. Rosenfeld & D.G. Carlson, (1993), cit., p. 152.

<sup>349</sup> Guastini (1987), cit.

<sup>350</sup> Cfr. Herbert Lionel Adolphus Hart, *The Concept of Law*, (Oxford: Clarendon, 1961), cap. VII; ID., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 1958, ora in ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, (Oxford: Clarendon, 1983); Carriò (1979) cit., parte prima; SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, 1971, ora in Guastini, *Problemi di teoria del diritto*, cit.

attribuzione di significato è frutto non di conoscenza, ma di volizione, ossia di scelta e decisione. Inoltre, la trama, benché aperta, non è sterminata, bensì delimitata da convenzioni semantiche generalmente accettate (Fish S. , 1994). In altre parole, non ogni attribuzione di significato astrattamente possibile è, di fatto, suscettibile di accettazione da parte dei parlanti una certa lingua e/o da parte dell'ambiente culturale entro cui si opera.

Rosenfeld dà conto di un particolare approccio all'interpretazione giuridica che, ad un primo sguardo, appare convincente perché sembra non basarsi su una concreta definizione dell'oggetto dell'interpretazione né su discutibili valori extra-giuridici<sup>351</sup>. Tale approccio mette in evidenza l'importanza del processo di interpretazione sopra l'oggetto o i valori sostanziali esposti dall'interprete. Si tratta di un approccio procedurale in quanto si assume che nella misura in cui legittimi processi di interpretazione sono osservati, il risultato interpretativo risulterà giustificato indipendentemente da eventuali disaccordi nel merito sull'oggetto dell'interpretazione o sui valori extra-giuridici adottati.

Un autorevole esempio di questo approccio è costituito dalla teoria del diritto come integrità sviluppata da Ronald Dworkin nella sua opera "*Law's Empire*". Nelle sue linee più generali, la teoria del diritto come integrità afferma che l'interpretazione giuridica non si svolge nel vuoto, bensì costituisce una pratica storicamente collocata. Un interprete che si trovi nella condizione di determinare cosa richieda il diritto in un caso specifico deve fare riferimento ai rilevanti esempi di interpretazione giuridica già svolti nel passato al fine di essere in grado di fornire la migliore interpretazione giuridica possibile nel caso specifico.

Dworkin costruisce una suggestiva analogia tra il compito di svolgere un'interpretazione del diritto e la scrittura di un romanzo a puntate<sup>352</sup>. Secondo la concezione dell'autore, un romanzo a puntate è un'opera con una pluralità di autori, nella quale ogni capitolo è composto da un singolo romanziere. Ciascun autore è vincolato dai capitoli scritti in precedenza e deve assicurare che il capitolo che lui andrà a comporre si «adatti» ai precedenti capitoli e contribuisca alla preservazione dell'integrità del romanzo. Inoltre, ogni autore si deve sforzare di scrivere il miglior

---

<sup>351</sup> Rosenfeld (1993) cit., pp. 167-168.

<sup>352</sup> Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge: Harvard University Press, 1986), pp. 228- 232.

romanzo possibile che risulti coerente con i vincoli formali imposti dall'esigenza di incorporare capitoli già scritti. Analogamente, un giudice che si trovi a dover decidere un caso difficile, deve risolverlo sulla base della migliore interpretazione del diritto possibile che sia idonea a stabilire un legame di «adeguatezza» tra il caso specifico in esame e la linea storica di precedenti giudiziari rilevanti in modo da preservare l'integrità del diritto in una prospettiva evolutiva.

Tuttavia, Rosenfeld rileva che, ad un più attento esame, la teoria del diritto come integrità proposta da Dworkin non costituisce una soluzione accettabile ai problemi dell'interpretazione giuridica in quanto, come perspicacemente indicato da Alan Brudner, il criterio di adeguatezza resta troppo indeterminato per dotare il principio di integrità di un significato sufficientemente concreto. In effetti, il requisito di adeguatezza e integrità proposto da Dworkin è riconducibile sostanzialmente ad un appello alla coerenza fatto in un universo interpretativo che è stato privato di criteri di coerenza intellegibili.

L'interpretazione è, in effetti, un fenomeno complesso, che include attività conoscitive accanto ad attività valutative. È conoscitiva l'identificazione dei possibili significati di un'espressione in lingua<sup>353</sup>. È valutativa la scelta di un significato a preferenza di altri.

Stabilito così, che non è insensato parlare, con opportune cautele, della conoscenza di norme, ci si può domandare quali sono le condizioni di conoscibilità delle norme. Ebbene, se la conoscibilità delle disposizioni è connessa alla pubblicazione, la conoscibilità delle norme è connessa piuttosto al modo di formularle, cioè alla tecnica di redazione dei documenti normativi.

D'altra parte, non è questa la sede per identificare con rigore condizioni di conoscibilità, giacché la conoscibilità delle norme è cosa graduabile: una norma è tanto più conoscibile quanto meno è vaga e/o ambigua la sua formulazione. Ma, sfortunatamente, nelle lingue naturali non sono attingibili quelle formulazioni inequivoche che sono possibili nei linguaggi artificiali o formalizzati come la matematica o la logica simbolica.

---

<sup>353</sup> Su quest'aspetto dell'attività interpretativa ha insistito Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it. a cura di Renato Treves (Torino: Einaudi, 1952), cap. VI.

Ciò non toglie che, in linea di principio, l'analisi del linguaggio possa aiutare ad identificare quali elementi influiscano in modo rilevante - positivamente o negativamente - sulla conoscibilità delle norme. Ad esempio, influiscono positivamente sulla conoscibilità delle norme le definizioni legislative. Il significato di una disposizione è tanto più univoco quanto più è determinato il significato dei singoli vocaboli che entrano a comporla. Questi, a loro volta, sono tanto meno equivoci quanto più il loro significato non è affidato alle oscillazioni del linguaggio comune, ma è espressamente definito dal legislatore (in generale, dall'autore del documento normativo) con disposizioni *ad hoc*.

La conoscenza delle decisioni giurisprudenziali e amministrative, cui sono assimilabili per alcuni versi le proposte interpretative avanzate dalla dottrina, costituiscono ulteriori elementi di valutazione. Le decisioni applicative, così come le interpretazioni dei giuristi, sono normali attività linguistiche, in tutto assimilabili (almeno sotto questo profilo) alle decisioni legislative. Le condizioni di conoscibilità di una sentenza, di un atto amministrativo, o di un'opera dottrinale - in quanto testi che incorporano un significato - non sono diverse da quelle che valgono per le leggi e i regolamenti.

Qui, piuttosto, le difficoltà nascono dal fatto scontato che, per ogni disposizione di legge, i provvedimenti applicativi sono innumerevoli; e d'altra parte, si può dire che, proprio in virtù dell'elevato numero di precedenti, non è significativa la conoscenza di un singolo provvedimento o comunque di un numero circoscritto di provvedimenti, quanto di un orientamento nel suo complesso. Si tratta di quello che nella dottrina francese viene chiamato *jurisprudence constante*<sup>354</sup> o, in Spagna, *doctrina legal*<sup>355</sup>. Il raggruppamento di serie coerenti di precedenti, infatti, costituisce un sistema di riorganizzazione del contenuto della fonte giurisprudenziale idoneo a favorirne la conoscibilità<sup>356</sup>. Intuitivamente, dunque, si può concludere che la

---

<sup>354</sup> Robert L. Henry, *Jurisprudence constante and stare decisis contrasted*, in American Bar Association Journal, 15(1)(Gennaio,1929), pp. 11-13.

<sup>355</sup> Si veda sul punto SchleSINGER, R. B., Baade, H. W., Herzog, P. E., & Wise, E. M., *Comparative Law. Cases-Text-Materials*. (New York: Foundation Press, 6th Edition, 1998), p. 668.

<sup>356</sup> Marc Jacob, *Precedents and Case-Based Reasoning in the European Court of Justice*. Unfinished Business, (Cambridge: Cambridge University Press, 2014).

giurisprudenza sia tanto più conoscibile quanto più è (sincronicamente) uniforme e (diacronicamente) non soggetta a mutamenti.

Tuttavia, se ci si interroga più da vicino sulle modalità della conoscenza specificamente giuridica, le questioni si complicano ulteriormente.

Anzitutto, occorre osservare che, in genere, la ricerca giuridica ha ad oggetto l'accertamento della disciplina giuridica di una singola fattispecie o di un insieme limitato di fattispecie tra loro connesse.

Al fine di condurre tale accertamento, nei sistemi a diritto legislativo occorre anzitutto identificare e selezionare tutti i segmenti di discorso legislativo rilevanti, ossia tutte le disposizioni, o parti di disposizioni, che interessano la fattispecie in questione.

Tale selezione e identificazione delle disposizioni, di fatto, non è in alcun caso separabile dalla loro interpretazione. Per sapere se una disposizione si riferisca alla fattispecie di cui si ricerca la disciplina non vi è altro modo che interpretarla, quanto meno sommariamente e in via provvisoria. Sotto questo specifico profilo, nella ricerca giuridica la conoscenza di un testo non è in alcun caso indipendente dalla conoscenza del suo significato.

Detto ciò, la selezione del materiale legislativo rilevante, che è parte integrante della conoscenza del diritto in senso pieno, è tanto più fattibile quanto più le disposizioni rilevanti sono: a) poco numerose, e b) non disperse. Ecco, dunque, che la conoscibilità del diritto - in questo suo primo aspetto - appare condizionata, oltretutto dalla pubblicazione delle disposizioni, anche da due altri elementi.

Il primo elemento è l'estensione e la stabilità nel tempo della disciplina giuridica: il diritto sarà tanto più conoscibile quanto meno numerose sono le disposizioni che si riferiscono ad un insieme dato di fattispecie. Ma, d'altro canto, tali disposizioni saranno tanto più numerose quanto più la regolamentazione giuridica della vita sociale è, per un verso, estesa e penetrante e, per un altro verso, mutevole nel tempo.

Il secondo elemento è l'organizzazione del materiale legislativo: la conoscibilità del diritto, mentre è favorita dalla compilazione di codici e dalla redazione di testi unici, è simmetricamente ostacolata da una legislazione



frammentaria e alluvionale, come pure dal fenomeno cosiddetto delle "norme intruse"<sup>357</sup>.

É, infatti, vero che nel nostro, come in altri sistemi giuridici, può accadere che il novero delle disposizioni da prendere in considerazione sia meno esteso dell'insieme delle disposizioni promulgate e pubblicate.

Da questo insieme, infatti, vanno sottratte: a) le eventuali disposizioni che siano state dichiarate costituzionalmente illegittime da una sentenza (non interpretativa) di accoglimento del giudice costituzionale; b) le eventuali disposizioni abrogate mediante formule di abrogazione espressa nominata, sempreché le fattispecie di cui si ricerca la disciplina non siano antecedenti all'avvenuta abrogazione.

Le disposizioni abrogatrici, non diversamente dalle disposizioni abrogate, sono depositate in documenti legislativi, e pertanto qui non sollevano speciali problemi. Importa, invece, sottolineare come nei sistemi giuridici come il nostro, caratterizzati da rigidità della costituzione e da controllo giurisdizionale successivo sulla costituzionalità delle leggi, la conoscenza dei documenti legislativi non è cosa indipendente dalla conoscenza della giurisprudenza costituzionale. Ciò vuol dire che la struttura (relativamente) più complessa del nostro ordinamento costituisce di per sé un ostacolo ulteriore alla conoscibilità del diritto<sup>358</sup>.

Selezionato il materiale legislativo rilevante (le disposizioni), mediante una prima interpretazione superficiale, occorre interpretarlo a fondo per ricavarne il contenuto normativo (le norme).

A questo punto si pone il problema di come ridurre i dubbi interpretativi. L'unico modo, secondo Guastini, è quello di tenere conto dell'esempio offerto dall'esperienza passata attraverso l'indagine su quale sia il "diritto vivente", ossia accertando in qual modo la disposizione in oggetto sia stata interpretata, in precedenza, dagli organi dell'applicazione. Ecco dunque che, a rigore, la conoscenza

---

<sup>357</sup> Forse non per caso una legislazione al tempo stesso poco estesa e codificata è caratteristica saliente delle organizzazioni giuridiche di tipo liberale. Si potrebbe concludere che, negli Stati liberali, il diritto sia comparativamente più conoscibile che altrove. Sul primo aspetto cfr. TARELLO, *Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici*, in Studi in memoria di Giuliana D'Amelio (Milano: Giuffré, 1978), I; cfr, altresì, Natalino Irti, *L'età della decodificazione*, (Milano: Giuffré, 1979). Sul secondo aspetto si veda la definizione di "liberalismo" offerta in diverse occasioni da Kelsen: cfr. ad esempio Hans Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo*, trad. it. a cura di Guastini (Milano: Il Saggiatore, 1981), pp. 38-40.

<sup>358</sup> Così Guastini, in *Foro it.* (1987), cit.

delle norme non è cosa distinguibile dal rilevamento empirico delle prassi giurisprudenziali e amministrative, quanto meno di quelle consolidate e dominanti. Jaques Derrida ha sostenuto a questo riguardo che il profilo dell'applicazione non rappresenta una caratteristica contingente, esogena o secondaria del diritto, bensì, costituendo la più chiara estrinsecazione del «gewalt»<sup>359</sup>, è caratteristica fondamentale che non può essere separata dal concetto di «diritto»<sup>360</sup>.

É evidente, d'altra parte, che il significato di una disposizione è tanto meno dubbio - e, in tal senso, tanto più suscettibile di conoscenza - quanto più la giurisprudenza in materia è, da un lato, uniforme e, dall'altro, stabile. La conoscibilità del diritto, dunque, è condizionata anche dallo stato della giurisprudenza ed, in conseguenza, si comprende l'importanza dell'esercizio della funzione nomofilattica all'interno di un ordinamento (il punto sarà, comunque, ripreso più estesamente *infra* Cap. III.1).

*iii. La fonte giurisprudenziale come filtro di «depurazione» normativa*

Come si è detto, solitamente, le norme applicabili non coincidono affatto con le norme (in qualsiasi momento) emanate.

Nel nostro sistema giuridico, dall'insieme delle norme emanate occorre sottrarre: a) le norme annullate da sentenze interpretative di accoglimento della Corte Costituzionale, e b) le norme abrogate mediante abrogazione tacita e/o abrogazione innominata.

Questa operazione di sottrazione è cosa (relativamente) non problematica per ciò che concerne le norme annullate per illegittimità costituzionale, dal momento che le sentenze costituzionali in questione per lo più identificano con sufficiente precisione il loro oggetto. Si può osservare, per inciso, che le sentenze non interpretative di accoglimento contribuiscono - in un senso- alla conoscibilità del diritto, poiché riducono il numero di disposizioni soggette ad interpretazione. Tuttavia, lo stesso non può dirsi delle sentenze interpretative di accoglimento, le quali, ispirate come sono al

---

<sup>359</sup> Con il termine «gewalt» in Tedesco si intende sia il concetto di violenza o forza sia quello di potere legittimo o autorità giustificata. Cfr. Drucilla Cornell, Michel Rosenfeld & David GRAY Carlson, *Deconstruction and the Possibility of Justice*, (London: Routledge, 1993).

<sup>360</sup> Cfr. Jaques Derrida, *Force of Law: The "Mystical Foundation of Authority"*, in D. Cornell, M. Rosenfeld & D. G. Carlson, (1993) cit., p. 5.

discutibile principio di conservazione dei documenti normativi<sup>361</sup>, riducono il campo delle interpretazioni praticabili, ma lasciano intatto il novero delle disposizioni da interpretare. Si aggiunga, inoltre, che l'art. 27, 2° comma, della L. 87 del 1953 imporrebbe alla Consulta che pronuncia sull'incostituzionalità di una legge, di dichiarare quali sono le altre disposizioni "la cui illegittimità deriva come conseguenza della decisione adottata". In altre parole non sarebbero consentite abrogazioni implicite derivanti dalla giurisprudenza costituzionale. Tuttavia, il condizionale è d'obbligo in conseguenza della impossibilità materiale di ricostruire tutti i legami tra norme in un ordinamento caratterizzato da un alto tasso di differenziazione e di entropia, specie quando una determinata interpretazione di un testo legislativo, poi ritenuta incostituzionale, ha costituito il presupposto logico-giuridico per l'introduzione di una varietà di altre norme.

D'altra parte, ai tempi dell'introduzione della legge di riforma della Raccolta e della Gazzetta Ufficiale<sup>362</sup>, Michele Ainis<sup>363</sup> ebbe cura di notare che la positiva qualificazione delle sentenze di incostituzionalità pronunciate dalla Consulta quali "atti normativi" lasciava intendere una implicita consapevolezza del legislatore sul valore effettivamente normativo di tali pronunce, per quanto la dottrina più avveduta lo avesse già da tempo rilevato<sup>364</sup>. L'autore tenta di spingere il ragionamento fino ad affermare l'opportunità di escludere il valore normativo delle fonti non contemplate dalla Raccolta Ufficiale, ma finisce, inevitabilmente, per notare che si tratta, non diversamente dall'elenco di fonti normative contenuto nelle Preleggi, di un vicolo cieco, o meglio, di una trappola dogmatica.

---

<sup>361</sup> Tale principio è stato ripetutamente affermato dalla Corte Costituzionale: cfr., ad esempio, Corte cost. 152/82, 292/84.

<sup>362</sup> Legge 11 dicembre 1984 n. 839 poi confluita nel T.U. delle disposizioni sulla promulgazione delle leggi, sulla emanazione dei decreti del Presidente della Repubblica e sulle pubblicazioni ufficiali della Repubblica italiana, D.P.R. 28 dicembre 1985, n. 1092.

<sup>363</sup> Michele Ainis, *Dalla produzione alla diffusione della regola: la conoscenza delle fonti normative tra vecchi equivoci e nuovi modelli*, in *Foro it.*, 1986, V, 403-416.

<sup>364</sup> Si veda, per tutti, Gaetano Silvestri, *Le sentenze normative della Corte Costituzionale*, (1981), ora in Scritti CRISAFULLI, Padova, 1985, I, 755 ss.. Va ricordata, inoltre, l'opinione di Giuseppe Ferrari, *Questi vecchi e nuovi in tema di pubblicazione degli atti della pubblica autorità*. in Riv. trim. dir. pubbl., 1958, 442 s., che già in anni lontani, proprio facendo leva sull'incidenza che i dispositivi d'accoglimento della corte spiegano sull'ordinamento positivo, ne aveva auspicato l'inserzione nei volumi della Raccolta.

La riproduzione integrale delle diverse voci che animano il processo costituzionale risponde ad un'esigenza avvertita per lungo tempo in sede dottrinale, specie a causa della grande varietà di strumenti e tecniche di giudizio che la Consulta si è forgiata nel corso del tempo e della loro notevole incidenza sull'ordinamento positivo. Proprio in virtù del significativo ruolo acquisito da tali strumenti della Corte Costituzionale, l'introduzione della pubblicazione della parte motiva così come anche delle pronunce di rigetto venne salutata con generale favore da parte della dottrina<sup>365</sup>.

Un diverso discorso deve essere fatto per ciò che concerne l'abrogazione tacita e l'abrogazione innominata<sup>366</sup>. Innanzitutto, va detto che l'abrogazione espressa nominata si attua mediante disposizioni abrogatrici della forma "É abrogato l'art. x della legge y". Come tale, essa colpisce direttamente l'applicabilità di certe disposizioni, comunque interpretate, con esiti evidenti di semplificazione del discorso legislativo.

L'abrogazione tacita, al contrario, altro non è che una omessa abrogazione di disposizioni. In virtù dell'art. 15 disp. prel. c. c., si ha abrogazione tacita ogniqualvolta il legislatore emani una norma incompatibile con norme previgenti, senza, tuttavia, accompagnarla con una disposizione abrogatrice che elimini esplicitamente, ed *erga omnes*, la situazione di conflitto. In queste circostanze, spetterà agli organi dell'applicazione decidere, facendo uso di discrezionalità interpretativa: se un qualsiasi effetto abrogativo debba prodursi; se esso debba colpire disposizioni o norme; quali disposizioni o norme debbano considerarsi abrogate.

Costituisce un esempio sufficientemente rappresentativo di questa fattispecie il caso del recesso contrattuale del locatore ammesso dall'art. 1612 del codice civile. Le successive leggi speciali che hanno ridisciplinato integralmente la materia<sup>367</sup> hanno sostanzialmente escluso la possibilità per il locatore di convenire contrattualmente una facoltà di recesso in proprio favore, senza alterare esplicitamente l'art. 1612 c.c. Al tempo della introduzione delle normative speciali, i giudici si ritrovarono nella

---

<sup>365</sup> Aini, (1986), cit., p. 412. Si tenga conto, inoltre, che l'art. 12 del regolamento di esecuzione al testo unico specifica che vanno pubblicate in Gazzetta Ufficiale "anche le ordinanze di manifesta infondatezza e le altre ordinanze che comunque definiscono il giudizio".

<sup>366</sup> In proposito cfr. GUASTINI, *In tema di abrogazione*, in Luzzati, *In tema di abrogazione*, (Milano: Giuffrè, 1986).

<sup>367</sup> L. 27 luglio 1978, n. 392 (Disciplina delle locazioni di immobili urbani) e L. 9 dicembre 1998, n. 431 (Disciplina delle locazioni e del rilascio degli immobili adibiti ad uso abitativo).

condizione di valutare la validità di clausole contrattuali di recesso del locatore in un contesto nel quale, da un lato, vi era una esplicita disposizione generale contenuta nel codice civile e, dall'altro, vi era una norma implicita derivante da una legislazione speciale. Il problema che si poneva era, quindi, quello di decidere se si trattasse di una forma di abrogazione implicita, presupponendo che la normativa speciale avesse una portata applicativa coincidente con quella della normativa codicistica, oppure ritenere che, avendo la legge speciale un ambito di applicazione più ristretto, si trattasse solo di una deroga riservata a casi particolari mentre rimaneva applicabile, in via di principio, il disposto di cui all'art. 1612 c.c.<sup>368</sup>. La giurisprudenza, come prevedibile, si divise, lasciando con il tempo prevalere la prima ipotesi, non senza opinioni contrarie. In questo caso si comprende come l'abrogazione sia effetto più dell'interpretazione giudiziaria che dell'intenzione del legislatore, sebbene nel contesto della prima sia stato tentato di investigare la seconda. Inoltre, a nulla è servita rispetto alla detta problematica la disposizione contenuta nell'art. 84 della L. n. 392/1978 ove si legge «sono abrogate tutte le disposizioni incompatibili con la presente legge», in quanto tale forma di abrogazione c.d. innominata rimette, in fatto, la valutazione all'interprete.

Questo tipo di formule, infatti, vertono non su specifiche disposizioni previgenti, ma solo su norme non identificate e che gli interpreti, discrezionalmente, riterranno incompatibili con la disciplina sopravvenuta. Dunque, l'abrogazione innominata ha solo l'apparenza dell'abrogazione espressa. Dal momento che non identifica con precisione il suo oggetto, ha piuttosto il medesimo effetto dell'abrogazione tacita.

É di tutta evidenza che l'abrogazione tacita e/o innominata non favorisce, e anzi ostacola, l'accertamento delle norme applicabili e perciò anche la conoscenza del diritto.

Infine, non si deve dimenticare il problema delle norme c.d. "implicite". Si dice "inespressa" o "implicita", una norma la quale non sia riconoscibile come significato di una precisa disposizione, ma sia piuttosto ricavata da una combinazione di

---

<sup>368</sup> Ovviamente, si intende, nei casi non rientranti nell'ambito della disciplina speciale; si veda art. 26, L. 392/1978.

disposizioni (o parti di disposizioni) , ovvero dal discorso legislativo nel suo complesso<sup>369</sup>.

Sono norme implicite, ad esempio, tutte quelle che si elaborano a partire da un "combinato disposto". Sono, per lo più, norme implicite i cosiddetti principi generali dell'ordinamento, come pure i principi generali di singole materie.

Quanto alla fonte, sono tipicamente norme implicite, ad esempio, quelle introdotte nel sistema giuridico dalla Corte Costituzionale ogni qualvolta pronuncia una sentenza "additiva" o "sostitutiva"<sup>370</sup>.

Ebbene, l'ultimo, e forse più grave, ostacolo alla conoscenza del diritto è costituito dal fatto che - secondo l'opinione comune degli operatori giuridici - la disciplina di qualsivoglia materia non si esaurisce affatto nelle norme espresse. Essa include altresì una serie (indeterminata, almeno in parte) di norme implicite.

Realisticamente, si deve dire che le norme implicite trovano la loro fonte non nella legislazione, ma nella giurisprudenza. Da questo punto di vista, un *quantum* di diritto giurisprudenziale è parte costitutiva del diritto anche nei sistemi giuridici a diritto legislativo. Anche sotto questo profilo, pertanto, la conoscenza dei documenti normativi risulta essere ben poca cosa rispetto alla conoscenza del diritto in senso pieno; non si può dire, infatti, che conosca il diritto chi non conosca la giurisprudenza (inclusa la giurisprudenza costituzionale).

#### *iv. Profili critici di legittimazione normativa della fonte giurisprudenziale*

Se è vero ciò che sin qui è stato osservato, viene spontaneamente da porsi una delle domande cardine della presente tesi: cosa legittima i giudici a fare diritto in una democrazia? Che lo facciano è oggi un fatto accertato, ma su quali basi?

La risposta a questa domanda è stata per lungo tempo una fonte di preoccupazione per giudici e studiosi<sup>371</sup>. In *A Common law for the Age of Statutes*,

---

<sup>369</sup> Cfr. GUASTINI, *Il linguaggio giuridico. Un inventario di problemi*, in Guido Alpa, *Lo spirito del diritto civile*, (Genova: ECIG, 1984), I.

<sup>370</sup> In proposito, si vedano: CRISAFULLI, *Le sentenze "interpretative" della Corte Costituzionale*, in Studi in memoria di Tullio Ascarelli, Milano: Giuffrè, 1969; ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., II, p. 396 ss.; LAVAGNA, *Sulle sentenze additive della Corte Costituzionale*, in Scritti in onore di Gaspare Ambrosini, Milano: Giuffrè, 1970, II; PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., 276 ss.; ID., in R. Moretti, A. Pizzorusso, F. Sorrentino, G. Volpe, *Garanzie costituzionali*, (Bologna-Roma: Zanichelli-Foro italiano, 1981), 176 ss..

<sup>371</sup> CALABRESI (1982) cit., p. 92 e ss..

Guido Calabresi individua un concetto particolarmente utile al fine del presente studio, ovvero quello di onere dell'inerzia legislativa. Il punto centrale è rinvenire chi è legittimato a prendere una decisione normativa quando il legislatore tace (i.e. è inerte) o non è chiaro. L'autore dà, poi, conto di diverse impostazioni dottrinali volte a rinvenire un fondamento del potere pseudo-normativo dei giudici<sup>372</sup>.

Secondo la prima tesi, questo potere sarebbe stato implicitamente delegato ai giudici dagli organi politici<sup>373</sup>. In termini meramente formali, una simile giustificazione sarebbe sufficiente dal momento che una democrazia può certamente scegliere di operare tramite agenti. Tuttavia questa giustificazione non è né utile né particolarmente interessante. Essa ci riporta immediatamente ad altre domande: c'è stato, in fatto, alcun atto implicito od esplicito di delegazione? In tal caso, quale sarebbe il suo scopo? E, più importante ancora, perché il legislatore o i cittadini in una democrazia dovrebbero desiderare una simile delegazione di autorità alle corti?

La seconda tesi è di poco più interessante. In base ad essa il fondamento del potere pseudo-normativo dei giudici deve essere rinvenuto nel fatto che le regole giurisprudenziali sono tutte in un certo senso condizionali, ovvero sono soggette alla supervisione legislativa o popolare e, pertanto, sono accettabili in una democrazia. Il pericolo di questo argomento è che, preso letteralmente, potrebbe giustificare qualsiasi norma, in qualsiasi modo istituita od ottenuta, nella misura in cui il legislatore o un altro organo maggioritario possano rigettarla. In altre parole, la normazione da parte di qualsiasi organo, di qualunque sorta essa sia, è coerente con il principio democratico se i cittadini possono avere l'ultima parola.

Vi è certamente qualche fondamento in questa tesi. In effetti, se non ci fosse il problema dell'inerzia legislativa e se non facesse alcuna differenza per nessuno quale regola condizionale o temporanea ci fosse, in quanto tale regola potrebbe immediatamente e senza costi per nessuno essere annullata o modificata secondo la volontà popolare, l'argomento sarebbe valido tanto quanto tautologico. Dal momento che vi è inerzia e anche le regole condizionali hanno un effetto importante, secondo Calabresi, l'argomento fallisce il suo scopo.

---

<sup>372</sup> *Id.*, p. 4.

<sup>373</sup> Cfr. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge/London: Harvard University Press, 1995 (1980), pp. 133-34.

Nonostante il problema dell'inerzia questa tesi non è, comunque, priva di significato o folle, poiché la misura dell'inerzia legislativa costituisce un limite all'effetto "non- democratico" di consentire ad un organo non maggioritario di elaborare regole condizionali. Si ripropone quindi la domanda centrale: cosa giustifica il potere delle corti di fare regole temporanee ed, in conseguenza, di assegnare l'onere di superare l'inerzia legislativa e di ottenere la revisione di queste regole? O, per mettere la questione in altri termini: cosa giustifica il potere delle corti di fare diritto nell'ambito dei confini dell'inerzia del legislatore? Le risposte a queste domande dipendono necessariamente dal modo in cui le corti sono costituite e dal modo in cui esercitano i poteri loro conferiti. In conseguenza, veniamo riportati indietro, come è avvenuto per l'argomento della "delegazione implicita", alla domanda sul perché in una democrazia si dovrebbe consegnare alle corti il potere di fare regole condizionali e di assegnare l'onere di superare la forza inerziale che hanno tali regole.

La terza tesi giustifica il potere normativo dei giudici enfatizzando l'idea che le corti tengano conto dei risultati elettorali. In diversi ordinamenti i magistrati sono addirittura eletti o nominati e ratificati da organi politici. Pertanto una forma mediata di maggioritarismo troverebbe applicazione anche fra i giudici che cercano di dare concretezza alla propria visione della volontà popolare attuale dal momento che nessuno di loro singolarmente può mutare il diritto mentre la comunità giudiziaria nel suo complesso rappresenta (in senso letterale) le mutevoli maggioranze della società. A ben vedere questo argomento pare difficilmente applicabile al contesto italiano ove la carriera dei magistrati non è in alcun modo costruita in modo da riflettere le varie componenti della popolazione. Tuttavia, le forme di correntismo interno ed i meccanismi internamente democratici del Consiglio Superiore della Magistratura espongono anche in Italia il potere giudiziario a queste tendenze.

La quarta tesi si basa sulla presunta capacità dei giudici di fare ciò che è giusto per il paese. Secondo tale teoria, i giudici sarebbero giustificati nel perseguire i propri valori nello sviluppo del diritto poiché è il loro disinteressato ed istruito senso di giustizia ciò che si ricerca. Ad un primo esame, questo argomento appare evidentemente antidemocratico; sembra in effetti conferire il potere normativo nelle mani di "persone sagge" in quanto sagge e non perché esse rappresentino le attuali volontà della maggioranza di lungo termine (c.d. *counter-majoritarian difficulty*) .



Questa prima impressione è però fin troppo dura. Non stiamo parlando, dopo tutto, di regole definitive. Stiamo parlando di regole che sono soggette alla supervisione del legislatore e del problema di allocare l'onere dell'inerzia legislativa. Non vi è nulla di per sé contrastante con la democrazia nella delegazione ad un gruppo di persone sagge del compito di fissare regole di riferimento, purché gli organi politici conservino il potere di rifiutare le decisioni dei propri guardiani, qualora non le approvino. Tale visione "realistica" del potere giudiziario può non essere appropriata. Tuttavia essa non può essere scartata a priori; non è, infatti, più problematica della nomina di un esperto al fine di prendere le decisioni preliminari ritenute opportune e comunque soggette all'approvazione dell'autorità nominante<sup>374</sup>.

Va specificato che la ricostruzione delle diverse teorie offerta da Calabresi, per quanto astratta, si colloca in un contesto ispirato alla tradizione di *common law*. Sebbene questa considerazione sembri palesare un vizio preliminare degli argomenti, in realtà dimostra come l'indagine sui fondamenti della legittimità del diritto giurisprudenziale non può essere data per scontata o per superflua neppure negli ordinamenti ove l'autorità del precedente è più consolidata.

Si deve tenere presente, peraltro, che la seconda tesi su esposta ha costituito sostanzialmente il fondamento per la concezione cardoziana del precedente<sup>375</sup>. In base a tale concezione, in buona parte condivisa anche da Antonio Ruggeri, la decisione giudiziaria che costituisce un precedente ha un'autorità normativa che può essere annullata sia dal parlamento sia da altre corti di pari grado, a prescindere da questioni di costituzionalità. Diversamente, un atto del parlamento ha un'autorità normativa che può essere annullata, oltre che dal parlamento stesso, anche da una corte nella sola ipotesi in cui si configuri una questione di legittimità costituzionale. La peculiarità dell'autorità del precedente si caratterizza, quindi, sulla base di questa fondamentale asimmetria.

Ad ogni buon conto, non sfugge che la maggior parte dei tentativi di giustificare l'autorità dei precedenti si basi sulla considerazione delle conseguenze, o meglio, delle implicazioni. La persuasività o meno di qualsiasi giustificazione

---

<sup>374</sup> Nella visione di CALABRESI si tratta, in effetti, di una sorta di rapporto di mandato. Cfr. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, cit., p. 93.

<sup>375</sup> CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, cit.

conseguenzialista dipenderà, pertanto, dal giudizio sugli effetti, relativizzando fortemente la tenuta di questa prospettiva.

Volendo ampliare l'orizzonte, è già emerso nel corso della trattazione che il primo argomento a supporto di un dovere deontologico ad osservare i precedenti discende dal principio autoevidente per cui casi simili vanno trattati in modo simile. Una giustificazione razionale richiede, però, non soltanto di spiegare cosa si intenda per similitudine o analogia fra due casi, ma anche di dimostrare perché è opportuno ricondurre un dovere a questo principio. Infatti, volendo assicurare un trattamento coerente ai soggetti che si trovino in situazioni simili, bisogna prima intendersi su cosa significhi trovarsi in situazioni simili. In altri termini, è necessario stabilire quali elementi comuni devono ricorrere fra due casi perché si imponga il dovere di applicare un trattamento coerente. La definizione di questo presupposto è solo in parte affidata all'interprete, dal momento che gran parte di questi elementi emerge dai fatti che sono stati ritenuti determinanti nelle motivazioni del precedente o dell'insieme di precedenti. Si comprende, però, come i margini di valutazione per l'individuazione da parte dell'interprete di elementi di distinzione costituiscano un limite significativo per la tenuta di questo argomento.

A ben vedere, come ha osservato Duxbury, qualsiasi giustificazione del dovere di osservare i precedenti finisce necessariamente per risultare condizionata ed incompleta<sup>376</sup>. Marc Loth ha cercato di offrire una prospettiva più sistematica introducendo la distinzione tra legittimazione in entrata e legittimazione in uscita<sup>377</sup>. Quest'ultima dipenderebbe dall'accettabilità di una singola decisione nel contesto del dibattito sociale e sarebbe, pertanto, riconducibile ad una prospettiva consequenzialista come quelle già esaminate.

La legittimazione in entrata, invece, deriverebbe dalla fiducia che i cittadini ripongono nel sistema giudiziario e non avrebbe nulla a che fare con le singole sentenze. Al di là del giudizio sull'efficienza del sistema giustizia, i giudici vengono visti come funzionari dello Stato ed il loro reclutamento finisce per costituire un fattore non secondario di questo tipo di legittimazione. Non pare di poco conto, peraltro, che l'Autore rilevi come l'influenza politica sui processi di selezione dei

---

<sup>376</sup> Cfr. HULS-ADAMS-BOMHOFF, *op. cit.*

<sup>377</sup> *Ibidem*, p. 13.

giudici non contribuisca ad aumentarne la loro autorevolezza nei sistemi europei. Da questa prospettiva sembrerebbe doversi ritenere che la *countermajoritarian difficulty* di bickeliana memoria diventi un fattore di legittimazione, invece che una caratteristica destabilizzante del potere giudiziario<sup>378</sup>.

Inoltre, anche l'idea che la corte posta al vertice dell'ordinamento esprima decisioni definitive, che non possono più essere messe in discussione, costituisce un altro fattore della legittimazione in entrata. Questa caratteristica delle corti supreme, infatti, implica: a) la tendenza dei giudici inferiori a conformarsi ai loro orientamenti, b) il corrispondente adeguamento della pratica legale da parte della classe forense, ed, infine, c) l'accettazione dottrinarica di queste decisioni come strumenti orientativi<sup>379</sup>. Da un'analisi comparata dell'attività delle corti supreme francese, olandese e belga, Nick Huls, Maurice Adams e Jacco Bohmoff hanno rilevato che «la 'denazionalizzazione' di vaste porzioni del diritto determina un elevato grado di incertezza giuridica» anche a causa del mutamento del ruolo delle corti supreme conseguente all'emersione delle giurisdizioni europee<sup>380</sup>. Infatti, se già l'avvento delle corti costituzionali aveva messo in discussione la definitività delle pronunce di Cassazione, l'affermazione delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo ha definitivamente privato le giurisdizioni nazionali supreme del connotato di ultimo grado di giudizio.

Secondo Loth sia i fattori di legittimazione in entrata che quelli di legittimazione in uscita contribuiscono a differenziare il valore dei precedenti. L'Autore, attraverso questa più ampia prospettiva, declina la seconda tesi illustrata da Calabresi nel concetto di "legittimazione sociologica". In estrema sintesi, le decisioni delle corti superiori risulterebbero legittimate se condivise spontaneamente dalla maggioranza dei cittadini, senza alcun sistema di incentivazione. Max Weber si è ampiamente profuso sui diversi modi per rendere accettabile l'esercizio di un dato potere<sup>381</sup>. Nella società moderna, le corti traggono la propria autorità non da manifestazioni carismatiche o dalla tradizione, bensì dalla legalità. Questa forma di

---

<sup>378</sup> Cfr. BICKEL, *The Least dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven: Yale University Press, 1986,

<sup>379</sup> HULS-ADAMS-BOMHOFF, *op. cit.*, p. 15.

<sup>380</sup> *Ibidem.*, p. 16.

<sup>381</sup> RHEINSTEIN (a cura di), *Max Weber on Law in Economy and Society*, Cambridge: Harvard University Press, 1966.

autorità presenta due aspetti. Da un lato, essa comporta l'obbedienza e l'accettazione da parte dei cittadini e degli altri poteri dello Stato. Dall'altro lato, si esige che l'esercizio del potere sia limitato dal rispetto di una procedura stabilita dalla legge. In altri termini, la massima espressione del potere giudiziario, ovverosia la elaborazione di una decisione, risulterà legittimata solo nella misura in cui costituisca l'esito di un procedura stabilita dalla legge. L'assunto di base di questa tesi è che l'invariabile rispetto della procedura generi accettazione e condivisione della decisione così adottata<sup>382</sup>. Detto in altri termini, più i giudici riescono a presentare le proprie decisioni come prodotti logici dell'ordinamento giuridico, più le immunizzeranno da contestazioni di sorta<sup>383</sup>.

Il sociologo tedesco Niklas Luhmann ha notevolmente sottolineato l'importanza dell'obbedienza e dell'accettazione come fattori di legittimazione<sup>384</sup>. Secondo questo Autore, infatti, la generalizzata volontà di accettare, entro determinati limiti di tolleranza, decisioni che non sono ancora acquisite come definitive corrisponde ad una forma di legittimazione sociologica. Si comprende, quindi, come lo scopo ultimo del rispetto della procedura legale sia quello di trasformare le aspettative frustrate della parte perdente in condivisione ed accettazione. Questa funzione di ricomposizione del conflitto, che si risolve nella pacificazione del disagio del soccombente, si presta al perseguimento di una prospettiva sociale armoniosa, in cui le corti vengono viste come strumenti per l'assorbimento di ogni tensione sociale.

Tuttavia, questa concezione lascia emergere anche un'altra forma di legittimazione dell'attività giudiziaria, ovverosia quella morale. Come spiega Loth, infatti, quando le corti sono chiamate ad esprimersi su ogni controversia che interessi l'opinione pubblica, anche questioni di natura più propriamente morale come l'aborto, l'eutanasia, o i matrimoni omosessuali possono diventare oggetto di giudizi di valore

---

<sup>382</sup> HULS-ADAMS-BOMHOFF, *op. cit.*, p. 16; cfr. anche RUGGERI, *Gli "effetti politici" delle sentenze della Corte costituzionale emesse in occasione dei giudizi sulle leggi*, tratto da [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) (Consulta online), in data 16/06/2014, p. 9; ROMBOLI, *Diritti fondamentali, tecniche di giudizio e valore delle disposizioni processuali*, in AA. VV., *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, a cura di ROMBOLI, Torino: Giappichelli, 1994, p. 151ss. ove si fa riferimento al canone della certezza del diritto in senso processuale come presidio dell'esercizio della funzione giurisdizionale attraverso la stabilità delle tecniche decisorie.

<sup>383</sup> *Ibidem.*, p. 25.

<sup>384</sup> LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren, Soziologische Texte*, 66, Neuwied, Luchterhand, 1969, p. 28.

da parte della magistratura. Il precedente, in questi casi, acquisirà una forma di legittimazione morale nella misura in cui avalla una determinata posizione piuttosto che un'altra<sup>385</sup>. Inutile dire che, come è stato evidenziato da Gerlad Rosenberg, un precedente moralmente legittimato può generare anche varie forme di opposizione, sia nell'opinione pubblica, che nel mondo politico, oltretutto nelle altre sedi giurisdizionali<sup>386</sup>.

Al di là della procedimentalità come fattore di accettazione delle sentenze, anche le caratteristiche istituzionali che connettono una determinata giurisdizione tendono ad incidere sulla legittimazione in entrata teorizzata da Loth. La posizione apicale delle corti supreme implica, come è stato già accennato, il potere di annullare le decisioni adottate dalle corti inferiori. Secondo Andrea Pinna, l'uso frequente di questo potere induce il rispetto e la considerazione da parte delle corti di grado inferiore, ingenerando la percezione di una forte autorità<sup>387</sup>. In ordinamenti come quello francese, l'ampio controllo che la Corte di cassazione esercita sulle giurisdizioni inferiori, ne eleva la giurisprudenza a riferimento privilegiato per tutti gli operatori giuridici. Lo specifico ruolo svolto dalla Cassazione come garante della legittimità delle sentenze consente di parlare, nell'opinione dell'Autore, di una sua legittimazione funzionale. Negli ordinamenti ispirati al modello francese, la giurisprudenza di merito è considerata meno importante in quanto, per la maggior parte delle questioni che vengono sollevate nelle controversie di ogni giorno, vi è un precedente di Cassazione che consente di prevedere in via presuntiva il rigetto di argomenti contrastanti. La tendenza conformista che ne deriva costituisce un fenomeno noto in Francia con l'appellativo di "*loi d'imitation*"<sup>388</sup>. Le conseguenze pratiche di questo fenomeno sono che la giurisprudenza di merito viene citata raramente nelle decisioni e che le raccolte casistiche di rado ne danno conto.

Al contrario, nei sistemi ispirati al modello statunitense, l'importanza delle decisioni dei gradi inferiori è significativamente maggiore perchè la Corte Suprema, decidendo solo pochi casi all'anno, non offre un'analogia varietà di precedenti. In altri

---

<sup>385</sup> HULS-ADAMS-BOMHOFF, *op. cit.*, p. 17.

<sup>386</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>387</sup> *Ibid.*, p. 175.

<sup>388</sup> TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 7 ed., Paris: Dalloz, 2006, p. 361.

termini, i giudici dei gradi inferiori risulterebbero avere una minore indipendenza dalla giurisdizione di vertice nei sistemi ispirati al modello francese rispetto a quelli ispirati al modello statunitense. Le corti d'appello francesi possono certamente tentare di contrastare un orientamento di Cassazione nella speranza che venga abbandonato, ma nella misura in cui persiste la c.d. "loi de continuit " <sup>389</sup> le loro decisioni verranno cassate.

A ben vedere il controllo sulle giurisdizioni inferiori   solo uno degli strumenti di legittimazione funzionale. Arend Lijphart<sup>390</sup> ha sostenuto che le corti di cassazione, in quanto giurisdizioni di ultima istanza investite del monopolio dell'interpretazione normativa, svolgano un ruolo di salvaguardia dell'integrit  dell'ordinamento, specialmente in presenza di una legislazione eterogenea e disorganica. Per tale ragione, l'Autore ritiene che questo tipo di corti si adatti particolarmente alle democrazie c.d. consociative, caratterizzate dalla presenza di molti partiti che tendono a coalizzarsi per governare<sup>391</sup>.

Secondo questa tesi, il carattere di definitivit  delle pronunce di Cassazione ed il monopolio dell'interpretazione normativa si combinano al fine di assicurare l'unit  del diritto nazionale e l'uniforme applicazione delle leggi, ovverosia la c.d. funzione nomofilattica. Come   stato accennato, per , questa forma di legittimazione c.d. "funzionale"   stata notevolmente messa in discussione dall'avvento delle corti costituzionali e di quelle europee. Il progressivo sgretolamento dei presupposti di questa legittimazione hanno condotto le corti supreme dei paesi europei a condividere la propria funzione interpretativa con altri attori, facendo s  che il diritto giurisprudenziale cominciasse ad emergere da una dialettica inter-istituzionale ed, in alcuni casi, inter-statale, pi  che da un unico organo<sup>392</sup>.

Huls, Adams e Bohmoff arrivano addirittura ad ipotizzare una ulteriore forma di legittimazione collegata al grado di accreditamento di una data corte nel network giudiziario internazionale<sup>393</sup>. Tale nuova forma di legittimazione discenderebbe dalla disponibilit  a considerare elementi comparatistici e ad inserirli nelle proprie decisioni, dalla quantit  e qualit  dei riferimenti operati dalle corti straniere ed internazionali ai propri precedenti, dal

---

<sup>389</sup> La definizione di 'loi de continuit '   stata offerta da TERR , p. 20, il quale spiega che ci  che la Cassazione ha deciso in passato verr  confermato in futuro anche se nonn vi   alcun obbligo di farlo.

<sup>390</sup> LIJPHART, *Thinking about Democracy. Power sharing and Majority Rule in Theory and Practice*, London: Routledge, 2008.

<sup>391</sup> HULS-ADAMS-BOMHOFF, *op. cit.*, p. 21.

<sup>392</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>393</sup> *Ibid.* p. 5.

livello di partecipazione ai forum giudiziari e dalla predisposizione di agili strumenti di conoscenza dei precedenti anche in lingue diverse dalla propria<sup>394</sup>.

A ben vedere, però, un rapporto di bilanciamento tra poteri giudiziari caratterizza (come si vedrà meglio *infra* Cap. III, § 2) anche la dialettica corti di cassazione- corti costituzionali. Il tema della legittimazione del giudizio di costituzionalità non può essere sottovalutato nel contesto di questa ricerca. In termini molto generali, si tratta di un tipo di giudizio definito dalla competenza di determinate corti a rendere pronunce sulla conformità di norme intra-costituzionali rispetto alla Carta Fondamentale<sup>395</sup>. La questione comunemente ritenuta più controversa a questo riguardo è rappresentata dal potere di dichiarare l'illegittimità di un atto adottato dal legislatore<sup>396</sup>. Anche se si affronterà più diffusamente il tema nel resto della trattazione, occorre qui osservare che la differenza tra la legittimazione della competenza delle corti supreme e quella delle corti costituzionali può essere correttamente spiegata attraverso la teoria della legittimazione funzionale.

Nei sistemi che presentano una separazione delle competenze a livello istituzionale, il bilanciamento del potere interpretativo dipende in massima parte dallo scopo delle funzioni attribuite alla corte costituzionale. A ben vedere, il fatto che questa corte abbia l'ultima parola nei conflitti sulla legittimità delle leggi non implica necessariamente che le altre corti siano tenute ad accogliere l'interpretazione da questa offerta, per quanto costituzionalmente orientata essa sia<sup>397</sup>. Le caratteristiche del giudizio di costituzionalità (i.e. modalità di accesso alla corte, estensione della competenza, effetto delle sentenze, ecc.) influenzano la misura in cui le corti costituzionali sono in grado di stabilire la propria autorità rispetto alle corti di vertice dell'ordinamento<sup>398</sup>. Da questo punto di vista, il *Conseil Constitutionnel* francese e la Consulta italiana appaiono trovarsi in una posizione di relativa debolezza rispetto all'omologo Bundesverfassungsgericht tedesco. Infatti, attraverso i giudizi sui ricorsi individuali (c.d. *Verfassungsbeschwerde*), il tribunale federale della Germania è in grado di imporre la propria

---

<sup>394</sup> Cfr. DE VERGOTTINI, *Diritto Pubblico Comparato*, Padova: Cedam, 2015, pp. 49-61; ID., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna: Il Mulino, 2010, pp. 17- 44, 97-134; V. anche GROPPI-PONTHOREAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford: Hart, 2013,

<sup>395</sup> Cfr. la definizione che si trova in ROSENFELD, *Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court*, *International Journal of Constitutional Law*, 2006, pp. 618-651.

<sup>396</sup> HULS-ADAMS-BOMHOFF, *op. cit.*, p. 289.

<sup>397</sup> L. Garlicki, *Constitutional Courts versus Supreme Courts*, 5 (1) *International Journal of Constitutional Law* (2007), p. 44, at. P. 67.

<sup>398</sup> Cfr. HULS-ADAMS-BOMHOFF, *op. cit.*, p. 404 con riguardo all'accessibilità e alla trasparenza come condizioni di buon funzionamento del sistema giudiziario.

interpretazione agli altri giudici potendo annullare le sentenze che determinino una violazione dei diritti costituzionali per via interpretativa.

Dal diverso bilanciamento tra le corti la teoria della legittimazione funzionale fa discendere una differenziazione dell'autorità dei precedenti correlata alle funzioni attribuite dall'ordinamento.

## **2. Il concetto di "precedente" come strumento del giudice e per il giudice: la chiave per il dialogo fra le corti**

### *i. La differenza tra "precedente" e "sentenza"*

Da un punto di vista metodologico e metalinguistico deve essere precisato che il concetto di precedente non coincide con quello di sentenza o decisione giudiziaria. Il precedente, inteso in senso ampio, rappresenta tutte le situazioni passate nelle quali si è posta in qualche modo una questione analoga, se non identica, a quella che si pone nel tempo presente. Risolvere la nuova questione conformemente a quello che è stato fatto in passato significa decidere secondo i precedenti<sup>399</sup>.

Si identificano, pertanto, due caratteristiche essenziali del precedente, ovverosia: a) la collocazione in una dimensione temporale antecedente, e b) un certo grado di affinità o di identità tra la situazione passata e quella presente.

Queste caratteristiche qualificano il precedente come una sorta di esempio, ovvero un fenomeno dell'esperienza che consente di prevedere quali saranno gli effetti conseguenti all'adozione di una determinata soluzione o regola alla questione posta nel caso concreto. L'assunto di base è che se, in presenza di una serie definita di circostanze, l'applicazione di un dato schema regolatorio determina una serie di conseguenze, è ragionevole aspettarsi che l'applicazione dello stesso schema regolatorio in presenza di circostanze identiche o simili determini le medesime conseguenze<sup>400</sup>.

---

<sup>399</sup> DUXBURY, *op. cit.*, p. 1.

<sup>400</sup> *Ibidem*, p. 3. Il valore del precedente può risultare affievolito qualora, per una ragione o per un'altra, risulti che la decisione del passato è stata presa senza una piena cognizione sul fatto. Si possono riportare, a fini di esempio, alcuni casi della giurisprudenza inglese: Bayer v. Agropharm [2004\* EWHC 1661 (giudizio sommario senza udienza pubblica)]; Pfizer v. Eurofood [2001] FSR 17 (processo svolto in contumacia); Mirage Studios v. Counter-feat Clothing [1991] FSR 145 (ottenimento dell'ordinanza cautelare che ha fatto cessare la causa prima dell'udienza); and Guinness v. Saunders [1990] 2 AC 663, HL (manifesta fondatezza che non ha richiesto una cognizione piena). Cfr. anche le



Da tale conclusione discende, come corollario, che, se in un arco di tempo più o meno lungo la soluzione o regola adottata in un caso analogo del passato non è stata messa in discussione, è possibile concludere, con un certo grado di certezza, che tale soluzione era quella giusta e che, quindi, potrebbe essere giusta anche per il caso presente.

In altre parole, da un punto di vista teorico, il precedente rappresenta il termine di verifica empirico attraverso il quale dalla ragionevole prevedibilità delle conseguenze si trae il grado di certezza della regola. In questi termini generali si dà il concetto di precedente che conferisce dignità a tutte le branche delle scienze (incluse quelle giuridiche).

Forse meno ovvio è che la creazione di precedenti costituisce un'attività che richiede lungimiranza. La decisione che adottiamo oggi porta con sé la consapevolezza che un domani possa costituire una guida per le decisioni che altre decisioni che dovranno essere prese. Così, «il precedente – scrive Frederick Schauer – implica quella speciale responsabilità che accompagna il potere di impegnare il futuro prima di arrivarci»<sup>401</sup>.

Si comprende, quindi, come il precedente abbia una dimensione consequenziale e una dimensione storica<sup>402</sup>.

Nell'ambito dei precedenti applicativi del diritto, si collocano i precedenti giurisprudenziali. Qui l'analisi si complica, sia con riferimento al contesto strutturale di creazione del precedente (i.e. il processo) sia con riferimento alla portata degli effetti del precedente (i.e. giurisdizione di riferimento, grado di innovatività, profili di contrasto col diritto positivo, ecc.).

Nel contesto giudiziario, singole decisioni possono acquisire particolare importanza in relazione, per esempio, all'autorevolezza del giudice, al livello di condivisione raggiunto fra i membri di un collegio o alla raffinatezza ed erudizione delle argomentazioni giuridiche. In alcuni casi, il valore del precedente non è

---

tesi sostenute da POLLOCK, *Essays in Jurisprudence and Ethics*, London: Macmillan, 1882, pp. 238, 246 ove si legge «case-law has a scientific aim, namely, the prediction of events by means of past experience, and the possibility of such prediction rests, as in other sciences, on a fundamental assumption of uniformity».

<sup>401</sup> SCHAUER, *Precedent*, 39, *Stanford L. Rev.*, 1987, 571-605.

<sup>402</sup> DUXBURY, *op. cit.*, p. 4.

ricollegabile ad una singola decisione ma ad una serie conforme di pronunce che si sedimentano formando quella che viene comunemente chiamata “regola giurisprudenziale” o più semplicemente “giurisprudenza”<sup>403</sup>.

Non di rado, poi, queste regole vengono reinterprete e rielaborate dalla dottrina per offrirne una migliore illustrazione di quanto non si trovi nelle righe delle sentenze<sup>404</sup>. I giudici non sono normalmente tenuti a tenere in considerazione i contributi della dottrina. Nondimeno, le opinioni degli autori costituiscono spesso riferimenti utili per avere un’idea più organica degli andamenti giurisprudenziali nelle aule del tribunale così come in quelle universitarie.

Forse, è proprio l’illustrazione della giurisprudenza come insieme di regole giuridiche che, talvolta, fa percepire una presunta inderogabilità dei precedenti non dissimile da quella che esprimono le norme legislative. In realtà, i precedenti non sono in grado di esprimere una forza cogente analoga per natura a quella che caratterizza le leggi dal momento che, come appropriatamente osservato da Duxbury, la loro forza condizionante si spiega nei termini più che di una loro validità (essendo questo un concetto non-scalare), di una loro autorità (della quale si possono dare anche diverse gradazioni)<sup>405</sup>. L’idea che i precedenti siano dotati di una certa autorità va intesa al fine di cogliere il fatto che la verità giace da qualche parte tra i due estremi di un atto amministrativo privo di qualsiasi valore per la generalità dei consociati e una norma cogente<sup>406</sup>.

La difficoltà a cogliere questa sfumatura spiega come mai nessuna teoria generale del diritto sia stata in grado di sistematizzare in maniera soddisfacente questa fonte peculiare. Le corti non redigono testi normativi; ma è anche vero che, qualunque venga dedicata particolare attenzione alla formulazione dei principî da

---

<sup>403</sup> SIMMONDS, *The Decline of Juridical Reason: Doctrine and Theory in the Legal Order* (Manchester: Manchester University Press, 1984), pp. 115-16; V. anche DUXBURY, *op. cit.*, pp. 22-30.

<sup>404</sup> V. Roscoe POUND, ‘What of Stare Decisis?’ (1941) 10 *Fordham L. Rev.* 1-13 at 7, 13; Max Radin, ‘The Method of Law’ [1950] *Washington Univ. L. Q.* 471-97 at 472-3; Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, rev. edn (London: Duckworth, 1977), 110-11.

<sup>405</sup> V. Perry, ‘Judicial Obligation, Precedent and the Common Law’, 243; Schauer, *Precedent*, 591-2; and, more generally, Richard Bronaugh, ‘Persuasive Precedent’, in *Precedent in Law*, 217-47.

<sup>406</sup> Cfr. Roger A. Shiner, ‘Precedent, Discretion and Fairness’, in *Law, Morality and Rights*, ed. M.A. Stewart (Dordrecht: Reidel, 1983), 93-136 at 102 (“it will not do either to try to represent the “must” of binding precedent as the “must” of logical necessity, or to move from the reasons for rejecting that thought to eschewing talk of courts’ being “bound” altogether”).

applicarsi alla controversia, è improbabile che tali formulazioni siano oggetto di una interpretazione analoga a quella riservata alle leggi<sup>407</sup>. Infatti, va tenuto presente che il diritto giurisprudenziale è caratterizzato da una emendabilità particolare che non è propria del diritto positivo poiché il giudice che articola attentamente un principio non ne cristallizza una data formulazione per tutte le applicazioni future, bensì offre soltanto un percorso argomentativo che potrà essere rielaborato ed adattato in base alle esigenze che si porranno<sup>408</sup>.

Si potrebbe dire con Duxbury che la giurisprudenza «diversamente dalla legge, tende ad essere oggetto di analogia più che di interpretazione»<sup>409</sup>.

Potrebbe essere obiettato che vi sia una qualche sorta di forzoso automatismo nel passaggio dall'affermazione che i precedenti non hanno le qualità cogenti delle leggi all'idea che sia sbagliato parlare di una loro autorità. Non può forse la giurisprudenza avere delle qualità cogenti sui generis? Pare doversi concludere che, in effetti ne sia munita. Tuttavia, la nozione pseudo-positivista di "precedente vincolante" non si adatta a nessuna di queste qualità.

In alcuni dei suoi primi studi, Ronald Dworkin ha rilevato l'entità di questo problema e si è proposto di formulare una distinzione che fosse in grado di cogliere la natura e lo scopo della forza condizionate dei precedenti. A questo fine furono elaborati i concetti di "enactment force" e di "gravitational force"<sup>410</sup>.

Per quanto riguarda il primo concetto, Dworkin osserva che, talora, i giudici rinvencono nei precedenti una "formulazione linguistica canonica" sufficientemente consolidata da potersi ritenere come corretto ed univoco significato della regola dotato di una perentorietà analoga a quella delle disposizioni legislative. In questo senso, il precedente sarebbe caratterizzato da una "enactment force" ovvero di una forza pari a quella di emanazione. Tuttavia, questo tipo di forza non esaurisce, secondo Dworkin,

---

<sup>407</sup> V. V. A.W.B. Simpson, 'The *Ratio decidendi* of a Case and the Doctrine of Binding Precedent', in *Oxford Essays in Jurisprudence*, ed. A.G. Guest (Oxford: Oxford University Press, 1961), 148-75, p. 162; Rolf Sartorius, 'The Doctrine of Precedent and the Problem of Relevance' (1967) 53 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 343-66 at 353; DUXBURY, *op. cit.* p. 59.

<sup>408</sup> RAZ, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, (Oxford: Clarendon Press 1979) 195. V. also CROSS-HARRIS, *Precedent in English Law*, 4<sup>th</sup> edn (Oxford: Clarendon Press 1991), 73; SCHAUER, 'Is the Common Law Law?' (1989) 77 *California L. Rev.* 455-71 p. 464.

<sup>409</sup> DUXBURY, *op. cit.*, p. 59.

<sup>410</sup> V. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth, 1978, pp. 110-23.

la complessità dell'influenza che un precedente è in grado di esercitare sulle decisioni successive.

Un giudice, infatti, può ritenere un precedente persuasivo anche se, per esempio, risulti non applicabile in via analogica al caso da risolvere. Va tenuto presente che quando i giudici ricorrono alla fonte giurisprudenziale non procedono a partire da una specifica regola, bensì al fine di costruire un determinato percorso argomentativo. Qualora un determinato passaggio logico contenuto in un precedente possa contribuire alla costruzione di detto percorso, esso, si può ritenere, eserciti una forza attrattiva rispetto alla risoluzione di un determinato caso. Si potrà poi non concordare sulla misura di questa forza "gravitazionale" sul caso concreto, ma nondimeno sembra fuor di dubbio che si tratti di una qualità del precedente. Questa forza traente emergerà, in varia misura ed in modi diversi, nella motivazione della sentenza.

Tuttavia, essa non può essere spiegata, secondo l'Autore, riferendosi al linguaggio del giudizio poiché la sua ragione di fondo «si basa sull'idea che l'equità richieda un'attuazione dei diritti coerente», ovverosia che «casi simili siano trattati in modo simile»<sup>411</sup>.

A questo argomento è stato obiettato che determinati diritti possono essere attuati in modo coerentemente ingiusto se si assume un rapporto di identità tra giustizia ed equità. Dworkin confuta questa obiezione affermando che se, da un lato, la giustizia implica necessariamente equità (concetto che l'Autore definisce in questo senso come "integrity"), l'equità non corrisponde automaticamente ad un criterio di giustizia. «Un giudice [...] potrebbe ritenere ingiusto riconoscere un risarcimento danni per qualsiasi danno morale. Ma se accetta [che la giustizia implichi sempre anche equità] e sa che ad alcune vittime è stato già riconosciuto in passato il risarcimento del danno morale, avrà delle ragioni per decidere in favore di altri che chiedano questo tipo di risarcimento»<sup>412</sup>. Secondo Dworkin, decidere in maniera coerente rispetto a decisioni del passato significa prenderne in considerazione «gli argomenti di principio che sono risultati necessari per giustificare tali

---

<sup>411</sup> *Ibid.*, 116, 113.

<sup>412</sup> R. Dworkin, *Law's Empire* (London: Fontana 1986), 177.

pronunciamenti»<sup>413</sup>. Ciò implica che tali argomenti di principio non appartengano solo al singolo precedente, bensì facciano anche parte di un più ampio insieme di principi che informa l'intero ordinamento<sup>414</sup>. Pertanto, sarebbe la complessiva equità cui tende il sistema che giustifica come mai un giudice che si propone di dare coerente attuazione ai diritti si presume che agisca equamente<sup>415</sup>.

Mettendo in evidenza la nozione di forza gravitazionale, Dworkin osserva che sarebbe un errore trattare l'osservanza dei precedenti come l'interpretazione di norme cogenti. Infatti, tale forza è – come evidenziato rispetto al concetto di autorità – variabile in quanto i diversi giudici potrebbero non concordare sul significato di un particolare precedente, su quale principio esso effettivamente contenga o finanche se ne contenga affatto<sup>416</sup>. Si comprende, quindi, come l'intellegibilità degli argomenti di principio contenuti nelle decisioni giudiziarie costituisca un fattore chiave (cfr. *retro* § 1, Cap. II).

Da un punto di vista macro-comparativo e sincronico, non sorprende, quindi, che la diversa concezione del valore del precedente tra ordinamenti di common law e di civil law venga spesso anche ricondotta alla diversa struttura delle sentenze.

Nei sistemi ispirati al modello statunitense, infatti, le decisioni giudiziarie sono costituite da opinioni individuali delle quali i singoli giudici si assumono la responsabilità attraverso la pubblicazione dei voti espressi dai vari componenti del collegio. Inoltre, in questo tipo di sentenze generalmente emergono la franca ammissione delle difficoltà interpretative, il confronto trasparente degli argomenti giuridici e anche eventuali polemiche su questioni relative alle politiche pubbliche<sup>417</sup>.

Le decisioni che i giudici adottano generalmente nei sistemi ispirati al modello francese, come l'Italia, dimostrano, invece, un minore livello di trasparenza. Infatti, tendono prevalentemente ad assumere la forma di freddi pronunciamenti tecnici,

---

<sup>413</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 113.

<sup>414</sup> *Ibid.* 116-17

<sup>415</sup> R. Dworkin, 'Justice in Robes' (Cambridge, Mass.: Belknap Press, 2006), 79, 123-4, 250; Scott Hershovitz, 'Integrity and Stare decisis', in *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, ed. S. Hershovitz (Oxford: Oxford University Press, 2006), 103-18 at 113-15; Schauer, 'Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy (August 2007) Kennedy School of Government Research Working Paper RWP07-036.

<sup>416</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 112.

<sup>417</sup> Cfr. SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *op. cit.*, p. 113.

assunti collegialmente, dai quali non emerge in alcun modo la discussione ed il confronto che possa esserci stato tra i vari giudici. L'attività interpretativa svolta viene mascherata in questo tipo di sentenze da un sillogismo deduttivo che procede dalla norma di legge alla soluzione del caso concreto. Luhmann ha, comunque, considerato che questa forma di sillogismo potrebbe anche costituire un metodo efficiente per legittimare i giudizi dal momento l'apparenza di un meccanismo logico neutrale può contribuire a ridurre il senso di frustrazione della parte soccombente ed ingenerare un sentimento di accettazione della soluzione adottata<sup>418</sup>.

Se questo è l'immaginario prevalente nella letteratura comparatistica, Mitchel Lasser fa notare che la realtà non è così semplice. Secondo diversi autori, tra i quali Atiyah, MacCormick, Summers, e Schauer<sup>419</sup>, gli argomenti c.d. formali presenti nelle sentenze sono costituiti da quegli elementi del ragionamento la cui forza dipende dall'autorevolezza della fonte da cui provengono. Un argomento, pertanto, si definirebbe formale se fondato su di una previsione legislativa, un precedente o un principio generale dell'ordinamento.

Il concetto di argomento formale può, secondo Raz, essere inteso come un fattore di esclusione nella misura in cui non ammette argomenti contrari di natura non-formale<sup>420</sup>. Gli argomenti c.d. non-formali consisterebbero sostanzialmente in considerazioni di tipo morale, politico, economico, etico o, comunque sia, socialmente rilevante, ma non supportate da una fonte di autorità. In questo senso, gli argomenti non-formali non sono in grado di resistere al carattere esclusivo di quelli formali.

L'esclusione di cui parla Raz è definita necessariamente dalla regola della ricognizione delle fonti giuridicamente rilevanti proposta da MacCormick. Questo

---

<sup>418</sup> N. Luhmann, *La légitimation par la procédure* (Presses de l'Université de Laval 2001, first published 1969). L'argomento proposto dall'Autore richiama evidentemente la tesi in base alla quale il rispetto della procedura costituisce di per sé una fonte di legittimazione in virtù della sua neutralità. (cfr. retro Cap. II, § 1, sez. iv).

<sup>419</sup> P.S. Atiyah and R.S. Summers, *Form and substance in Anglo-American law. A comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions* (Oxford: Clarendon Press, 1987); MACCORMICK-SUMMERS, *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, New York: Routledge, 1991; F. Schauer, *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision making in law and in life* (Oxford: Clarendon Press 1992).

<sup>420</sup> J. Raz, *Practical reason and norms*, (London Hutchinson 1975). Secondo quest'Autore i fattori di esclusione si distinguono per il loro ruolo normativo in quanto non ammettono che altri argomenti abbiano il loro solito peso nell' determinare cosa deve essere fatto. Escludere un argomento costituisce un modo per confutarlo.

meccanismo nel suo complesso altro non è che una forma di razionalizzazione del conflitto per tramite del concetto di autorità. Inoltre, va rilevato che questa giustapposizione tra argomenti formali e non-formali si ritrova nella teoria dei due livelli del diritto di Hart ove i diversi gradi di autorità degli argomenti declinati nell'attività giudiziaria rappresentano in modo abbastanza realistico la differenziazione del valore dei precedenti.

Se si accetta che l'utilizzo dei precedenti costituisca un fattore privilegiato di esclusione argomentativa, se ne riconosce in un certo senso l'autorità. In questo modo la fonte giurisprudenziale assume i caratteri di un criterio di selezione degli argomenti che limita la disponibilità di ipotesi di risoluzione delle controversie.

L'affidabilità di questo criterio dipende poi da due fattori principali. Il primo di questi fattori è costituito dalla ragionevole universalizzabilità del principio giustificativo della *ratio decidendi* rispetto a casi successivi che non hanno un legame formale con quello che ha costituito l'occasione per l'elaborazione della regola<sup>421</sup>. Come è stato osservato, l'esempio del passato offre categorie definitorie e schemi di significati utili a ridurre le incertezze nel passaggio dall'apprensione del linguaggio naturale all'interpretazione delle norme<sup>422</sup>. La riduzione delle incertezze, infatti, discende dalla prevedibilità delle conseguenze dell'applicazione delle disposizioni normative, dopo che sono state munite di specifici significati, derivante dal dato empirico contenuto nel precedente. Quando tale dato empirico emerge da una serie conforme di precedenti, le incertezze si riducono, in teoria, ai minimi termini.

L'universalizzabilità della regola giurisprudenziale, pertanto, deriva dalla ragionevole astrazione dei passaggi logici tra gli assunti normativi che compongono la *ratio decidendi*. Come ha correttamente osservato Benjamin Cardozo, «[n]el diritto, così come in altre branche della conoscenza, le verità rilevabili da processi induttivi formano le premesse per nuovi processi deduttivi. Gli avvocati ed i giudici delle generazioni successive non ripetono per conto proprio il processo di verifica più di quanto la gran parte di noi ripete le dimostrazioni delle verità dell'astronomia e della fisica. Un insieme di concetti giuridici e di formule viene sviluppato, e noi lo

---

<sup>421</sup> In particolare, si intende escludere i giudizi conseguenti a rinvio per i quali il vincolo al principio di diritto stabilito dalla corte di legittimità risulta fuori discussione.

<sup>422</sup> Cfr. Guastini (1984), cit.

assumiamo [...] come già dato. Concetti fondamentali come il contratto, il possesso, la proprietà, il testamento e molti altri, sono lì, pronti per essere utilizzati. [...]. Questi concetti fondamentali, una volta ottenuti, formano il punto di partenza dal quale derivano nuove conseguenze, che [...] acquisiscono dalla reiterazione nuova permanenza e certezza. Alla fine, vengono essi stessi accettati come fondamentali ed assiomatici. Così avviene con lo sviluppo da precedente a precedente. Le implicazioni di una decisione possono essere equivoche od incerte all'inizio. Nuovi casi estraggono l'essenza attraverso il commento e l'esposizione. Alla fine emerge una regola o principio che diventa un *datum*, un punto di partenza dal quale nuove direzioni verranno intraprese, e nuovi percorsi verranno misurati»<sup>423</sup>.

A prescindere dall'utilità pratica che possa trarne il singolo giudice nello svolgimento del suo lavoro, l'applicazione di categorie definitorie omogenee e di schemi di significato uniformi conferisce all'amministrazione della giustizia quel connotato di equità necessario a prevenire giudizi arbitrari. Solo in questo senso il principio di uguaglianza si estrinseca come uguaglianza dei cittadini davanti alla legge. In questo senso, l'aderenza al precedente tende a favorire l'affidamento dei cittadini nella buona amministrazione della giustizia<sup>424</sup>.

Lyman Garber ribalta il ragionamento per arrivare a sostenere che quando le sentenze non menzionano affatto i precedenti vi è ragione per sospettare che il giudice si stia sostituendo al legislatore<sup>425</sup>. L'autore considera l'esempio del caso statunitense *Brown v. Board of Education of Topeka* del 1954 ove la Corte Warren decise di ignorare una serie ininterrotta di precedenti sull'applicazione del 14° emendamento alla Costituzione per stroncare la normativa sulla segregazione razziale.

Tuttavia, più la giurisprudenza è consolidata più è difficile mutarla senza rischiare di determinare un caso isolato. Infatti, come evidenziato da Cardozo nel passo sopra citato, la universalizzabilità di un principio di elaborazione giurisprudenziale è costantemente messa in discussione e testata dall'intera comunità giudiziaria in sede applicativa. E ciò è tanto vero per i giudici di *common law* quanto, e forse soprattutto, per quelli di *civil law*.

---

<sup>423</sup> CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, cit., p. 47.

<sup>424</sup> ID., p. 34; DWORKIN, *Law's Empire*, cit.

<sup>425</sup> GARBER, *Of Men and Not of Law: The Courts are usurping the political function*, New York: Devin-Adair Co., 1966, pp. 107 e ss.



La raffinazione giurisprudenziale della regola giuridica rappresenta un processo costante, sistematicamente e progressivamente documentato nelle motivazioni delle sentenze, oltreché commentato dalla dottrina nelle pubblicazioni scientifiche e di settore<sup>426</sup>. In questo flusso perpetuo, si pone un problema per il giudice sotto due aspetti: da una lato, deve essere estratto dai precedenti il principio sottostante, ovvero la *ratio decidendi*; dall'altro, deve essere determinata la direzione o il percorso lungo il quale sviluppare il principio di diritto rilevato, supponendo che questo non sia destinato ad estinguersi con il caso concreto.

Il primo aspetto del problema è quello che siamo abituati ad affrontare più consapevolmente rispetto al secondo. Le sentenze raramente rivelano con chiarezza i principî di diritto sottostanti per l'utilità dell'interprete. «Essi», afferma Cardozo, «rilasciano il proprio nucleo lentamente e con difficoltà [...]. Non si tratta di un compito facile, dal momento che, non di rado, la cosa giudicata ci arriva avvolta in oscuri *dicta* i quali devono essere attentamente estrapolati ed osservati separatamente»<sup>427</sup>. L'autore ha, inoltre sostenuto, trovando il consenso di Gino Gorla, che il vero problema è la definizione dei limiti e delle tendenze nell'utilizzo dei precedenti. Infatti, la forza orientativa di un principio giurisprudenziale può essere esercitata attraverso vari criteri.

Innanzitutto vi è il criterio della progressione logica in base al quale il rapporto tra la decisione di un caso ed un precedente viene definito in termini consequenziali. In secondo luogo, vi è il criterio dello sviluppo storico od evolutivo in ragione del quale il rapporto tra la decisione di un caso e un precedente viene definito in relazione a determinati accadimenti storici che alterano le circostanze fattuali. In terzo luogo, vi è il criterio consuetudinario in base al quale il rapporto tra decisione e precedente viene definito da regole non scritte ma uniformemente condivise. Infine, vi è il criterio sociologico per il quale il rapporto tra decisione e precedente viene definito dal senso di giustizia, dalla morale e dal perseguimento di un determinato pubblico interesse<sup>428</sup>.

Detti criteri contribuiscono a qualificare il rapporto di affinità o di identità tra i precedenti, consentendo di delineare un orientamento giurisprudenziale. Nonostante il

---

<sup>426</sup> Mitchel de S.-O.-l'E. LASSER, *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Transparency and Legitimacy*, (Oxford: Oxford University Press, 2009).

<sup>427</sup> CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process* (1921), cit., pp. 28-29.

<sup>428</sup> *Ibid.*, p. 29.

criterio della progressione logica sia stato elencato per primo, va specificato che non si è inteso qualificarlo come il più importante. Al contrario, è spesso sacrificato rispetto agli altri criteri. Tuttavia, Cardozo lo colloca al primo posto perché avrebbe una certa presunzione in suo favore. Secondo l'Autore, infatti, il principio ordinatore che organizza e razionalizza una congerie di giudizi particolari su argomenti correlati, e ne proietta saldamente la portata nel futuro non può che avere l'affidabilità che deriva dalla successione naturale, ordinata e logica tra causa ed effetto, tra presupposto e conseguenza<sup>429</sup>. Attraverso questo legame si fortifica la catena dei precedenti favorendo, da un lato, il consolidamento di un dato principio giurisprudenziale e, dall'altro, una controllata evoluzione del diritto.

*ii. Il problema della sempre crescente massa di precedenti*

Il precedente si configura, quindi, come uno strumento elaborato dal giudice e, al contempo, utile al giudice per orientarsi nella “selva del diritto”<sup>430</sup> e per garantire standard di equità e giustizia. Tuttavia, come già si è avuto modo di rilevare, l'immenso numero di sentenze che escono dalla macchina giudiziaria, se, da un lato costituisce una ricchezza, dall'altro può finire per disorientare l'interprete che, evidentemente, non è in grado di avere, in tempi ragionevoli, conoscenza di “tutta” la giurisprudenza esistente.

Il problema è stato messo enfaticamente in evidenza da Barbara Baum Levenbook nel suo *The Meaning of a Precedent*, ove viene sostenuto che uno dei caratteri intrinseci alla natura del precedente sarebbe la sua conoscibilità<sup>431</sup>. In conseguenza, perché l'utilizzo dei precedenti abbia un senso, devono essere predisposti appropriati mezzi di pubblicazione che consentano di enucleare gli elementi salienti che hanno determinato la *ratio decidendi*. Nel capitolo I è stato visto che anche Bentham comprese l'importanza di avere affidabili mezzi di diffusione della fonte giurisprudenziale per prevenirne un uso arbitrario e disordinato<sup>432</sup>.

---

<sup>429</sup> *Ibid.*

<sup>430</sup> CARDOZO, *The Growth of the Law*, cit.

<sup>431</sup> BAUM LEVENBOOK, *The Meaning of a Precedent*, 6 *Legal Theory*, 2000, pp. 185-240.

<sup>432</sup> V. LOBBAN, *The Common Law and English Jurisprudence 1760- 1850*, Oxford: Clarendon Press, 1991.

Nonostante l'introduzione di sistemi istituzionali di *Law Reporting*, Duxbury osserva che il problema della conoscibilità dei precedenti è ancora presente anche in Inghilterra<sup>433</sup>. Indubbiamente, il fatto che molti precedenti che un tempo sarebbero rimasti non pubblicati siano oggi disponibili su ogni sorta di supporto elettronico costituisce un problema di per se stesso; e ciò anche in quanto diventa particolarmente difficile determinare quali siano i precedenti che contano quando gli avvocati vengono messi nella condizione di poter addurre a loro favore più o meno lo stesso numero di sentenze<sup>434</sup>.

Sotto questo profilo, soccorrono, da un lato, la menzionata tendenza a raggruppare serie di precedenti in "orientamenti" o "filoni giurisprudenziali"<sup>435</sup> e, dall'altro, la distinzione avanzata da più parti in dottrina, specie di recente, tra «sentenza» e «precedente giurisprudenziale»<sup>436</sup>. Come anticipato, infatti, non tutte le sentenze costituiscono precedenti, bensì soltanto quelle che, dopo un'attenta ed esauriente rilevazione della più accreditata dottrina e della maggioritaria giurisprudenza, esprimono un principio di diritto in modo sufficientemente chiaro, originale ed innovativo da apportare un contributo indefettibile all'ordinamento giuridico. La distinzione del concetto di precedente è evidentemente volta ad escludere dall'attenzione la gran massa di decisioni che non presentano i caratteri di originalità, di innovatività e di chiarezza ora menzionati, ovvero quelle sentenze

---

<sup>433</sup> Per una disamina generale del problema, v. STONE, *Knowing the Law*, 24 MLR, 1961, pp. 475-80; MUNDAY, *New Dimensions of Precedent*, 14 JSPTL, 1978, 201-17 pp. 207-13. Il sistema statunitense di pubblicazione delle sentenze delle corti federali distrettuali ne definisce il valore come precedenti. Infatti, al fine di ridurre il numero di decisioni da conoscere è stato introdotto un sistema in base al quale è al giudice stesso che viene lasciato decidere se la sentenza deve essere pubblicata o meno. In linea di principio, alle decisioni ripetitive viene negata la pubblicazione ed, in conseguenza, l'autorità di precedente. Nel 2000 l'VIII Circuito ha ipotizzato che l'implicito diniego del valore di precedente possa porsi in contrasto con l'art. III della Costituzione Federale. V. *Anastasoff v. United States*, 223 F. 3d 898, 899-900 (8<sup>th</sup> Cir. 2000). Pochi giudici sembrano avere accolto questa suggestione, sebbene alcuni studiosi ne abbiano confermato la plausibilità. V., ad esempio, ROBEL, *The Practice of Precedent: Anastasoff, Noncitation rules, and the Meaning of Precedent in an Interpretative Community*, 35 *Indiana L. Rev.*, 2002, pp. 399-421.

<sup>434</sup> Cfr. DUXBURY, *op. cit.*, passim; BRENNER, *Precedent Inflation*, New Brunswick, NJ: Transaction, 1992, pp. 175-312.

<sup>435</sup> Si notino al riguardo le osservazioni sul rapporto tra *jurisprudence constante* e *stare decisis* svolte da Robert L. Henry, *Jurisprudence constante and Stare Decisis Contrasted*, *American Bar Association Journal*, Vol. 15, No. 1 (Gennaio, 1929), pp. 11-13.

<sup>436</sup> Cfr. sul punto Jacob (2014), cit.; Andrea VELA, *La Corte suprema di cassazione, oggi*, in *Foro it.*, 1987, V, 215-222; si vedano, inoltre, le considerazioni svolte dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 49/2015.

sostanzialmente ripetitive che non costituiscono un contributo per il diritto, ma eventualmente soltanto una sua applicazione.

Non si può non menzionare a questo riguardo il contributo offerto in questo senso dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 49 del 2015<sup>437</sup> ove vengono indicati alcuni parametri da tenere in considerazione per comprendere quali siano i precedenti della Corte di Strasburgo da osservare. In particolare vengono menzionati: a) la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea, b) gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte, c) la ricorrenza di opinioni dissenzienti, d) la circostanza che quanto deciso promani da una sezione semplice invece che dalla Grande Camera, e) il dubbio che il giudice europeo non abbia adeguatamente apprezzato le peculiarità dell'ordinamento nazionale, f) il fatto che la decisione si inserisca nel contesto di un orientamento consolidato. Per quel che qui interessa, si tratta di una serie di riferimenti offerti al giudice comune per capire quali sentenze del giudice di Strasburgo costituiscano precedenti da seguire. In altri termini, la Consulta sembra avallare ampiamente l'idea di una non-coincidenza fra i concetti di precedente e di sentenza, ritenendo che il primo debba presentare una serie ulteriore di caratteristiche rispetto al secondo.

Inoltre non sembra di poco conto che in Inghilterra e negli Stati Uniti siano state adottate delle misure volte a sfavorire l'affidamento su casi non pubblicati<sup>438</sup>, che tendono così ad essere privati del loro valore di precedenti (vedi più approfonditamente *infra* sez. iii).

Già nel 1924 un giurista di *common law* come Cardozo rilevava che la valanga di sentenze che ogni giorno viene generata dai tribunali tende inevitabilmente a creare

---

<sup>437</sup> Corte cost. 14 gennaio 2015 n. 49, in Gazz. Uff. 1 aprile 2015 n. 13. Cfr. sul punto, TEGA, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), (30 aprile 2015).

<sup>438</sup> Cfr. sul punto *Practice Direction (Court of Appeal (Civil Division))*, 1 WLR, 1999, 1027, 1059 ove viene stabilito che: "Permission to cite unreported cases will not usually be granted unless advocates are able to assure the court that the transcript in question contains a relevant statement of legal principle not found in reported authority and that the authority is not cited because of the phraseology used or as an illustration of the application of an established legal principle". V. anche con riguardo agli Stati Uniti Comm. on Use of Appellate Court Energies, Advisory Council on Appellate Justice, Standards for Publication of Judicial Opinions 20 (1973); RICHMAN, *An Evaluation of Limited Publication in the United States Courts of Appeals: The Price of Reform*, 48 U. Chi. L. Rev., 1981, p. 573; HOFFMAN, *Nonpublication of Federal Appellate Court Opinions*, 6 Just. Sys. J., 1981, p. 405.

una situazione nella quale la citazione del precedente tende a contare di meno mentre il riferimento ad un cosiddetto “principio informatore” tende a contare di più<sup>439</sup>. «Il suo potere generativo», dice Cardozo, «deve dipendere dalla qualità della sua progenie. Similmente alle ipotesi delle scienze, esso deve essere valutato sulla base dei risultati. È necessario un nuovo sistema di eugenetica per la crescente massa di precedenti»<sup>440</sup>.

In altre parole, si dava atto che l'eccessiva espansione del numero dei precedenti imponeva di rivedere la dottrina di *stare decisis* in relazione al seguito che aveva avuto il principio affermato in una determinata decisione.

E' dato riscontrare come sia la tendenza a distinguere tra precedenti giurisprudenziali e sentenze, sia la tendenza ad organizzare i precedenti in orientamenti costituiscano espedienti per favorire la conoscibilità delle informazioni giuridicamente rilevanti di origine giurisprudenziale.

Si tratta, a ben vedere, di tendenze che travalicano i confini tra *common law* e *civil law* e che dimostrano il carattere strumentale del concetto di precedente ovvero di una risorsa sempre crescente e, al contempo, stabilizzante ed evolutiva.

### *iii. Il problema della pubblicazione delle sentenze: massimari e reports a confronto*

Tuttavia, se sono state dedicate alcune osservazioni alla tendenza al raggruppamento in orientamenti, occorre volgere l'attenzione al problema di non poco momento su come rendere i “precedenti giurisprudenziali” immediatamente distinguibili e facilmente conoscibili alla massa di operatori del diritto e, soprattutto, ai giudici. Come si è visto, la gran parte della dottrina concorda sull'importanza di un'accurata e costante raccolta della giurisprudenza a fini di pubblicazione<sup>441</sup>. Nick

---

<sup>439</sup> CARDOZO (1924) cit., p. 5: « An avalanche of decisions by tribunals great and small is producing a situation where citation of precedent is tending to count for less , and appeal to an informing principle is tending to count for more».

<sup>440</sup> ID., p. 291.

<sup>441</sup> Cfr. SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *op. cit.*, p. 674; RICHMAN, *op. cit.*. Si veda anche il caso *Breedlove v. Turner* (1821) della Corte Suprema della Louisiana (9 Mart. (Old. Ser.) 353) dove la corte sottolinea quest'aspetto; inoltre, GORLA, *La "Communis Opinio Totius Orbis" et la réception jurisprudentielle du droit au cours des XVIe, XVIIe et XVIIIe siècles dans la "Civil Law" et la "Common law"*, in CAPPELLETTI (a cura di), *New Perspectives for a Common law of Europe*, 45, 1978; SAUVEL, *Histoire du Jugement Motivé*, 71, Revue du Droit Public 1, 1955.

Huls e Mitchel Lasser hanno messo in evidenza come un efficiente sistema di pubblicazione delle sentenze possa contribuire a legittimare la fonte giurisprudenziale attraverso il contributo della dottrina<sup>442</sup>. Al contempo, Gino Gorla ha in più occasioni messo in guardia dagli effetti controproducenti delle raccolte inaccurate ed imprecise. È noto il prezioso lavoro di ricerca sulla giurisprudenza da lui svolto nel corso degli anni nelle pagine dei Quaderni del Foro italiano; un lavoro sostanzialmente mai concluso, volto a delineare un metodo di uso dei precedenti che consentisse anche di migliorare le varie raccolte di giurisprudenza nonché il ruolo dell'Ufficio del Massimario.

Gorla, in tempi ormai risalenti, evidenziò con estrema chiarezza i diversi problemi legati all'elaborazione delle massime e ai sistemi di pubblicazione delle sentenze in Italia<sup>443</sup>. In una nota alla sentenza della I sezione civile della Corte di Cassazione 24 aprile 1964 n. 1001 (*Falconi v. A.c.r.i.*) l'autore ebbe a rilevare, per esempio, come la corrispondente massima ufficiale resa dall'Ufficio del Massimario non rappresentasse, di per sé stessa, la *ratio decidendi* della sentenza, ma anzi si configurasse come un mero *obiter dictum*.

Il caso *Falconi v. A.c.r.i.* era, in effetti, incentrato sul valore dell'offerta *ad incertam personam* e sul significato della condotta concludente di una delle parti (nella fattispecie la spedizione della merce). La massima ufficiale pubblicata in Foro it., Mass., 205, recitava: «la compravendita tra persone lontane si perfeziona nel momento e nel luogo in cui il compratore proponente viene a conoscenza dell'accettazione della proposta da parte del venditore, anche se tale notizia gli pervenga con la ricezione della merce commissionata e speditagli dal venditore senza una preventiva risposta di accettazione, all'infuori dei casi previsti dall'art. 1327 c.c. ».

Gorla rilevò immediatamente come questa massima, letteralmente ritagliata dal testo della sentenza, rappresentasse soltanto una parte, e la meno interessante della decisione, mentre la parte più rilevante concerneva l'identificazione di uno dei contraenti. Si comprende quindi come questa sentenza, per quanto risalente, offra un

---

<sup>442</sup> Cfr. HULS-ADAMS-BOMHOFF, *op. cit.*, pp. 33 e ss.; LASSER, *op. cit.*.

<sup>443</sup> Cfr. GORLA, *Offerta «ad incertam personam» (Saggi per un nuovo tipo di nota a sentenza)*, nota a sentenza C. C. Cass. Sez. I civ., 24 aprile 1964, n. 1001, *Falconi v. Aziende Chimiche Riunite Italiane (A.C.R.I.)*, in *Foro it.*, 1965, I, pp. 433-450.

caso sufficientemente paradigmatico di esperimento dei metodi per estrarre la *ratio decidendi* e distinguerla dall'*obiter dictum*<sup>444</sup>.

Se ci si sofferma un momento su ciò che emerge dalla pubblicazione rispetto a ciò che è contenuto nella sentenza, appare di tutta evidenza che la massima ufficiale spezza e disorganizza la sentenza dal momento che non ne rappresenta neppure un intero periodo, ritagliandone solo un brano che viene dopo un punto e virgola. Così presentata, separata dal contesto della motivazione e dalle allegazioni o difese delle parti, la massima viene dissociata dall'argomento decisivo, a tal punto da diventare un *obiter dictum*. Invero, essa fa credere che nella causa fosse in discussione la questione del momento e del luogo di conclusione del contratto, cioè la questione dell'oggetto dell'art. 1327 c.c., mentre ciò non fu affatto oggetto di discussione. Peraltro, dagli atti della causa emerge che la questione della competenza per territorio era già stata risolta mediante regolamento di competenza (artt. 38 e 41 c.c.). La questione insorta era piuttosto quella che risultava da uno dei motivi di ricorso del Falconi, ovverosia che l'accettazione avrebbe dovuto farsi mediante una dichiarazione comunicata al proponente e non mediante la spedizione della merce.

Tuttavia, la massima non fa alcuna menzione del fatto che la fattispecie si caratterizzasse come una proposta *ad incertam personam*: il Falconi, infatti, si era limitato a manifestare una proposta verso un soggetto che non si era qualificato né come agente né come mandatario della A.c.r.i.. In altre parole, il Falconi non aveva conosciuto l'identità del proprio contraente prima di aver ricevuto la merce, e, pertanto, si sarebbe potuta giustificare la deroga alla regola generale del comportamento concludente, per quanto la merce spedita dalla A.c.r.i. fosse risultata corrispondente alla richiesta formulata dal Falconi.

Per evidenti ragioni di (approssimativa) generalizzazione del principio di diritto, l'Ufficio del Massimario ha spostato tutta l'attenzione sul comportamento concludente in una compravendita a distanza, sterilizzando la *ratio decidendi* dai fatti di causa in pieno stile *Cassation* francese.

In questo senso si comprende come la formulazione della massima non abbia coinciso per nulla con la *ratio decidendi* della decisione e, pertanto abbia condotto a

---

<sup>444</sup> Cfr. in proposito GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze*, in *Foro it.*, 1964, V, pp. 73 ss.

una dissociazione tra l'intelligibile significato (e quindi, il valore) della massima e il valore del precedente. Ne è conseguito che la citazione della massima in esame quale fonte giurisprudenziale possa essere stata utilizzata per confermare argomenti del tutto estranei al significato del principio di diritto contenuto nel precedente.

Quel che desta maggiore stupore nell'Autore è la sostanziale impossibilità di rilevare tutti i casi in cui questo problematico fenomeno avviene, per quanto vi siano ragioni per ritenere che non siano affatto rari. Nelle parole dello stesso autore: «non è azzardato pensare che la metà e forse più delle massime della Cassazione civile nascondano le questioni decise, cioè non le indichino affatto o non le indichino esattamente e quindi nascondano le decisioni. Ciò si ripercuote anche sulla valutazione che si possa fare delle decisioni conosciute, poiché manca il quadro in cui collocarle, cioè la possibilità di vederne e studiarne i rapporti con altre decisioni, quelle ignote. Così noi ignoriamo gran parte della nostra giurisprudenza. E finché la ignoriamo in tal modo, ne possiamo dire ben poco, e come contenuto e come ordine e come metodo dei giudicati e dei giudicanti. Fra l'altro, sotto quest'ultimo aspetto, uno studio sul valore o efficacia dei precedenti giudiziari in Italia, o su altri temi connessi, riuscirebbe uno studio astratto»<sup>445</sup>.

I nostri massimari, i nostri repertori e i relativi indici, per il modo in cui sono fatti, offrono una guida insicura ed incompleta al ricercatore, quando addirittura non lo sviano<sup>446</sup>. È evidente come l'autore nel 1965 non contemplatesse i moderni ed aggiornati database online di giurisprudenza. Tuttavia non sembra azzardato affermare che, sebbene il progresso delle tecnologie abbia reso più facilmente reperibili i testi delle sentenze, i metodi di avvalersene non risultano significativamente mutati proprio in quanto le resistenze all'affermazione di teorie sul valore dei precedenti continuano a consentire una strumentalizzazione irrazionale della fonte giurisprudenziale. Non sono rari, infatti, nella pratica citazioni sostanzialmente non pertinenti, inconferenti se non del tutto contraddittorie, tanto da aver recentemente indotto la Seconda Sezione del

---

<sup>445</sup> GORLA, *Offerta «ad incertam personam»*, cit., p. 436.

<sup>446</sup> Cfr. GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze*, (1964) cit., p. 75.



Tribunale di Padova a considerare tale condotta processuale come fattispecie sanzionabile a norma dell'art. 96, 3° comma, c.p.c.<sup>447</sup>.

Tale sentenza costituisce un pronunciamento interessante in tema di responsabilità processuale per errata allegazione delle fonti giurisprudenziali, in quanto si inserisce nel novero dei provvedimenti che per primi fanno applicazione dell'art. 96, 3° comma, c.p.c. e poiché per primo apre alla possibilità di ricondurre a questa peculiare fattispecie sanzionatoria di tipo risarcitorio le ipotesi non tanto e non solo di dolo processuale, ma anche quelle di “ignoranza non scusabile” di una delle parti del processo civile, consistenti in un impiego volutamente o colposamente distorto degli indirizzi giurisprudenziali.

Più correttamente, il Tribunale padovano, ritenuta nel caso di specie l'esistenza di un'ipotesi di ignoranza inescusabile o addirittura di un vero e proprio dolo processuale<sup>448</sup>, ha creduto conforme a diritto l'applicazione della norma di cui all'art. 96 c.p.c. al caso in cui si dimostri che una parte ha avanzato le proprie domande o sollevate le proprie eccezioni (*rectius*: ha agito o resistito in giudizio, per dirla con l'art. 24 Cost.) avendovi posto a fondamento disposizioni di legge o principi di diritto travisati rispetto a quelli “reali”, indipendentemente dal fatto che tale *mala interpretatio* sia frutto di errore o di dolo.

Pare opportuno evidenziare che si tratta «solo» di una sentenza di un tribunale di merito, peraltro molto criticata dalla dottrina, e che, in conseguenza, il suo valore di precedente non merita di essere sovrastimato. Tuttavia, è agevole ritenere che si tratti quantomeno di un sintomo di un uso disinvolto e sconsiderato dei precedenti giurisprudenziali certamente aggravato dalla mancanza di un supporto sistematico

---

<sup>447</sup> Cfr. Trib. di Padova, II Sez., sent. del 10 marzo 2015.

<sup>448</sup> L'art. 96 c.p.c. nella formulazione post riforma avvenuta con la Legge 18 giugno 2009 n. 69, dispone che: «Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza.

Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore precedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente

In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata».

della dottrina e dalla sregolata moltiplicazione delle fonti per il reperimento dei materiali giurisprudenziali che non consente di orientarsi nella selva di sentenze.

Gorla denunciava la problematicità di tale disorientamento già cinquanta anni fa nelle pagine del Foro italiano<sup>449</sup>. Purtroppo, ancora oggi, la difficoltà di un'accurata ricerca dei precedenti è spesso sottovalutata, non soltanto a causa del modo di redazione delle massime e degli indici dei repertori, ma anche in virtù della stessa difficoltà di interpretazione del testo integrale di una sentenza per sapere che cosa essa dica o decida. Il caso Falconi v. A.c.r.i. non rappresenta che un esempio di una problematica significativa ed ancora oggi molto sentita che dipende anche dal modo con cui sono scritte e rese conoscibili le sentenze. I giudici italiani, infatti, sono abituati a dare nella sentenza un'importanza secondaria alla messa a fuoco dei fatti rilevanti. Talvolta essi sono menzionati più o meno direttamente nella motivazione «in diritto» della sentenza e non in quella «in fatto». Inoltre, una certa dottrina ha rilevato come già da tempo prevale nelle sentenze della Corte di cassazione, e anche in quelle delle corti inferiori, una certa tendenza a sostituire alla narrazione del «fatto» (quale accertato dal giudice) la narrazione dello svolgimento del processo, ove si trova, spesso in modo troppo conciso o saltuario, la menzione del fatto. Sicché, chi voglia avere le necessarie informazioni sui fatti, deve rivolgersi alla sentenza del giudice inferiore o agli scritti difensivi (se disponibili)<sup>450</sup>.

Diversamente, come è noto, il modo di giudicare del giudice di *common law* è quello di chi cerca di stare nel concreto del fatto della causa e di riferire a questo fatto la regola o la *ratio decidendi*. Secondo questa impostazione induttiva, il giudice cerca di fare riferimento al fatto in modo chiaro e possibilmente completo, in tutti i suoi elementi rilevanti.

A ben vedere, come si vedrà più approfonditamente nel Capitolo II, la tradizionale formazione universitaria dei giuristi continentali ha comportato la radicale abiura verso un'impostazione induttiva del ragionamento giudiziario che consentisse una maggiore valorizzazione degli elementi di fatto rilevanti per fondare la costruzione della *ratio decidendi*. In conseguenza si comprende come l'elaborazione

---

<sup>449</sup> Cfr. GORLA, *Offerta «ad incertam personam»* (1965) cit., p. 436.

<sup>450</sup> Cfr. GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze*, (1964) cit., p. 75.

dei principî di diritto nelle sentenze dei giudici continentali tenda ad essere più assertiva ed astratta, in un certo senso, più normativa, rispetto a contesti di *common law*<sup>451</sup>. Questo apparente paradosso ha avuto come effetto collaterale che le esigenze di tutela della separazione dei poteri e della preminenza della funzione normativa del legislatore abbiano imposto di relegare il valore delle proposizioni astratte dei giudici nel limbo delle autorità «persuasive»<sup>452</sup>.

Questo formale stato di cose faceva apparire l'assetto istituzionale più coerente con le esigenze dello Stato moderno. Tuttavia, la pratica giudiziaria non si è mai realmente conformata a questo artificioso assetto dei poteri, mentre i diversi sistemi per veicolare tra i consociati le informazioni giuridiche contenute nella giurisprudenza hanno costantemente dovuto fare i conti, da un lato, con la crescente domanda proveniente dagli operatori del diritto e, dall'altro, con l'assenza di politiche pubbliche volte alla diffusione di tali documenti correlata alla inesistenza di forme di responsabilità per ignoranza della giurisprudenza.

Si spiega, pertanto almeno in parte, la differenza fra i *reports* della tradizione anglosassone e le nostre raccolte di giurisprudenza come fonti di informazioni giuridicamente rilevanti. Al riguardo, si può osservare che i *reports* dei paesi di *common law* menzionano, quasi sempre, con una certa accuratezza, il fatto della causa, sia pure talvolta in modo conciso, ma adeguato all'intendimento della *ratio decidendi* o del problema giuridico concreto e della sua soluzione<sup>453</sup>.

In Italia, invece, le raccolte di giurisprudenza spesso non riferiscono il fatto, in luogo del quale si trova un *omissis*, e riferiscono soltanto la motivazione «in diritto» della sentenza.

Talvolta il fatto si può ricostruire o ricavare indirettamente da tale motivazione «in diritto»; talvolta addirittura in questa motivazione si tratta, più o meno esaurientemente del fatto; talvolta, ancora, qualche lume sul fatto è offerto da un annotatore che commenta la sentenza. Ma altre volte, e spesso, il lettore della raccolta

---

<sup>451</sup> Cfr. LASSER (2009), cit.

<sup>452</sup> Roberto Bin, *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, (Padova: CEDAM, 1995).

<sup>453</sup> Prescindiamo qui dalle generazioni di reports più antiche e dagli *Year Books*, i quali, come è noto, presentavano vari difetti o lacune ed erano spesso tutt'altro che sufficienti ad un'adeguata conoscenza dei fatti di causa. Cfr. GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze* (1964) cit. p. 76.

non è in condizione di conoscere il fatto della causa o è costretto a fare ipotesi più o meno vaghe. Il lettore che, per capire o valutare la portata effettiva della motivazione «in diritto», vuol conoscere quel fatto, è costretto a procurarsi una copia integrale della sentenza.

In tal modo la motivazione «in diritto» riferita nella raccolta viene presentata non come soluzione del caso concreto, ma quasi come motivazione o spiegazione di una massima astratta, che nella stessa raccolta viene preposta a tale motivazione. Quella che era una decisione giudiziale in senso proprio viene, tendenzialmente, trasformata in un saggio dottrinale, alimentando la tendenza della dottrina ad assumere una posizione preminente rispetto alla giurisprudenza, tanto da assorbirla<sup>454</sup>.

Questa tendenza ad astrarre o ad isolare la sentenza dal fatto si acuisce nei nostri cosiddetti massimari e repertori, ove non si trova neppure la motivazione in diritto; ove anzi non si trova nulla dell'originale sentenza, ma soltanto una massima che è opera della redazione della raccolta, se non dell'Ufficio del Massimario presso la Corte di cassazione. Questa «massima» vuol essere, in sintesi, la regola giuridica che si astrae dalla sentenza, e che talvolta, e non raramente, non si riferisce al caso concreto, ma rappresenta sostanzialmente un *obiter dictum*. Si può dire che le nostre raccolte e i nostri repertori-massimari ci presentano una sentenza come più astratta di quanto non sia in realtà, in tal modo contribuendo circolarmente ad esasperare la nostra naturale (o tradizionale) tendenza all'astrazione. Da questo punto di vista, tali fonti sono in parte responsabili delle difficoltà degli studi comparativi fra il nostro diritto e la *common law*<sup>455</sup>.

---

<sup>454</sup> Cfr. sul punto le tesi di Gino GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze* (1964) cit., p. 75.

<sup>455</sup> Cfr. in proposito l'articolo di Ehrenzweig, *Per un diritto comparato delle assicurazioni*, in *Assicurazioni*, 1960, pp. 117-118, ove l'Autore riferendosi alla dottrina europea in genere, osserva: «non viene mai compiuto alcuno sforzo per individuare le possibili ragioni di fatto che anno spinto il giudice ad accogliere o a respingere un'astratta formulazione dottrina. Non essendo riferiti in questi testi i fatti di causa, gli studiosi e i giudici non sono in grado di valutare l'esattezza di tali formulazioni o di assecondare la prassi giurisprudenziale nei tentativi di modificare o di perfezionare pericolose o dubbie generalizzazioni. La tecnica americana (almeno là dove non è influenzata dal sistema dei «digesti» e di «numeri chiave») di enunciare i principi della decisione in stretto rapporto con i fatti di causa, è non solo infinitamente superiore in forza creativa, ma essa sola renderebbe possibile un'autentica comparazione... Deplorevole conseguenza di questa infelice concezione del potere giudiziario come creatore di un corpo di regole astratte, piuttosto che come fonte viva di un diritto sempre in evoluzione, è che i concetti elaborati dalla dottrina sono considerati fonte piuttosto che risultato di norme vive».

Così stando le cose, è chiaro che i *reports* e le nostre raccolte di giurisprudenza non sono due fonti di informazione omogenee, o tali che offrano dati comparabili. Anzi, si tratta di due mezzi di conoscenza che hanno origini e natura diverse.

In certo senso, i due tipi di informazione o documentazione sulla decisione giudiziale sembrano essere il riflesso di un diverso modo di concepire la regolamentazione giuridica del caso concreto. L'uno concepisce tale regolamentazione come nata dalla lite, cioè, nel caso concreto, per essere poi estesa ad altri casi concreti in base alla loro identità o somiglianza con il precedente concreto; l'altro concepisce tale regolamentazione come deduzione da una preesistente regola astratta o generale. Secondo la prima concezione, la concretezza di ciascuna decisione in certo senso si esterna e si comunica ad altre decisioni. Nella seconda concezione, la concretezza di ciascuna decisione (concretezza la quale può mancare) sembra restare chiusa nella decisione stessa. Risulta del tutto evidente che il riferimento al fatto della causa da parte della fonte di informazione è assai più importante per la prima che per la seconda concezione.

Per quanto riguarda le ragioni della diversità fra i *reports* e le nostre raccolte di giurisprudenza, Gorla<sup>456</sup> ha rilevato che vi sono innanzitutto ragioni storiche. Un'accurata indagine condotta da questo autore ha messo in evidenza l'influenza sul metodo e sulla struttura dei *reports* esercitata da certi fatti storici quali la formazione del sistema giudiziario e l'accentramento della giustizia nelle Corti reali a Londra. Tale influenza si è manifestata sotto quattro profili, ovvero: a) nei modi con cui si educavano i giudici e gli avvocati<sup>457</sup>, b) in alcune caratteristiche procedurali come, in particolare, il *pleading*, i mezzi istruttori e la presenza del *jury*, c) nell'oralità delle *opinions*<sup>458</sup> dei vari giudici, e, in particolare, d) nel fatto che il *report* era una specie di

---

<sup>456</sup> Cfr. GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze*, cit., p. 78.

<sup>457</sup> Cfr. per qualche cenno su questi punti, Gino GORLA, *Studio storico comparativo della «common law» e scienza del diritto (le forme di azione)*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1962, pp. 25, 32, 37-41 e 51. Poiché giudici e avvocati si formavano negli Inns of Court e non come nei sistemi dell'Europa continentale nelle università, e poiché quasi tutta l'attività giuridica si svolgeva nelle corti, i *reports* erano il mezzo per formare i giovani giuristi. La concentrazione nei paesi di diritto continentale della scienza del diritto nelle università, con i relativi metodi di insegnamento e i relativi testi o trattati dottrinali, è una delle ragioni che può spiegare come da noi le raccolte di giurisprudenza si siano formate più tardi o siano state poco curate.

<sup>458</sup> Com'è noto, l'*opinion* reca il giudizio («in diritto» e anche «in fatto»), se ne è il caso) del giudice. Essa si chiama anche *judgment* nella terminologia in uso nel diritto inglese.

verbale di una discussione orale svoltasi in udienza fra i giudici e gli avvocati sul caso in esame.

Dall'altro lato, Gorla afferma che una certa influenza è stata esercitata sulle nostre raccolte di giurisprudenza in relazione a un diverso sviluppo storico. Tale influenza, in questo caso, ha interessato : a) la costruzione del nostro sistema giudiziario e del nostro foro, b) i modi con cui si formano i giudici e gli avvocati italiani, e c) la procedura, i mezzi istruttori e i modi di rendere le sentenze.

Ad ogni modo quel che accomuna la due tradizioni di pubblicazione della fonte giurisprudenziale è la costante esigenza di organizzare in modo intellegibile la crescente massa di pronunce. Sotto questo profilo, l'esperienza statunitense costituisce un interessante esempio.

Infatti, come è stato accennato, data l'importanza di rendere il diritto giurisprudenziale il più facilmente conoscibile in un sistema come quello nordamericano, si è valutata l'opportunità di evitare la pubblicazione di determinate decisioni. Una risalente riforma interna adottata dalle corti di circuito ha, infatti, previsto la creazione di un articolato sistema di limitazione della pubblicazione delle sentenze<sup>459</sup>.

All'inizio del 1973, il Comitato sull'Uso delle Risorse d'Appello - un sottogruppo del Consiglio Consultivo sulla Giustizia d'Appello della Conferenza Giudiziaria - raccomandò di non pubblicare alcune decisioni ritenute non significative, insieme ad una esplicita limitazione della loro citazione e ad un implicito diniego del loro valore di precedenti<sup>460</sup>. Il Comitato aveva già percepito l'emergere di un grave problema in conseguenza della mole di lavoro delle corti ed, in particolare, del tempo necessario ai giudici e agli avvocati per gestire il crescente numero di casi. Ciò che venne pensato per affrontare questo problema fu un sistema attraverso il quale il giudice d'appello ha la facoltà di distinguere le proprie decisioni tra l'esercizio di

---

<sup>459</sup> Si veda, in generale, William R. Richman, *An Evaluation of Limited Publication in the United States Courts of Appeals: The Price of Reform*, 48 U. CHI. L. REV. 573 (1981); Daniel N. Hoffman, *Nonpublication of Federal Appellate Court Opinions*, 6 JUST. SYS. J. 405 (1981).

<sup>460</sup> Comm. on Use of Appellate Court Energies, Advisory Council on Appellate Justice, *Standards for Publication of Judicial Opinions* 20 (1973). Il Consiglio Consultivo sulla Giustizia di Appello (i.e. The Advisory Council on Appellate Justice) venne creato nel 1971 come un organismo non governativo che doveva rappresentare "un punto d'incontro tra il Centro di Giustizia Federale il Centro Nazionale per le Corti Statali".

una mera funzione di correzione degli errori commessi dai giudici inferiori e l'esplicitazione di principî di diritto innovativi<sup>461</sup>.

Le pronunce destinate meramente a correggere gli errori commessi dalle giurisdizioni inferiori e che, semplicemente, applicavano il diritto vigente in coerenza con la giurisprudenza consolidata sarebbero state rilasciate come decisioni “*unpublished*”, mentre le sentenze che espandevano, contraevano o, comunque, incidevano sul diritto vigente, in qualche modo alterandolo, sarebbero state oggetto di regolare pubblicazione.

Un simile espediente, per quanto apparentemente banale, ha contribuito in effetti, da un lato, a rafforzare gli orientamenti già consolidati e, dall'altro, a ridurre la mole di casistica che i giudici sono chiamati a vagliare. Infatti con riferimento al primo aspetto, escludere la pubblicazione per alcune sentenze consente di evitare che casi giuridicamente insignificanti vengano male-interpretati in modo da alterare, seppur lievemente, i principî emergenti da determinati orientamenti consolidati, finendo per minarne le fondamenta. Con riferimento al secondo aspetto, invece, l'esclusione della pubblicazione consente di filtrare il flusso di pronunce che ogni giorno esce dai “mulini” della giustizia<sup>462</sup>.

Vero è che, nel sistema nord-americano, la scelta tra la pubblicazione e la non-pubblicazione viene rimessa integralmente alla discrezionalità del giudice, caricando questi di un'ulteriore responsabilità. Una simile opzione in Italia sarebbe certamente oggetto di aspre critiche. Tuttavia, è altrettanto vero che l'autorità giudicante è quella che meglio conosce il rapporto tra la *ratio decidendi* ed i precedenti, e sicuramente meglio delle redazioni delle raccolte e dell'Ufficio del Massimario.

---

<sup>461</sup>Cfr. Martha J. Dragich, *Once a Century: Time for a Structural Overhaul of the Federal Courts*. Wisconsin Law Review, (1996),11, at 15, 22–23 (La funzione duale delle corti d'appello ha indebolito la struttura giudiziaria federale perché le corti hanno bisogno del tempo necessario per risolvere le controversie e stabilire precedenti giurisprudenziali, determinando una “riduzione dell'attenzione dedicata a ciascun caso”). In aggiunta, la professoressa Dragich nota che “le corti non sono in grado di assolvere bene nessuna delle due funzioni”, e ciò comporta la impellente necessità di differenziare la funzione correttiva degli errori da quella di elaborazione del diritto.

<sup>462</sup> CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, cit.

*iv. Il rapporto tra gli aspetti formali dei precedenti e gli strumenti per la loro conoscibilità*

Come è emerso nella sezione precedente, sembra che le diversità di struttura e di forma della decisione giudiziale incidano sulle caratteristiche dei relativi mezzi di pubblicazione. Infatti, già in più occasioni è stato rilevato come lo *stylus* della sentenza che trae i propri connotati dal metodo adottato nel processo decisionale tenda a rendere più o meno difficile l'estrapolazione del significato dei precedenti.

MacCormick e Summers hanno proposto di distinguere le tipologie di sentenze in due gruppi principali, ovverosia: a) le pronunce relativamente formali e b) le pronunce relativamente sostanziali<sup>463</sup>. Le prime sarebbero caratterizzate da 1) il mascheramento dell'attività interpretativa, 2) l'idea che vi sia una sola soluzione possibile, 3) un elevato uso di linguaggio tecnico-burocratico o comunque legalistico, 4) motivazioni brevi e concise, 5) l'adozione di un ragionamento logico-deduttivo basato sulla sussunzione sillogistica, 6) frequente uso di argomenti formali, 7) un preteso contenimento o, addirittura, negazione del ruolo creativo o valutativo – discrezionale del giudice e 8) un procedimento decisionale essenzialmente visto come un accertamento cognitivo dei fatti al quale segue una meccanica applicazione del diritto e che si configura, quindi, come magistrale e autoritativo<sup>464</sup>.

Diversamente, le pronunce c.d. relativamente sostanziali si connoterebbero per 1) un aperto riconoscimento della presenza di letture alternative della legge, 2) l'idea che vi possa essere più di una soluzione praticabile, 3) un ridotto uso di linguaggio tecnico-legalistico, 4) motivazioni lunghe ed articolate, 5) l'adozione di un ragionamento di tipo induttivo ed argomentativo, 6) minimo ricorso ad argomenti di tipo formale, 7) ammissione di un qualche ruolo creativo e discrezionale e 8) un procedimento decisionale essenzialmente argomentativo e dialogico.

La sentenza italiana è costituita, tendenzialmente, da un testo scritto ed unitario, sia come atto (dichiarazione di scienza e di volontà) che come documento. Tale atto contiene, in un tutto unitario, la motivazione «in fatto e in diritto» e il

---

<sup>463</sup> HULS-ADAMS-BOHMOFF, *op. cit.*, p. 111; MACCORMICK-SUMMERS (a cura di), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Dartmouth: Aldershot, 1997.

<sup>464</sup> MACCORMICK-SUMMERS (a cura di), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Dartmouth: Aldershot, 1991.



dispositivo (i.e. condanna, assoluzione o simili). Quando i giudici sono più di uno, la motivazione costituisce un atto del collegio preso impersonalmente come corpo giudicante e, pertanto, non risultano dalla sentenza eventuali dissensi<sup>465</sup> od opinioni concorrenti.

La decisione giudiziale di *common law*, più che un atto unitario è in un certo senso un procedimento, o una serie di atti quali il *pleading*, le *instructions al jury* (se presente), il verdetto, le *opinions* dei giudici, ed il dispositivo che è un atto separato. In particolare, le *opinions* dei giudici sono personali<sup>466</sup> e va evidenziato che, in passato, erano sempre orali e lo sono ancora oggi molto spesso in Inghilterra.

Il *report* rispecchia questa particolare forma o struttura della decisione giudiziale di *common law*, sia quanto al «fatto» sia quanto alle *opinions* dei giudici. Si noti soprattutto che questo strumento per la pubblicazione dei precedenti, nel caso in cui le *opinions* siano orali, ha una funzione essenziale alla vita della *common law*. In effetti, senza il *report* non resterebbe quasi memoria della decisione giudiziale e così del precedente. Diversamente, la nostra sentenza, come è stato rilevato, è un atto scritto, un documento ufficiale originale, conservato *ad memoriam* nelle cancellerie o negli archivi. La funzione delle raccolte italiane, come documentazione, è quindi secondaria rispetto alla conoscibilità della decisione. In questo senso i mezzi di pubblicazione dei precedenti italiani possono anche permettersi di inserire *omissis* quanto al fatto o ad altri punti della sentenza, dal momento che nelle cancellerie o negli archivi è sempre possibile reperire l'originale completo.

Il *report*, nel caso in cui il processo e la sentenza siano orali, è un'attività originale. Di questa loro caratterizzazione essi conservano l'impronta anche oggi che l'*opinion* è redatta dal giudice. Le nostre raccolte, invece, non sono un verbale o un *report* e non ne hanno la forma e il contenuto; esse sono semplicemente delle riproduzioni ed, eventualmente, delle rielaborazioni della sentenza originale.

Gorla ha, inoltre, sostenuto che il consolidamento della dottrina di *stare decisis* nei sistemi anglosassoni contribuisce ulteriormente a spiegare la differenza fra i *reports* e le nostre raccolte giurisprudenziali laddove i primi mostrano maggiore

---

<sup>465</sup> Si vedano al riguardo gli artt. 132 e 276 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c.

<sup>466</sup> Anche nel caso, non infrequente, in cui l'opinione sia espressa da uno dei giudici per sé e per i suoi colleghi, l'opinione, almeno in teoria, rappresenta sempre un'opinione che ciascun giudice fa propria, e quindi una sua opinione personale (o di cui assume la responsabilità) e non del corpo giudicante.

accuratezza quanto ai fatti della causa e allo svolgimento del processo, mentre le seconde pongono enfasi sulle massime astratte.

Infatti, la dottrina di *stare decisis* impone la conoscenza del fatto di causa al fine di tipizzarlo nei suoi elementi rilevanti come base della *rule* o della *ratio decidendi*. Le nostre raccolte di giurisprudenza rendono, invece, difficile distinguere l'*obiter dictum* dalla *ratio decidendi* proprio a causa degli *omissis* sul fatto. Di conseguenza l'osservanza del precedente si atteggia nell'ordinamento italiano come un'osservanza di massime che possono costituire indifferentemente *rationes decidendi* così come *obiter dicta*.

Il nostro rispetto dei precedenti tende dunque a costituire più un processo logico simile a quello dell'applicazione della legge scritta (astratta e generale): il caso concreto viene inquadrato in un «precedente» astratto, cioè nella massima, invece che argomentare o decidere per identità o somiglianza con il caso oggetto del precedente concreto.

Infine, va anche rilevato che la pubblicità delle *dissenting opinions* dei giudici implica che i *reports* abbiano una struttura diversa da quella delle nostre raccolte e che riferiscano quali fatti sono stati ritenuti rilevanti; se così non fosse, la pubblicazione delle opinioni separate dei giudici sarebbe difficilmente comprensibile dal momento che, non di rado, concerne la rilevanza o meno di certi fatti della causa.

v. *Il dialogo interno tra le corti come "fucina" del precedente*

L'esigenza di individuare agilmente e con certezza i precedenti giurisprudenziali rilevanti pone anche un problema di consapevolezza della differenziazione dei ruoli giudiziari tra Corte di cassazione e giudici del merito, oltreché un problema di dialogo tra queste due dimensioni di giudizio. Pare, infatti, evidente che, sebbene tutti i giudici siano titolari di una irrinunciabile funzione interpretativa, soltanto chi è investito del compito costituzionale di assicurare l'uniforme interpretazione del diritto è legittimato a generare precedenti in grado di imporsi sul piano nazionale, prescindendo dai confini dei distretti giudiziari. Al contempo, è dal giudice del merito che emerge il dubbio o la proposta interpretativa innovativa destinati a raggiungere il vaglio del giudice della legittimità. In questo senso si comprende come il precedente abbia sia una dimensione ascendente che una

dimensione discendente. Nella prima dimensione, il precedente ha un valore sostanzialmente argomentativo o, se si vuole, persuasivo nella misura in cui è una determinata opzione ermeneutica che viene presa in considerazione e non tanto l'autorità da cui proviene. Si potrebbe dire, a questo riguardo, che la fonte giurisprudenziale si affermi attraverso una legittimazione di tipo argomentativo. Nella dimensione discendente, invece, prevale il profilo autoritativo del precedente in relazione alla legittimazione funzionale dell'organo da cui proviene. Si deve tenere presente che queste due dimensioni si intersecano costantemente dato che può certamente darsi che nella dimensione discendente il precedente autoritativo receda rispetto ad una nuova decisione argomentativamente legittimata, così come può accadere che nella dimensione ascendente un precedente venga stroncato da una decisione nomofilattica della giurisdizione di vertice. In questo modo si delinea un dialogo fra diversi attori che ha ad oggetto la definizione del diritto vivente attraverso un procedimento che non può, evidentemente, essere accostato all'attività legislativa.

A questo riguardo giova offrire l'esempio dell'applicazione dell'art. 1612 del Codice Civile italiano in relazione alla facoltà di inserire in un contratto di locazione la clausola del recesso in favore del locatore. Infatti, il Codice lo consente esplicitamente mentre la legge sulle locazioni no. Alcuni giudici hanno interpretato questo contrasto come implicita abrogazione della previsione codicistica, altri hanno ritenuto si trattasse di una legge speciale che, al massimo, può circoscrivere l'applicazione della previsione codicistica ma non la abroga. In ogni caso ed indipendentemente dall'eventuale intervento chiarificatore delle Sezioni Unite della Cassazione, va rilevato che se in relazione alle stesse circostanze di fatto, il giudice di Modena, per quanto consapevole che la Corte d'Appello di Bologna ha sistematicamente accolto l'interpretazione che risolve il conflitto con l'abrogazione implicita, decidesse di accogliere la validità di una clausola contrattuale che preveda la facoltà di recesso del locatore sulla base di una ampia interpretazione del principio generale della libertà dei contraenti, certamente incentiverebbe la parte soccombente ad impugnare la decisione con una legittima e ragionevole aspettativa che il giudizio sarà ribaltato. Inoltre, indipendentemente dalle aspettative di impugnazione, va detto anche che laddove il giudice di Trento non percepisse il dovere di tenere conto degli orientamenti più diffusi in Italia espressi per esempio da una costante giurisprudenza

della Corte d'Appello di Bari, e decidesse, in conseguenza, in maniera del tutto difforme, certamente lederebbe il principio di eguaglianza davanti alla legge se non anche il legittimo affidamento nella sicurezza giuridica, violando il proprio dovere di applicazione dei precetti costituzionali<sup>467</sup>, e questo è vero indipendentemente da quello che possa essere l'orientamento della Corte d'Appello del rispettivo distretto giudiziario.

A ben vedere, la soggezione del giudice - e quindi anche della Corte di Cassazione - soltanto alla legge<sup>468</sup> impedisce che, nell'interpretazione del diritto sostanziale o del diritto processuale applicabile dai giudici di merito, la Corte possa essere influenzata (se non in minima parte) da esigenze che attengono alla propria organizzazione. In altre parole, è da escludersi, con riferimento ai giudici del merito, che una interpretazione possa essere preferita solo perché idonea a favorire in qualche modo l'esercizio della funzione nomofilattica; se così fosse, infatti, si verrebbe a creare un nuovo canone interpretativo del tutto sconosciuto alle disposizioni sulla legge in generale, e la funzione di nomofilachia da fine diverrebbe criterio ermeneutico.

Le cose cambiano notevolmente, però, quando dal diritto sostanziale e dal diritto processuale applicabile dai giudici di merito, si passa a considerare il complesso di norme che disciplinano immediatamente il giudizio di cassazione. Per un verso, infatti, come tutte le norme applicabili solo dalle Corti supreme, la loro applicazione è sottratta a qualsiasi specie di controllo. Per altro verso, si tratta di norme che, per definizione sono strettamente funzionali allo scopo di consentire alla Corte di assolvere i suoi compiti istituzionali, e, come tali, non possono non essere legittimamente influenzate, a livello di interpretazione sistematica, dall'art. 65 dell'ordinamento giudiziario ovvero dall'esigenza di consentire alla Corte di attendere alla propria funzione di nomofilachia.

Se questi rilievi sono corretti, da essi può essere desunta la seguente grossa conseguenza: nella interpretazione delle norme sul giudizio di cassazione la Corte

---

<sup>467</sup> V. SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *op. cit.*, p. 179.

<sup>468</sup> Legge di cui, si sottolinea, fa parte anche l'art. 65 dell'ordinamento giudiziario.

deve tentare di scegliere quelle interpretazioni che meglio le consentono di assolvere i propri compiti istituzionali<sup>469</sup> nel generale perseguimento della certezza giuridica.

Se su questa prospettiva si formasse un certo consenso, ne deriverebbero, di conseguenza, le soluzioni in punto di professionalità richiesta ai giudici della Cassazione, di rapporto di questa professionalità con quella richiesta ai giudici del merito, di *habitus* mentale necessario per affrontare all'interno della stessa Corte la tensione tra la libertà dei singoli consiglieri (anch'essi destinatari della garanzia dell'art. 101, 2° comma, Cost.) ed il dovere funzionale che su loro incombe di cooperare alla funzione nomofilattica attribuita all'organo che impersonano<sup>470</sup>. Una tensione che si risolve sostanzialmente nel bilanciamento tra le ragioni di giustizia e di equità, il principio di legalità e l'esigenza di assicurare la certezza e la stabilità giuridica<sup>471</sup>.

In *The Growth of the Law*, Cardozo racconta che quando assunse l'incarico come giudice, non poté non riscontrare il potenziale innovativo che connotava il giudizio di una corte suprema e la sua risposta, con molta gratitudine verso Roscoe Pound e John Dewey, fu l'elaborazione di una concezione del processo giudiziario nella quale la stabilità giuridica e la certezza diventavano valori espliciti meramente in concorrenza, e non sempre prevalenti, rispetto ai valori etici e morali della società, e nella quale i pericoli del capriccio individuale venivano minimizzati dalla necessità di offrire ragioni che fossero aperte al pubblico scrutinio<sup>472</sup>. Come è stato autorevolmente messo in evidenza da Lasser, peraltro, l'apertura del dialogo giudiziario verso la generalità dei consociati si riscontra attraverso modalità differenti sia nei sistemi ispirati al modello statunitense, sia in quelli ispirati al modello francese<sup>473</sup>. Nei primi tale condivisione avviene attraverso lo stile trasparente delle decisioni, mentre nei secondi si riscontra per tramite del contributo incessante della dottrina.

---

<sup>469</sup> Si veda, in questo senso, PIZZORUSSO-PROTO PISANI, *Per la Cassazione: Note introduttive*, in *Foro it.*, 1987, V, pp. 208-211.

<sup>470</sup> SENESE, *Funzioni di legittimità e ruolo di nomofilachia*, in *Foro Italiano*, (1987), V, 256-264

<sup>471</sup> Cfr. ALEXYS, *On Balancing and Subsumption, a Structural Comparison*, 16 *Ratio Juris*, 2003, p. 433.

<sup>472</sup> PATTERSON, in HALL (a cura di), *Selected Writings of Benjamin Nathan CARDOZO*, New York: Fallon Law Book Co., 1947, p. vii. Si trova oggi un'impostazione sostanzialmente conforme in LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una questione italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3833.

<sup>473</sup> Cfr. HULS-ADAMS-BOHMOFF, *op. cit.*, p. 3.; LASSER, *op. cit.*

In ogni caso, questo dialogo non risulta libero ma tende a risentire di una serie di fattori che incidono sull'uso dei precedenti in relazione alle finalità imposte dalle caratteristiche funzionali e dalla collocazione dei vari organi giurisdizionali.

D'altra parte, Duxbury osserva che l'osservanza dei precedenti non può essere definita astrattamente come una pratica positiva o negativa dal momento che essa può, all'occorrenza, sia svincolare che condizionare il giudice<sup>474</sup>. La consapevolezza che l'azione che si sta per intraprendere è già stata compiuta in passato può avere l'effetto di incoraggiare o di inibire. In alcuni casi il ricorso al precedente può essere una manifestazione di forza nella misura in cui supporta un determinato argomento verso il quale vengono opposte delle resistenze. In altri casi, l'utilizzo dei precedenti può anche rivelare una posizione di debolezza<sup>475</sup>.

Dietro alla definizione di un nuovo precedente può esserci, in effetti, l'intenzione di offrire una nuova impostazione ai decisori del futuro. Ciò si verifica soprattutto, come si è visto, quando si riscontrano delle lacune dell'ordinamento positivo che i giudici provvedono a colmare con il tacito consenso del legislatore. Tuttavia, è dato riscontrare che tendenzialmente l'osservanza dei precedenti serve più la causa della stabilità che quella della innovazione<sup>476</sup>.

D'altra parte, come ha osservato Garber, la presenza di una moltitudine di precedenti contraddittori lascia al giudice lo stesso margine di discrezionalità dell'assenza di qualsiasi riferimento giurisprudenziale<sup>477</sup>. Stefanie Lindquist e Frank Cross hanno svolto uno studio interessante sui margini di discrezionalità giudiziaria a partire dagli assunti di Dworkin sulla forza condizionante dei precedenti. Gli Autori hanno rilevato che, sebbene la rappresentazione grafica della tendenza a giudicare in maniera discrezionale nei sistemi di *common law* potesse ipotizzarsi come una

---

<sup>474</sup> DUXBURY, *op. cit.*, p. 4.

<sup>475</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>476</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>477</sup> V. GARBER, *Of Men and Not of Law*, cit.; LINDQUIST-CROSS, *Empirically Testing Dworkin's Chain Novel: Studying the Path of Precedent*, 80 New York University L. Rev., 2005, 1156- 1206, p. 1204: «In the initial period, attitudes clearly impact judicial decision-making because judges must create legal doctrine almost from whole cloth... Following the development of some clear precedents, however, the influence of attitudes may be moderated as judges feel bound by those clear and controlling decisions. As more time passes and more precedents are decided, however, the proliferation of available prior decisions in turn expands judges' discretion to decide cases in accordance with their attitudes simply because they have more precedents from which to choose. The influence of precedent could thus be conceptualized as quadratic or curvilinear over time».

parabola discendente, in realtà l'andamento, per certi versi non dissimile nei sistemi di civil law, può essere meglio raffigurato da una curva gaussiana in relazione ai periodici mutamenti istituzionali che hanno interrotto o modificato drasticamente la catena di legittimazione delle fonti giuridiche come, per esempio, le codificazioni, la costituzione di ordinamenti sovranazionali, l'introduzione di costituzioni<sup>478</sup>.

In altri termini, il valore del precedente tende a mutare in relazione al rapporto tra l'assetto delle fonti giuridiche e le caratteristiche funzionali delle corti. Più le fonti tendono ad essere tipiche e sistematizzate e l'ordinamento giudiziario tende ad essere chiuso e gerarchizzato, minore sarà l'autorità dei precedenti. Viceversa, più il sistema delle fonti tende ad essere frammentato e diversificato e le corti tendono a condividere l'onere interpretativo dell'inerzia legislativa, maggiore risulterà l'autorità dei precedenti. Troverebbe, quindi, ulteriore parziale conferma la tesi di Lombardi Vallauri sull'andamento oscillatorio del diritto giurisprudenziale.

Il significativo sviluppo del dialogo giudiziario interno in epoca contemporanea, così come l'importanza che sta acquisendo la dialettica tra giurisdizioni appartenenti ad ordinamenti diversi, costituirebbe dunque un sintomo di una generale valorizzazione della fonte giurisprudenziale.

### **3. La giurisprudenza come "fonte" consuetudinaria**

#### *i. La consuetudinarietà in un contesto procedimentalizzato*

Quando la ragionevole universalizzabilità della *ratio* di un precedente si combina con una prassi ripetuta e costante nel tempo, emerge il secondo fattore principale che caratterizza la fonte giurisprudenziale: la consuetudinarietà.

È noto che i teorici delle fonti tendono a descrivere con diffidenza o, quanto meno, con scetticismo la norma consuetudinaria in quanto uno dei suoi elementi costitutivi (i.e. la prassi) non rappresenta un parametro sufficientemente razionale e certo da costituire un dato oggettivo. La ripetizione di un dato comportamento nel tempo può, in effetti, essere dovuta ad una molteplicità di fattori che tendono a costituire più appropriatamente l'oggetto di studi sociologici piuttosto che giuridici.

---

<sup>478</sup> *Ibid.*, p. 1206.

Per questa ragione si comprende come le due principali macro-correnti filosofico-giuridiche, ovvero il positivismo e il giusnaturalismo, abbiano inquadrato la fonte consuetudinaria in chiave del tutto residuale rispetto alle altre fonti normative. Arthur J. Jacobson<sup>479</sup> ha fatto notare, sul punto, che in un sistema positivista il diritto viene generato attraverso due fasi: nella prima, il legislatore definisce la procedura per fare diritto, mentre, nella seconda, la procedura «contrassegna» - ovvero identifica - il diritto, come, per esempio, l'attuazione di una legge secondo le procedure di attuazione delle leggi, o l'emissione delle decisioni giudiziali in conformità alle norme relative. In altre parole, secondo una prospettiva positivista, il diritto non viene generato direttamente, ma solo attraverso l'osservazione delle procedure, mentre le norme che non sono in alcun modo «contrassegnate» costituiscono «consuetudini»<sup>480</sup>. Luigi Lombardi Vallauri, peraltro, ha evidenziato come, a prescindere dall'avvento del positivismo filosofico e giuridico, le esigenze di accentramento di potere nelle diverse epoche storiche abbia sempre favorito una generale valorizzazione delle forme e delle procedure ai fini della legittimazione delle fonti normative<sup>481</sup>. Si può richiamare al riguardo il noto brocardo hobbesiano «*auctoritas non veritas legem facit*».

---

<sup>479</sup> Cfr. JACOBSON, *The Idolatry of Rules: Writing Law According to Moses, With Reference to other Jurisprudences*, in CORNELL-ROSENFELD-CARLSON, *Deconstruction and the possibility of justice*, cit., p. 130: «The two non-dynamic jurisprudences – positivism and naturalism- treat law as an instrument of order. [...] Positivism insists that law achieves order only by force, and only by confining the exercise of force to a central bureaucratic apparatus. The “author” of law in a positivist system makes law in two steps. First, the author makes a procedure for making law. The procedure “marks ” or “franks” certain norms as law. The procedure marks – makes- law, such as enacting a statute according to the procedures of statutory enactment or rendering judicial decision according to the norms of rendering decisions. Persons do not make law directly, only by working the procedures. Unmarked norms are “customs».

<sup>480</sup> Alcuni positivisti, tra cui Hobbes, non riconoscono la dignità giuridica delle consuetudini. Si veda HOBBS, *Leviathan*, cap. 26, pp. 204- 206 (ristampa della edizione del 1651, 1909) . Conferire dignità giuridica alle consuetudini, ovvero a norme che non sono formalmente contrassegnate come tali, significa rigettare il positivismo: il diritto consuetudinario non dispone di un meccanismo autoritativo per distinguere le norme. Si veda, per esempio, MONTESQUIEU, *The Spirit of the Laws*, p. 104 (T. Nugent trad. 1949) (l'abbandono dei codici scritti, che imitavano le codificazioni di epoca Romana, ha condotto alla ricostituzione del diritto consuetudinario durante il Medioevo).

Hobbes chiama il diritto non scritto “diritto naturale”, non consuetudini. Si veda HOBBS, *supra*, p. 205- 206. Il diritto naturale descrive la condizione giuridica di natura - l'andamento del mondo senza il diritto civile (ovvero le norme distinte come diritto da un'autorità sovrana). L'andamento del mondo include le leggi della forza, insieme alle inclinazioni e ai talenti delle persone. I talenti includono la capacità di scoprire le leggi della ragione naturale. Il diritto consuetudinario, invece, contempla attitudini e linee di azione che non possono essere giustificate o spiegate dalla ragione naturale: la consuetudine diventa diritto solo quando viene distinta come tale dall'autorità sovrana.

<sup>481</sup> Sull'importanza della procedura e della forma nella prospettiva positivista si veda anche LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit.



Secondo una prospettiva giusnaturalista, invece, il diritto consuetudinario rileva solo ed in quanto coincida con le norme impresses nell'ordine naturale. Il fatto stesso della ripetizione di un comportamento ritenuto obbligatorio non merita, però, una dignità pari agli altri archetipi di fonti di produzione normativa.

Tuttavia, alcuni autori sostengono che la prospettiva cambi quando il comportamento ripetuto nel tempo costituisce l'esito di una procedura stabilita dalla legge in conformità alle previsioni costituzionali<sup>482</sup>. Infatti, il processo giudiziario costituisce un fattore istituzionalizzante della scelta comportamentale (i.e. la decisione del giudice) in virtù dei principi che, attraverso la procedura, si intende tutelare, ovvero equità e giustizia<sup>483</sup>. In un contesto di autonomia e indipendenza della magistratura, la spontanea conformazione del giudice agli esempi costituiti dai precedenti non rappresenta, come è stato visto, un fattore contingente ed esogeno, bensì un sistema ragionevole ed affidabile di rilevazione e conoscenza del diritto applicabile, specie laddove i codici non possano più ritenersi sufficienti (cfr. *supra* § II.1). In assenza di strumenti di più immediata utilità ai fini dell'applicazione<sup>484</sup>, pare del tutto normale che il giudice ritenga di dover ricorrere allo strumento del precedente o, meglio, dell'orientamento giurisprudenziale, per avere un'idea attendibile di come suoi colleghi hanno in precedenza risolto una determinata questione. Come già accennato, l'assunto di base sarebbe che quando il principio affermato in un precedente trova una serie costante di conferme da parte dello stesso come di altri tribunali, tale principio si consolida e la correttezza della regola giurisprudenziale finisce per risultare dimostrata.

Secondo Cross ed Harris «il dovere di seguire una determinata pratica trae la sua forza dal fatto che tale pratica venga seguita con un alto livello di uniformità»<sup>485</sup>. Per McDougall e Gray, la base psicologica della tendenza ad osservare i precedenti va

---

<sup>482</sup> WALDRON, *The Rule of Law and the Importance of Procedure*, in FLEMING, *Getting to the Rule of Law*, New York: New York University Press, 2011.

<sup>483</sup> In questo senso si veda CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1982, p. 96.

<sup>484</sup> Come, per esempio, può essere considerato il sistema olandese dei L.E.D.A. (Legislative Design and Advisory System) attraverso il quale vengono prevenuti numerosi problemi derivanti da antinomie e abrogazioni implicite. Si veda al riguardo VOERMANS-VERHAREN, *LEDA: A semi-intelligent legislative drafting-support system*, JURIX, Amsterdam: IOS Press, 1993; DI ARNO-MOMMERS, *Legal Knowledge and Information Systems*, JURIX, Amsterdam: IOS Press, 2007.

<sup>485</sup> CROSS-HARRIS, *Precedent in English Law*, cit., p. 99; DUXBURY, *op. cit.*, p. 14.

rinvenuta proprio negli usi e nella forza della consuetudine<sup>486</sup>. Questa impostazione sembra fu accolta anche dal vecchio Reichsgericht tedesco (predecessore del Bundesgerichtshof) nella sentenza *Neuergasthof G.m.b.H. et al. v. K.* del 1928 ove venne stabilito che una serie costante di decisioni giudiziarie coerenti era sufficiente per determinare una norma consuetudinaria<sup>487</sup>.

In *The Nature of the Judicial Process* (1921), Cardozo pone in evidenza l'importanza storica della fonte consuetudinaria nel diritto anglosassone. «La *consuetudo*», ha scritto Coke, «è uno dei tre cardini del diritto inglese; questi cardini sono la *common law*, il diritto legislativo e le consuetudini»<sup>488</sup>. In questo passaggio la *common law* e le consuetudini sembrano intese come distinte.

Non sembra condividere, invece, la medesima distinzione Blackstone, il quale scrive: «Questo diritto non scritto o *Common law* è propriamente distinguibile in tre tipi: 1) consuetudini generali, che costituiscono la regola universale per tutto il Regno, e formano la *Common law* nel suo significato più stretto e ricorrente. 2) Consuetudini particolari, che per la maggior parte interessano solo gli abitanti di particolari distretti. 3) Alcune norme particolari, che per consuetudine vengono adottate ed applicate da alcune corti particolari aventi giurisdizione piuttosto generale ed estesa»<sup>489</sup>.

Dalle parole di Blackstone si evince con chiarezza che la *common law* è diritto consuetudinario. In base a quanto è stato rilevato nel capitolo I, la forza della fonte consuetudinaria ha consentito al diritto di *common law* di svilupparsi anche in assenza della dottrina di *stare decisis*. «Oggi noi riconosciamo», ha scritto Roscoe Pound, «che la consuetudine è una consuetudine di decisioni giudiziarie, invece che di condotte spontanee di cittadini»<sup>490</sup>. A ben vedere, però, anche se a partire dal XIX secolo la

---

<sup>486</sup> MCDUGALL, *Introduction to Social Psychology*, Boston: John W. Luce & Co., 1912, p. 354; GRAY, *Judicial Precedents. A Short Study in Comparative Jurisprudence*, 9, Cambridge, MA: Harvard Law Review, 1895, p. 27.

<sup>487</sup> V. Deutsche Reichsgericht, caso *Neuergasthof G.m.b.H. et al. v. K.*, 2d Civil Division, 14 dicembre, 1928, RGZ 123, 102.

<sup>488</sup> Coke on Littleton, 62°; *Post v. Pearsall*, 22 Wend. 440.

<sup>489</sup> SIR WILLIAM BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford: Clarendon Press, 1765-1769, pp. 67, 68; GRAY, *Nature and Sources of the Law*, New York: Columbia University Press, 1909, p. 266, sec. 598; SADLER, *The Relation of Custom to Law*, Londra: Sweet & Maxwell Ltd., 1919, p. 59.

<sup>490</sup> POUND, *Common Law and Legislation*, 21, Cambridge, MA: Harvard L. Re., 1908, pp. 383, 406; cfr. anche LLEWELLYN, *Review of "The relation of Custom to Law" by Gilbert T. Sadler*, 29, New Haven, CT: Yale Law Journal, 1920, p. 368.

forza dei precedenti nei sistemi di common law è stata supportata dalla dottrina di stare decisis, l'idea che dietro alla fonte giurisprudenziale vi sia la forza della consuetudine non deve ritenersi desueta o inconsistente. Non è un caso che la tendenza prevalente nei sistemi di common law così come in quelli di civil law sia quella di prendere in considerazione orientamenti giurisprudenziali consolidati più che singoli precedenti; ed anche quando si fa riferimento a singole decisioni, in genere, si tratta di precedenti rappresentativi di un orientamento consolidato che non si dimostra soltanto condiviso da una pluralità di giudici, ma anche costantemente confermato nel tempo. Il valore del precedente dipenderebbe, quindi, dalla relativa tendenza a trovare conferma nel contesto di un più ampio orientamento<sup>491</sup>.

Neil Duxbury sembra non condividere questa interpretazione per almeno cinque ordini di ragioni<sup>492</sup>. In primo luogo, l'Autore rileva che è possibile che un precedente contrasti con le consuetudini. L'idea che una decisione giudiziaria diventi diritto giurisprudenziale solo se conforme "alla consuetudine e alla prassi della corte" risale alla metà del XV secolo<sup>493</sup>. In secondo luogo, quando i giudici si ritrovano a dover fare affidamento su quanto è stato deciso nel passato, non è necessario che le consuetudini alle quali possono ricorrere siano state riconosciute formalmente attraverso i precedenti. Infatti, quando nel 1765 Lord Mansfield sostenne che il rapporto sinallagmatico non fosse necessario per costituire un contratto vincolante tra parti commerciali, fece affidamento non sui precedenti, bensì su ciò che lui intese fosse la consuetudine commerciale prevalente. In terzo luogo la fonte consuetudinaria si distingue dal precedente in quanto può non essere connotata da un riferimento preciso. Infatti, può darsi il caso che il riferimento alla consuetudine si sostanzia nella considerazione che nessuno ha traccia o memoria che sia mai stata seguita un'opzione alternativa, mentre il riferimento al precedente si sostanzia sempre nel richiamo ad un fatto identificabile preciso. In quarto luogo, la tendenza a seguire i precedenti dipenderebbe dalla validità degli argomenti che contengono, mentre la forza della

---

<sup>491</sup> Si troverebbe conferma di questa impostazione anche nella sentenza Corte cost. n. 49 del 2015.

<sup>492</sup> Cfr. DUXBURY, *op. cit.*, p. 8.

<sup>493</sup> Due storici del diritto citano in favore di questa tesi una raccolta di casi del quinto anno del regno di Edward IV (1466), il *Lungo Quinto*: V. TUBBS, *The Common Law Mind: Medieval and Early Modern Conceptions*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2000, 45; and ELLIS LEWIS, *The History of Judicial Precedent*, (pt. III), 1931, 47 LQR 411-27, pp. 412-13.

fonte consuetudinaria dipende esclusivamente dalla tendenza conformista di una determinata comunità<sup>494</sup>. Infine, per Duxbury l'argomento più forte resta che la common law esisteva come diritto consuetudinario molto prima che si affermasse una dottrina del precedente.

Nessuna delle tesi dell'Autore, però, sembra sufficientemente persuasiva in quanto non viene considerato che la consuetudinarità possa costituire una proprietà del diritto giurisprudenziale, prima che una fonte alternativa. In altri termini, il fatto che possano esistere delle consuetudini non-giurisprudenziali non significa che una serie costante e coerente di precedenti non costituisca una consuetudine. La fallacia in cui sembra cadere Duxbury consiste nel derivare da questa non-coincidenza una distinzione tra diritto consuetudinario e diritto giurisprudenziale invece che qualificare la consuetudine giurisprudenziale come un particolare tipo di diritto consuetudinario. La condotta ripetuta nel tempo e la convinzione giuridica di un giudice, o meglio, di una pluralità di giudici nell'esercizio delle loro funzioni costituiscono un fenomeno giuridicamente rilevante che è intrinsecamente diverso da quello generato dalla condotta e dalle convinzioni di un qualsiasi altro agente morale. Pertanto, sarebbe più appropriato definire una distinzione tra consuetudine giurisprudenziale e consuetudine comune.

Va anche detto, però, che la tendenza diffusa nell'epoca più recente è quella di prendere in considerazione la consuetudine giurisprudenziale non tanto per la creazione di nuove regole, bensì per trovare i criteri ed i parametri che determinano come devono essere applicati i precetti normativi esistenti<sup>495</sup>. In questo modo, la consuetudine giurisprudenziale si differenzia ulteriormente dalla consuetudine comune per quanto riguarda limiti e finalità.

Non va dimenticato che la micidiale combinazione tra il principio corrispondente al brocardo *iura novit curia* e il generale divieto di *non liquet* non consente in alcun caso al giudicante di non sapere quale decisione assumere<sup>496</sup>.

---

<sup>494</sup> PERRY, *Judicial Obligation, Precedent and the Common Law*, (1987) 7 Oxf. J. Leg. Studs 215- 57, pp. 253-4.

<sup>495</sup> DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, vol. I, (Parigi: Editions Cujas, 1921), p. 41.

<sup>496</sup> Al riguardo merita di essere menzionata la previsione contenuta nel Code Civil francese ove si sanziona la c.d. "denegata giustizia", ovvero l'art. 4: «Se un giudice ricuserà di giudicare sotto pretesto di silenzio, oscurità o insufficienza della legge, si potrà agire contro di lui come colpevole di denegata giustizia». trad. a cura dell'autore (*Le juge, qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de*

Tuttavia, non di rado, specie in un ordinamento nel quale alla giurisprudenza sono stati consegnati potenti strumenti come il bilanciamento e il criterio della ragionevolezza<sup>497</sup>, la sicura decisione non è immediatamente a disposizione del giudice. Ecco che la conformazione a percorsi logico-argomentativi seguiti in passato da altri giudici legittima e giustifica una determinata risoluzione della controversia attraverso la presunzione che la scelta comportamentale dei più in un sistema procedimentalizzato presenti meno probabilità di essere errata ed imprevedibile.

In un certo senso è lo stesso ordinamento che conferisce una sorta di presunzione di “giustizia” della decisione giudiziaria nella misura in cui disciplina il concetto di cosa giudicata e l’eseguitività delle sentenze nella singolare ipotesi in cui la tale decisione non venga (o non possa essere) messa in discussione da ulteriori gradi di giudizio. Si può estendere, *mutatis mutandis*, lo stesso ragionamento fra sentenze che non hanno collegamenti diretti in punto di fatto ma soltanto in punto di diritto, ovvero fra precedenti. La costante e ripetuta conferma della validità di una certa regola giurisprudenziale giustifica la consapevolezza che tale orientamento della comunità giudiziaria debba, in linea di principio e salvo le eccezioni di cui si dirà, essere seguito. In questo senso si configurerebbe anche una sorta di legittimazione consuetudinaria della fonte giurisprudenziale.

John Gray sviluppa ulteriormente il ragionamento per sostenere, sulle orme di Austin, che le consuetudini non si estrinsecano realmente nella forma del diritto fino a quando non siano adottate in sede giudiziaria. Ecco che la tradizionale funzione dichiarativa dei giudici acquisisce un nuovo significato in relazione alla forza istituzionalizzante che la caratterizza come conseguenza del complesso processo di ponderazione del giudizio. Tale funzione finisce, quindi, per costituire un momento di “conciliazione” fra le numerose ed eterogenee fonti di regolamentazione della vita sociale, dalla legge all’ordinanza, dal contratto alla consuetudine, dal decreto al regolamento, dai principi generali alle decisioni costituzionali<sup>498</sup>.

---

*l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.”*); cfr. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, cit., p. 135.

<sup>497</sup> Sui quali si rimanda, per tutti, a MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano: Giuffrè, 2001.

<sup>498</sup> Cfr. GRAY, op. cit., sez. 276, 366 e 369.

Estremizzando il ragionamento, Jehtro Brown afferma in un saggio su “Diritto e Evoluzione”<sup>499</sup> che una legge, benché interpretata, non costituisce vero diritto. Essa è soltanto diritto "apparente" in quanto il vero diritto, secondo l'autore, non si trova se non nei giudizi di una corte. In base a questa concezione, persino le decisioni del passato (i.e. i precedenti) non costituiscono diritto dal momento che posso essere annullate. Per la stessa ragione, le decisioni del presente non costituiscono diritto, tranne che per le parti della causa. L'assunto di base di questa impostazione è che la definizione ultima di cosa sia diritto non può mai prescindere dall'estrinsecazione del rapporto tra il precetto o la regola posta e la forza che viene applicata in conseguenza della sua violazione (i.e. la sanzione)<sup>500</sup>. Tale estrinsecazione, secondo Brown e Derrida, può aver luogo solo in sede applicativa ed, in particolare, nelle sentenze dei giudici. È pertanto in tale sede che la regola prende forma, mentre per il resto si può parlare al massimo di una “proposta di regola” dal momento che, secondo questa impostazione di matrice austriaca, il grado di cogenza di una proposizione può derivare solo dalla prefigurazione concreta dell'uso della forza, mentre la proposizione può al massimo contenere una prefigurazione astratta<sup>501</sup>. «Gli uomini», afferma Brown, «perseguono i loro affari giorno dopo giorno, e controllano la propria condotta in forza di un *ignis fatuus*. Le regole alle quali concedono obbedienza, in verità, non sono affatto diritto».

Come anticipato, si tratta di una estremizzazione del ragionamento che non si intende in questa sede accogliere. Tuttavia, è parso opportuno dare conto di una posizione che ha acquisito una sua importanza e ha lasciato una notevole eredità, come quella degli austriaci. Tracce di tale impostazione si trova già negli scritti di Oliver W. Holmes ove si legge: «[a] fini giuridici un diritto è soltanto l'ipotesi di una profezia - l'immaginazione di una sostanza a supporto del fatto che la forza pubblica sarà indotta ad occuparsi di coloro che fanno cose asseritamente in violazione di detto diritto - proprio come noi parliamo della forza di gravità in riferimento alla condotta dei corpi nello spazio[...]. Un dovere giuridico così qualificato non è altro che la

---

<sup>499</sup> 29, Yale L. J. 394; cfr. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, cit. p. 126.

<sup>500</sup> Cfr. DERRIDA, *Force of Law: The “Mystical Foundation of Authority”*, in CORNELL- ROSENFELD-CARLSON, *op. cit.* p. 23.

<sup>501</sup> Cfr. SMITH, *Jurisprudence*, New York: Columbia University Press, 1909, p. 21.

predizione che se un uomo fa od omette alcune cose, gli sarà fatta scontare una pena per ordine di un giudice»<sup>502</sup>.

Non lontano da questa impostazione si colloca anche Léon Duguit, laddove afferma che «[u]na regola normativa o una norma giuridica esiste quando la massa degli individui che compongono l'insieme dei consociati comprende e riconosce che una reazione contro coloro che violano la regola può essere socialmente organizzata»<sup>503</sup>.

Si è indotti, pertanto, a concludere che un principio od una regola di condotta stabilita in modo da giustificare la ragionevole predizione che sarà attuata da una corte se la sua autorità viene messa in discussione, è, pertanto, ai fini del presente studio, un principio o una regola di diritto<sup>504</sup>. In questo senso, si comprende meglio la portata della “fonte” giurisprudenziale nella misura in cui il precedente, una volta consolidato attraverso la forza della consuetudine, informa l'ordinamento in maniera affidabile sulle conseguenze che le corti riconducono ad una determinata condotta. La medesima affidabilità non può essere ritenuta caratteristica né dell'ipotesi astratta di sanzione contenuta nella proposizione normativa, né della singola sentenza poiché la ponderazione propria del processo giudiziario riesce a passare dalla dimensione strettamente concreta della lite a quella più astratta dei principî solo attraverso la costante riproposizione del medesimo schema regolatorio in altri casi analoghi. In questo modo la consuetudine finisce per caratterizzare la natura del precedente giurisprudenziale.

Nelle parole di Cardozo: « l'osservazione degli innumerevoli esempi registrati induce a ritenere con un certo grado di convinzione che la regola verrà eseguita come diritto dagli organi della pubblica amministrazione così come dai tribunali. Come nei processi naturali, conferiamo il nome di legge alla uniformità della ripetizione»<sup>505</sup>. L'autore conferma, poi, l'antica impostazione di Blackstone sostenendo che la forza

---

<sup>502</sup> HOLMES, *Collected Legal Papers*, New York: Peter Smith, 1952, p. 313; cfr. CARDOZO, *The Growth of the Law*, cit., p. 46.

<sup>503</sup> DUGUIT, *op. cit.*, pp. 36, 41.

<sup>504</sup> CARDOZO, *The Growth of the Law*, cit., p. 52.

<sup>505</sup> ID., p. 40. Cfr., inoltre, SIR PAUL VINOGRADOFF, *Common Sense in Law*, Londra: Williams and Norgate, 1914, pp. 206, 207.

del precedente è «il potere del sentiero battuto»<sup>506</sup>, ovvero la ripetizione di qualcosa che è già stato fatto. Tuttavia, avverte Cardozo, «la conformità non deve essere trasformata in un feticcio»<sup>507</sup>, ovvero in una regola rigida e priva di razionalità. Se un percorso logico argomentativo finisce per giustificare il discostamento da un dato orientamento giurisprudenziale, la percezione del dovere di conformarsi passa in secondo piano rispetto alle ragioni di giustizia ed equità. «Non ci si dovrebbe», scrive Cardozo, «discostare dagli standard stabiliti dalla storia o dalla logica per qualche futile ragione di convenienza o utilità; la perdita sarà maggiore del guadagno. Non si dovrebbe trascinare nella polvere i criteri stabiliti secondo equità e giustizia per raggiungere qualche scarso risultato di conformità ed ordine; il guadagno sarebbe minore della perdita».

Va, comunque, qui sottolineato che il dovere di seguire gli orientamenti giurisprudenziali consolidati resta un fatto proprio sentito dal giudice in relazione ad una sistematica riaffermazione giudiziaria di un determinato principio di diritto. Si potrebbe essere indotti a concludere che tale doverosità esuli del tutto dal diritto legislativo; ma, in realtà, si tratterebbe solo di parte della verità.

In effetti, esistono nell'ordinamento italiano, così come in altri ordinamenti di tradizione giuridica di *civil law*, disposizioni legislative che sfruttano la conformazione agli orientamenti giurisprudenziali a diversi fini. Per più approfondite considerazioni sugli effetti impliciti di queste disposizioni si rimanda al cap. IV.

Per il momento basti considerare che il perseguimento della certezza del diritto ed il rispetto dei principî del giusto processo rende la conformazione alle "consuetudini" giurisprudenziali un comportamento più razionale e prevedibile in quanto, presumibilmente, riduce le probabilità di errore<sup>508</sup>.

---

<sup>506</sup> CARDOZO (1924) cit., p. 62; V. anche DUXBURY, *op. cit.*, p. 180 ove si legge: "We know also that weak fibers can intertwine to make strong ropes. Judicial precedents, taken alone, often look like rather fragile entities; take together, however, they are one of the most compelling reasons for the authority of the *common law*."

<sup>507</sup> Benjamin N. CARDOZO, *The Paradoxes of Legal Science*, (New York: Columbia University Press, 1928), p. 30.

<sup>508</sup> Cfr. Jeremy Waldron, *The rule of law and the importance of procedure*, in Fleming, *Getting into the rule of law*, (New York: New York University Press, 2011), pp. 3-31; Antonio RUGGERI, *Studi*, (30 gennaio 2013), tratto da Consulta Online (a cura di P. Costanzo): <http://www.giurcost.org/studi/index.html>.



ii. *La forza della consuetudine nell'interpretazione costituzionale*

Un discorso in parte diverso deve essere fatto con riferimento alle interpretazioni offerte dalla Corte Costituzionale. Qui anche la singola sentenza interpretativa ha una sua propria rilevanza data la peculiarità dell'organo che la emette. Peraltro, benché alla Consulta non sia esplicitamente attribuita una funzione interpretativa analoga a quella della Corte di cassazione, il valore *erga omnes* dell'interpretazione costituzionale da essa offerta viene fatto discendere (come si vedrà meglio *infra* al cap. III § 2) da argomentazioni logiche connesse al dovere di osservare la Costituzione (art. 5 L. n. 87/53 e art. 54 Cost.) e al potere esclusivo di dichiarare l'incostituzionalità delle leggi (artt. 134 e 136 Cost.). È, infatti, evidente che per poter rilevare un contrasto tra una norma di legge e una norma costituzionale, è necessario conoscere il significato delle disposizioni legislative e, per ciò stesso, interpretarle.

Inoltre, il pur discutibile principio di conservazione dei documenti normativi ha favorito l'espansione delle facoltà interpretative della Corte anche in una prospettiva "pedagogica" rispetto ai giudici comuni, specie in relazione all'espansione e all'evoluzione del regime dei diritti fondamentali (si veda più estesamente *infra* al cap. II § 3)<sup>509</sup>.

Tuttavia, se è vero che l'evoluzione del ruolo del giudice di cui si è fatto cenno ha interessato anche la Corte Costituzionale, è anche vero che un consesso di quindici giudici si è presto dimostrato non sufficientemente attrezzato per gestire il crescente numero di ricorsi in via incidentale volti ad ottenere interpretazioni della costituzione da parte dell'unico organo legittimato a darle. I requisiti (o filtri) previsti dall'art. 23, 2° comma, della L. 11 marzo 1953, n. 87 (i.e. rilevanza e non manifesta infondatezza) si sono, infatti, rilevati del tutto inadeguati a contenere il numero di casi vagliabili dalla Consulta.

Ecco che, quindi, la Corte, avallando in tutto l'impostazione dottrinale esposta al § 1, elabora progressivamente, e con la complicità dei più autorevoli studiosi<sup>510</sup>, una

---

<sup>509</sup> Cfr. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a costituzione*, cit.; AZZARITI, *Interpretazione costituzionale*, cit..

<sup>510</sup> Come ha opportunamente rilevato Marco Ruotolo, fondamentali sono ancora oggi i lavori in argomento di tre grandi costituzionalisti: Vezio CRISAFULLI, Carlo ESPOSITO e Carlo Lavagna [si veda RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi nella rivista «Giurisprudenza costituzionale»*,

dottrina volta ad evitare che tutti i dubbi dei giudici comuni sulla costituzionalità delle norme si trasformino in rinvii pregiudiziali al giudice delle leggi<sup>511</sup>. In base a tale dottrina «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»<sup>512</sup>. In virtù di tale assunto, ogni giudice, prima di rimettere la questione alla Corte Costituzionale, deve verificare che non sia possibile dare alla disposizione neppure una interpretazione costituzionalmente compatibile.

La dottrina si è diffusamente spesa già in tempi risalenti sul tema della interpretazione conforme. Basti ricordare che già nel 1956 Crisafulli rilevava che la Corte può «ritenere infondata la questione, perché la disposizione impugnata ha un altro significato da quello attribuitole dal ricorrente o dal giudice *a quo*, ossia perché dalla formulazione legislativa deve trarsi una norma diversa e costituzionalmente legittima»<sup>513</sup>. La decisione dovrà essere di accoglimento «secco», soltanto qualora «la formulazione della disposizione» offra una «resistenza insuperabile», escludendo la

---

in PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantenario*, Milano, 2006, 903 ss., spec. 925 ss.]. Tra i lavori di CRISAFULLI: *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, ivi, 1956, 929 ss.; *La Corte costituzionale tra magistratura e Parlamento*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero CALAMANDREI*, IV, Padova, 1958, 289 ss.; *Il «ritorno» dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, ivi, 1961, 886 ss.; *Incostituzionalità parziale dell'art. 330 c.p. o esimente dell'esercizio di un diritto?*, in *Giur. Cost.*, 1962, 1506 ss.; *Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale*, ivi, 1965, 91 ss. Tra i contributi di ESPOSITO, *Nota senza titolo*, in *Giur. Cost.*, 1957, 73; *Nota senza titolo* [ma nell'indice dell'annata 1958 è riportato il titolo «Compatibilità delle disposizioni di legge con la Costituzione e interpretazione della legge»], in *Giur. Cost.*, 1958, 571 ss. Tra i lavori di LAVAGNA: *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della «manifesta infondatezza»* (1955), ora in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, 578; *Considerazioni sulla inesistenza di questioni di legittimità costituzionale e sulla interpretazione adeguatrice* (1959), ora in ID., *Ricerche*, cit., 604; *Sulla illegittimità dell'art. 2 del t.u. leggi di p.s. come testo legislativo*, in *Giur. Cost.*, 1961, 898 ss.

<sup>511</sup> La dottrina tende a ritenere che la «dimostrazione di aver ricercato e privilegiato le possibili ipotesi interpretative che consentano di adeguare la disposizione di legge ai parametri invocati a sostegno del dubbio sulla costituzionalità della norma impugnata» costituisca ormai un «terzo obbligo per il giudice»: MALFATTI-PANIZZA-ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, II edizione, Torino, 2007, p. 99; nel medesimo senso: AMOROSO, *L'interpretazione «adeguatrice» nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 93; ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi*, in ID. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998)*, Torino, 1999, p. 202.

<sup>512</sup> Cfr. per tutte, la sent. n. 356 del 1996, e, su di essa, la nota di ELISABETTA LAMARQUE, *Una sentenza «interpretativa di inammissibilità?»*, in *Giur. Cost.*, 1996, 3107 ss.

<sup>513</sup> CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione*, op. cit., p. 939. Si veda anche il coevo contributo di GIANNINI, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. Cost.*, 1956, 902 ss. e ivi, in particolare, la parte dedicata alle «sentenze reiettive» (915 ss.).

possibilità di interpretarla «in modo “costituzionale”», ossia di trarre da essa «una norma che, in connessione con le altre concorrenti a formare il sistema in atto, sia costituzionalmente legittima»; soltanto in questa ipotesi, infatti, si ha «l’identificazione (...) tra norma e disposizione, e la sentenza della Corte sarà *soltanto di annullamento*»<sup>514</sup>.

Oltre che dalla «lettera» della disposizione, la «resistenza insuperabile» può essere data dalla sua corrente interpretazione (in modo incostituzionale) da parte dei giudici (in particolare di cassazione) che assurga a «diritto vivente»<sup>515</sup>. In questi casi, la pronuncia di rigetto (rivolta a «suggerire» un diverso significato rispetto a quello «vivente») sembra non sufficiente, specie qualora la giurisprudenza non si sia uniformata alla interpretazione proposta dalla Corte in una precedente decisione di rigetto: «il solo mezzo di cui disponga la Corte, per stroncare consolidati indirizzi giurisprudenziali incostituzionali consiste nel dichiarare formalmente in dispositivo, la invalidità della “norma vivente”, anche se, a suo giudizio, fondata sopra una erronea interpretazione»<sup>516</sup>.

Il tema dell’incostituzionalità del diritto vivente nei rapporti tra Corte di cassazione e Corte Costituzionale sarà affrontato più estesamente *infra* al Cap. III § 2. Preme qui osservare, però, che, nel contesto della dottrina dell’interpretazione conforme, la Corte Costituzionale è giunta ad affermare che il consolidamento di un orientamento interpretativo - o meglio, di una consuetudine giurisprudenziale - su di una data disposizione legislativa costituisce una «resistenza insuperabile» a darne diverse interpretazioni. Mettendo da parte per un istante le sentenze di accoglimento, infatti, qualsiasi altra pronuncia “ribelle” rispetto all’orientamento maggioritario è destinata a non essere seguita - specie dalla Corte di cassazione - e pertanto a cadere nel nulla. In virtù di tale forza della consuetudine giurisprudenziale si è giunti, quindi,

---

<sup>514</sup> CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione*, cit., p. 948.

<sup>515</sup> Secondo CRISAFULLI, *Il «ritorno» dell’art. 2 della legge di pubblica sicurezza*, cit., p. 895, infatti, anche «il significato concretamente assunto dalla “norma vivente” sembra configurarsi come *sintomo* di una insuperabile resistenza offerta dal testo ad una interpretazione riduttiva e “costituzionale”». L’autore si riferiva specificamente alla sent. n. 26 del 1961, avente ad oggetto l’art. 2 t.u.l.p.s. Non essendosi la prassi amministrativa e giudiziaria uniformata all’interpretazione resa dalla Corte in una decisione di rigetto (sent. n. 8 del 1956), il giudice delle leggi ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del summenzionato art. 2 «nei sensi e nei limiti indicati nella motivazione». Cfr. sul punto Corte cost. n. 350 del 1997.

<sup>516</sup> Cfr. CRISAFULLI, *Il «ritorno» dell’art. 2 della legge di pubblica sicurezza*, cit., p. 897.

a forzare in un certo senso il dettato dell'art. 134 Cost. per rimuovere dall'ordinamento interpretazioni normative incostituzionali derivanti da una serie di precedenti giurisprudenziali. Il dato più interessante, però, è che la responsabilità di queste valutazioni è stata condivisa dalla Corte Costituzionale con i giudici comuni attraverso la dottrina dell'interpretazione conforme<sup>517</sup>. È il giudice comune, infatti, a dover verificare se, fra tutte le interpretazioni possibili della norma, ve n'è almeno una costituzionalmente compatibile, così come è il giudice comune a dover rilevare la presenza di un consolidato orientamento giurisprudenziale che condizioni la scelta del significato normativo da attribuire alla disposizione. In altre parole, la dottrina dell'interpretazione conforme ha rafforzato l'obbligo dei giudici di verificare la presenza di precedenti rilevanti.

Resta ancora da verificare, tuttavia, se il concetto di interpretazione conforme sia realmente compatibile con il tradizionale modello austriaco di controllo accentrato di costituzionalità dato che il compito che il giudice ordinario è chiamato a svolgere tende ad incrinare l'esclusività delle funzioni della consulta. Nondimeno, come già rilevato da diversi studiosi della comparazione<sup>518</sup>, la tradizionale modellistica di giustizia costituzionale risulta già da tempo superata da diffusi processi di ibridazione che non lasciano immuni neppure i due maggiori prototipi esistenti, ovvero il modello austriaco e quello statunitense.

Dal punto di vista del diritto costituzionale, la transizione dal positivismo metodologico al neo-costituzionalismo è risultata particolarmente traumatica data la progressiva disgregazione di schemi concettuali e di categorie che hanno contribuito alla legittimazione stessa del diritto costituzionale<sup>519</sup>.

Va, infatti, rilevato che il nuovo costituzionalismo di molti ordinamenti di *civil law* tende a concentrarsi più sul diritto giurisprudenziale che sull'attività parlamentare. Ciò nonostante, le molte critiche all'approccio cognitivistico hanno anche sollevato un

---

<sup>517</sup> SORRENTI, *L'interpretazione conforme a costituzione*, Milano: Giuffrè, 2006.

<sup>518</sup> Cfr. TUSSEAU, *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica*, Bologna: Bononia University Press, 2009; DAVID-SPINOSI, (a cura di SACCO), *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova: CEDAM, 2004; TONIATTI-MAGRASSI, *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Padova: CEDAM, 2011.

<sup>519</sup> AZZARITI, *Interpretazione costituzionale*, cit.

certo scetticismo sul ruolo del giudice con riferimento agli aspetti problematici dell'arbitrarietà e del giudizio morale<sup>520</sup>.

*iii. La consuetudine giurisprudenziale come criterio di interpretazione della legge*

Non costituisce un aspetto secondario il fatto che l'attività giurisdizionale risulti generalmente non legittimata sotto un profilo democratico, specie quando si tratta di corti costituzionali. In conseguenza, resta problematico giustificare una “scelta comportamentale” del giudice che si riveli essere un giudizio morale o, addirittura, una decisione arbitraria in assenza di regole positive utili<sup>521</sup>. Qui vengono in soccorso una serie di strumenti che variano per differenziazione ed importanza e che, in termini molto generali, vengono raccolti sotto l'appellativo “criteri di interpretazione della legge”. Nel nostro ordinamento tali criteri sono previsti dall'art. 12 disp. prel. c.c. il quale impone al 1° comma che non possa essere conferito alla legge un significato diverso da quello emergente dall'interpretazione letterale, da quella sistematica e/o da quella teleologica. Come in molti altri ordinamenti, la disciplina legislativa dei criteri di interpretazione della legge non contempla i precedenti giurisprudenziali, sebbene costituiscano il parametro maggiormente seguito nella pratica. Da tale considerazione viene spesso fatto erroneamente discendere che, nell'interpretare la legge, i giudici non devono basarsi sui precedenti.

In effetti, i precedenti e gli orientamenti giurisprudenziali non sono idonei propriamente a fungere da criterio concorrente di interpretazione della legge, se non altro per la loro potenziale mutevolezza e per la mancanza di formale legittimazione normativa. Come accennato, essi costituiscono, piuttosto, il veicolo sicuro di informazioni giuridiche ricavate applicando i tradizionali criteri di interpretazione giuridica, per dirla con l'Avvocato Generale Marc Jacob<sup>522</sup>. In altre parole, se nella ricerca del significato di una disposizione normativa si è finiti per indagare l'intenzione del legislatore attraverso la verifica dei lavori preparatori, la considerazione dell'insieme dei precedenti consente di evitare di svolgere tale verifica

---

<sup>520</sup> Cfr. DOGLIANI, *(Neo)costituzionalismo*, cit.

<sup>521</sup> Si tratta di quello che Guido CALABRESI definisce appropriatamente «spazio di inerzia legislativa». Cfr. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, cit.

<sup>522</sup> JACOB, *Precedents and Case-Based Reasoning*, cit.

nuovamente quando un giudice si ritrovi ad applicare ancora detta disposizione. La consuetudine giurisprudenziale, in sostanza, consolida l'associazione tra una determinata norma e una determinata disposizione, semplificando il processo di applicazione della legge.

Se così inteso, il precedente come strumento per veicolare informazioni giuridiche può dimostrarsi un utile riferimento anche al di là dei confini di uno specifico ordinamento, quando si riscontri una generale omogeneità di criteri di interpretazione della legge.

Ciò è particolarmente vero quando si tratti di diritti fondamentali. Il costante aumento della c.d. "*cross-fertilization*" giudiziale<sup>523</sup> e della tendenza alle citazioni reciproche tra corti di diversi ordinamenti<sup>524</sup> rappresenta un sintomo del fatto che i giudici non cercano più legittimazione nell'ambito dei rispettivi sistemi di poteri separati e che, al contrario, hanno cominciato a orientarsi verso una qualche sorta di nuovo ordine giusnaturalistico che consenta di ancorare i diritti fondamentali a standard oggettivi<sup>525</sup>. A questo riguardo possono essere prese in considerazione alcune note sentenze italiane recenti che si sono palesemente spinte oltre il diritto positivo (ed in taluni casi anche oltre il diritto giurisprudenziale) con l'aiuto dell'argomento comparativo (e.g. Corte Cost. n. 1/14; Corte Cost. n. 162/14; Sent. 299/14 Trib. Min. di Roma; Sent. 3/9 aprile 2014 Trib. di Grosseto).

Sotto questo aspetto, risulta chiaramente insufficiente richiamare i principi di terzietà e imparzialità al fine di escludere o, quantomeno, prevenire l'ipotesi di giudizi morali. Gli schemi costituzionali moderni di garanzie risultano ancora incentrati sulla priorità di ostacolare l'influenza dell'autorità governativa sulla magistratura, tralasciando quasi del tutto i limiti all'arbitrarietà giudiziaria. Infatti, la tradizione giuridica occidentale sconta ancora la importantissima influenza del pensiero di Madison, Hamilton e Montesquieu sul ruolo della giurisdizione in un sistema a poteri

---

<sup>523</sup> Cfr. DE VERGOTTINI, *Diritto Pubblico Comparato*, Padova: CEDAM, 2013.

<sup>524</sup> Cfr. GROPPI-PONTHOREAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford: Hart Publishing, 2013.

<sup>525</sup> Cfr. *Ibid.*; ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2007; GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna: Il Mulino, 2005; SLAUGHTER, *Judicial Globalization*, 40, *Virginia Journal of International Law*, 1103, (2000); BAUDENBACHER, *Judicial Globalization: New Developments or Old Wine in New Bottles?*, 38, *Texas International Law Journal*, 505, (2003).

separati. Lo stesso art. 101, 2° comma, della Costituzione italiana è espressione di tale impostazione di pensiero.

Tuttavia, se le fondamentali garanzie di autonomia ed indipendenza della magistratura non sono idonee a prevenire il rischio di giudizi morali ed interpretazioni arbitrarie, una matura dottrina del precedente potrebbe contribuire ad oggettivare l'attività giurisdizionale e, quindi, a legittimarla sotto un profilo funzionale<sup>526</sup>.

#### **4. Il rapporto tra motivazione e dispositivo: il valore di *rationes decidendi ed obiter dicta***

Henry C. Black, nel suo *A Treatise on the Law of Judgments*<sup>527</sup>, ha messo in evidenza che, come, nella logica, un giudizio è un'affermazione di una relazione tra un particolare predicato ed un particolare soggetto; così, nel diritto, esso costituisce l'affermazione contenuta nella legge delle conseguenze giuridiche derivanti da uno stato dei fatti provato od ammesso. Non si tratta, però, di una mera asserzione delle regole giuridiche da applicarsi in presenza di date condizioni, e neppure delle relazioni giuridiche delle persone interessate. È sempre una dichiarazione sulla sussistenza o meno di una responsabilità riconosciuta come di rilevanza giuridica. Un'azione giudiziaria, infatti, viene intrapresa per l'attuazione di un diritto, il risarcimento di un danno o il perseguimento di un interesse pubblico. Quindi un giudizio, in quanto scopo dell'azione, dichiara l'esistenza del diritto, riconosce la commissione del danno o rifiuta le allegazioni di una parte o dell'altra.

Si comprende, quindi, come nel contesto di uno studio sul valore dei precedenti, la parte dispositiva delle decisioni giudiziarie debba sempre essere posta in relazione alla parte motiva, dalla quale poter trarre lo scopo, i limiti ed il senso dell'azione. La pratica legale è, per citare Ronald Dworkin, una pratica argomentativa<sup>528</sup> funzionale ad individuare una premessa (i.e. la motivazione) che conduca razionalmente ad una conclusione (i.e. il dispositivo)<sup>529</sup>. A ben vedere, la

---

<sup>526</sup> Cfr. HULS-ADAMS-BOHMOFF, *op. cit.*

<sup>527</sup> BLACK H., *A Treatise on the Law of Judgments: including the Doctrine of Res Judicata*, St. Paul, MN: West Publishing Co., 1891, Vol. I, p. 1 ss.

<sup>528</sup> DWORKIN, *Law's Empire*, London, Fontana Press 1986), p. 13.

<sup>529</sup> HULS-ADAMS-BOHMOFF, *op. cit.*, p. 262.

motivazione rappresenta il fattore determinante della decisione, attraverso il quale, secondo Calabresi<sup>530</sup>, si esclude arbitrarietà e giudizi morali e si evita, pertanto, di contraddire il principio democratico. L'importanza della motivazione rispetto al valore del precedente è stata messa in evidenza anche da Cardozo quando ha affermato che «[...] le motivazioni sono determinanti, e le conclusioni un mero incidente. Ciò che sopravvive è il principio di ordine pubblico incarnato nell'antico giudizio, e non la sentenza stessa, che giace sepolta dalla lava degli anni»<sup>531</sup>.

Se si volessero trarre conclusioni sul valore dei precedenti esclusivamente verificando gli effetti giuridici che la decisione ha determinato rispetto ai rapporti tra le parti, non risulterebbero spiegabili un gran numero di fenomeni che si riscontrano nei sistemi giudiziari di tutto il mondo. Ecco che, come sapientemente rilevato da Gorla, emerge la duplice anima delle sentenze, ovvero, da un lato, il valore dichiarativo, costitutivo ed estintivo, così come quello di condanna e di assoluzione, rispetto alle parti della causa e, dall'altro, il valore di riferimento per l'applicazione di una determinata regola giuridica rispetto a tutti i consociati.

Al riguardo, Black ha scritto che «un giudizio non è propriamente né esortativo né imperativo. Esso non consiglia o raccomanda, né, dall'altro lato, prescrive alcuna azione o linea di condotta». Il giudice, in primo luogo, prefigura quale condotta l'agente avrebbe dovuto o potuto tenere legittimamente nel contesto fattuale di riferimento ed, in secondo luogo, verifica se ed in che misura la condotta effettivamente tenuta dall'agente si sia conformata ai canoni prefigurati di legittimità. Fatta questa valutazione, il giudice deciderà quali conseguenze far discendere dalla scelta comportamentale dell'agente, nei limiti stabiliti dalla legge.

L'attività del giudice è sempre e comunque prima di tutto rivolta a definire quale schema regolatorio applicare per risolvere la controversia. Lo stesso può dirsi, *mutatis mutandis*, anche con riferimento al giudizio di Cassazione e a quello di legittimità costituzionale. Nel primo caso, gli ermellini sono chiamati a verificare che lo schema regolatorio applicato dai giudici inferiori per risolvere la controversia sia corretto e legittimo. Nel secondo caso i giudici della Consulta sono chiamati a

---

<sup>530</sup> CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, cit.

<sup>531</sup> CARDOZO, *Jurisprudence*, (Address before the New York State Bar Association Meeting), New York State Bar Association Report 1932: 263, p. 275.



giudicare della legittimità delle leggi che il giudice *a quo* ha ritenuto applicabili alla controversia<sup>532</sup>. In un certo senso il giudice è sempre rivolto alla questione posta nella controversia ed in quest'ottica deve essere visto il suo rapporto con l'enucleazione di regole generali ed astratte.

Queste considerazioni preliminari vanno tenute ben presente nel contesto dell'analisi dei precedenti. Gino Gorla ha opportunamente rilevato che la disamina della decisione giudiziale va fatta ad un duplice fine<sup>533</sup>.

Da un lato si tratta di rilevare la regola o *ratio decidendi* che sta alla base della decisione stessa<sup>534</sup>. Dall'altro lato, si tratta di verificare i rapporti di quella decisione con altre decisioni su casi simili o analoghi al fine di fare una sintesi della giurisprudenza, o delle sue varie correnti, su un dato problema o su problemi connessi, rilevando le armonie o le disarmonie, apparenti o recondite, in relazione anche a diversi periodi di tempo.

Sulla base di questo assunto, l'Autore ha sostenuto che le regole o le tecniche di studio della decisione giudiziale non si presentano diversamente nel sistema dei paesi di *common law* rispetto al nostro sistema. Si tratta sempre di ricercare la *ratio decidendi* o regola base della decisione e di verificare poi quale sia, in un dato ordinamento, il valore di quella *ratio* o regola. Piuttosto, le regole o tecniche in esame cambiano a seconda della diversa struttura della sentenza e a seconda di quello che Cardozo intendeva come *judicial process*. Esse devono, quindi, essere adatte alla particolare struttura della nostra sentenza, quella struttura che è determinata dalla nostra legge processuale, dalla nostra prassi, dal nostro abito mentale, ovvero dal nostro *judicial process*.

É da notare, inoltre, che le regole o tecniche dell'interpretazione della sentenza sono molto diverse sotto i due aspetti più sopra evidenziati, dalle regole proprie della

---

<sup>532</sup> É il cosiddetto requisito della rilevanza della questione di legittimità costituzionale previsto dalla Legge n. 87 del 1953.

<sup>533</sup> Cfr. GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza*, cit., pp. 81-82.

<sup>534</sup> La *ratio decidendi* o criterio della decisione, o regola che sta alla base della decisione stessa, equivale, *mutatis mutandis*, al «principio di diritto» di cui all'art. 384 c.p.c. (v. anche l'art. 374 c.p.c.). Cfr. in proposito ANDRIOLI, *Massime consolidate della Corte di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, pp. 252-253; *Commento* 1960, II°, sub art. 384 pp. 583-585; *Appunti di dir. proc. civ.*, 1964, pp. 173-175. Su ciò si veda anche MICHELI, *L'enunciazione del principio di diritto da parte della Corte di cassazione*, etc., in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 1942, pp. 12 ss. dell'estratto n. 8 ss.; nonché MAZZARELLA, *Appunti a proposito di principio di diritto e cassazione sostitutiva*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, pp. 1465 ss., specialmente p. 1488.

interpretazione della legge scritta o di quelle formule che ci sono familiari , specialmente nei nostri codici.

Invero, quanto al primo aspetto menzionato da Gorla, non v'è nella sentenza una proposizione ufficiale ed esclusiva, quale si trova nella legge scritta<sup>535</sup>. Né l'opera di sintesi e di sistemazione della giurisprudenza è analoga a quella della sintesi o della sistemazione delle varie proposizioni legislative.

*i. La ricerca della ratio decidendi*

Una volta stabilito il legame tra il precedente e l'argomentazione razionale che conduce alla decisione, occorre porsi una domanda fondamentale, ovverosia: quale argomento conta di più all'interno della stessa sentenza? Spesso le motivazioni si compongono di più argomenti ma non tutti sono utili per definire un precedente. Per alcuni anni nel corso del XX secolo, i filosofi del diritto di common law si sono sforzati di trovare qualcosa di simile ad un metodo che consentisse di estrarre dalle sentenze le regole per i precedenti.

Già nel XVII secolo, William Fulbeck tracciò una distinzione tra il "principal point" e i "by-matters" (o argomenti secondarie) rinvenibili nelle decisioni<sup>536</sup>. Alcuni decenni dopo, C. J. Vaughan sostenne davanti alla Court of Common Pleas che gli argomenti secondari erano di scarsa o nessuna importanza. Nelle parole dello stesso Vaughan, «[u]n argomento reso in giudizio, se non necessario alla sentenza di modo che questa avrebbe potuto essere resa anche senza, non costituisce un argomento giurisprudenziale, o almeno non più di un gratis dictum»<sup>537</sup>. In altri termini, gli argomenti secondari sarebbero identificabili in relazione al fatto che la sentenza o, comunque, il punto principale non muterebbero nel caso questi argomenti venissero meno. Sebbene questo test non sembri particolarmente affidabile, quel che preme

---

<sup>535</sup> Cfr. DOWLING-PATTERSON-POWELL, *Materials for Legal Method*, Brooklyn: Foundation Press, 1952, p. 3.

<sup>536</sup> FULBECK, *Direction, or Preparative to the Study of Law*, London: Clark, 1829; orig. publ. 1600, 237-8, Cfr. anche DUXBURY, *op. cit.*, p. 67.

<sup>537</sup> *Bole v. Horton* (1673), Vaugh. 360, 382 ove si legge: «An opinion given in Court, if not necessary to the judgment given of record, but that it might have been as well given if no such, or a contrary, opinion had been broach'd is no judicial opinion, nor more than a gratis dictum».

evidenziare è che già nel corso del '600 la questione era oggetto di discussione nel mondo anglosassone<sup>538</sup>.

Successivamente si cominciarono ad usare le espressioni “*ratio decidendi*” ed “*obiter dictum*”. La prima può essere intesa letteralmente in due accezioni, ovverosia come ‘ragione della decisione’ e come ‘ragione per decidere’<sup>539</sup>. Non si deve da ciò concludere, però, che la *ratio decidendi* di una sentenza si identifichi con l’argomentazione svolta in motivazione. L’argomentazione può essere parte della *ratio* così come può darsi che vi siano argomenti che costituiscono solo degli *obiter dicta*.

Un “*obiter dictum*” è letteralmente un’affermazione a proposito”. Nelle motivazioni delle sentenze, i passaggi che costituiscono *obiter dicta* emergono in varie forme – possono semplicemente essere non necessari rispetto alla conclusione, o non correlati con i fatti di causa o relativi ad una questione che nessuna della parti ha sostenuto – e potrebbero venire formulati dal giudice con meno accuratezza e rigore rispetto al caso in cui lo stesso passaggio fosse stato parte dell’argomento decisivo.

I giuristi di common law hanno per lungo tempo tentato di articolare ulteriori distinzioni sulla dicotomia di base *ratio/obiter* sostenendo, per esempio, che una decisione può contenere un “*holding*” che sarebbe più autoritativo della *ratio decidendi*, o che possono darsi anche dei “*judicial dicta*” meno autoritativi delle *rationes* ma più di qualsiasi *obiter dicta*<sup>540</sup>. Tuttavia, è la distinzione di base che si è dimostrata più efficace e duratura.

È stato sostenuto da un giurista di civil law che «il peso argomentativo della *ratio* di un caso è in parte determinato dalle meta-regole osservate dalla comunità di giudici ed avvocati per considerare i precedenti»<sup>541</sup>. Maggiore è lo sforzo dedicato a

---

<sup>538</sup> La distinzione sembra che sia emersa quando le decisioni su demurrer hanno cominciato ad essere meno comuni. Un collegamento tra i due sviluppi potrebbe essere plausibile dal momento che i giudici potrebbero essere diventati meno inclini ad offrire motivazioni ufficiali su problemi ipotetici (come nel caso in cui la parte convenuta sostenesse che continuerebbe a non esserci fondamento del giudizio anche se tutti i fatti affermati dall’attore si rivelassero veri) avrebbero sviluppato qualche criterio per minimizzare il significato di pronunce giudiziali ipotetiche. V. SIMPSON, *The Ratio decidendi of a Case*, pp. 160-1.

<sup>539</sup> V. Halsbury’s *Laws of England* cit., 292, para. 573: «The enunciation of the reason or principle upon which a question before a court has been decided is alone binding as a precedent. This underlying principle is called *ratio decidendi*».

<sup>540</sup> V., ad esempio, LEWELLYN, *The Case Law System in America*, ed. GEWIRTZ, trad. Ansaldo, Chicago: University of Chicago Press, 1989 [1933], pp. 14-15.

<sup>541</sup> SILTALA, *A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*, Oxford: Hart, 2000, 148; DUXBURY, *op. cit.*, p. 68.

distinguere cosa costituisce una *ratio* e cosa un obiter dictum, più probabile sembrerà che tali meta-regole non siano mai esistite. In *The Common Law Tradition*, Karl Llewellyn ha liquidato la ricerca della *ratio* decidendi come la futile attività di «procurare la risposta singola che non è mai singola» e, per quel che riguarda le meta-regole sull'uso dei precedenti, ha dichiarato che ve ne sarebbero almeno sessantaquattro che giudici ed avvocati potrebbero usare<sup>542</sup>. Nessun autore in dottrina è stato in grado di formulare in maniera soddisfacente una definizione od un metodo di identificazione delle *ratio* decidendi ed, in conseguenza, l'uso che di questi concetti è stato fatto in ambito giudiziario si è rivelato, per citare un filosofo del diritto, «approssimativo ed incoerente»<sup>543</sup>.

Come ha rilevato in numerose occasioni anche Gino Gorla, capita che i giudici ritengano di considerare un obiter dictum contenuto in un precedente come se fosse la *ratio* decidendi. Inoltre, anche se un determinato passaggio argomentativo viene correttamente riconosciuto come obiter dictum, data la sua pertinenza al caso concreto e l'autorevolezza del giudice che lo ha emesso, non di rado si verifica che venga applicato magari persino in preferenza di una *ratio* decidendi elaborata da un giudice di grado inferiore<sup>544</sup>.

Nonostante questa disinvoltura nella considerazione dei precedenti, va tenuto presente che l'estrapolazione della *ratio* decidendi resta un momento delicato e fondamentale per comprendere la portata della giurisprudenza.

Secondo Neil Duxbury è certamente sbagliato definire la *ratio* decidendi come quella proposizione della sentenza senza la quale muterebbe la decisione. Infatti, nell'ipotesi in cui la corte abbia fondato il proprio giudizio su due argomenti

---

<sup>542</sup> LEWELLYN, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Boston: Little, Brown & Co., 1960, 14 n. 9, 77-91.

<sup>543</sup> GOTTLIEB, *The Logic of Choice: An Investigation of the Concepts of Rule and Rationality*, London: Allen & Unwin, 1968, 78.

<sup>544</sup> V. PATON-SAWER, *Ratio decidendi and Obiter Dictum in Appellate Courts*, (1947) 63 LQR 461-85 pp. 475-6. MacCormik has observed more generally that 'obiter dicta are not to be dismissed merely because they are not binding. These after all include judges' discussion of the inherent values of the law, their weighing of principles, and indeed their attempts to formulate principle hitherto more implicit than explicit in the law. Much legal argument concerns matters such as these, and the absence of strictly binding force in such dicta is irrelevant to their broader value as an element in legal discourse. Moreover, it is not only as binding precedents that lawyers read cases. MACCORMIK, *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 160; V. anche *Tees Conservancy Commissioners v. James* (1935) e *Salford Corporation v. Lancashire County Council* (1890).

principali, rimuoverne uno non portebbe ad alcun mutamento, posto che entrambi sarebbero in grado di reggere autonomamente la medesima conclusione. In altri termini, se un giudizio contiene due *rationes* valide e indipendenti, questa verifica porterebbe ad affermare che si tratta di due obiter dicta visto che nessuna delle due risulterebbe necessaria alla decisione<sup>545</sup>.

Nel 1892 Eugene Wambaugh provò ad offrire un diverso criterio di verifica che si risolveva nell'inversione del significato della proposizione al fine di determinare se la decisione sarebbe mutata o meno<sup>546</sup>. Tuttavia, anche questa proposta era destinata a cadere nella medesima fallacia del criterio precedente. Nel 1909 ci provò anche John Chipman Gray formulando un test che valorizzava la funzione di una determinata proposizione all'interno del percorso argomentativo ma anche in questo caso la proposta non risultò illuminante dal momento che lasciava all'interprete il compito di valutare i collegamenti logici tra le diverse proposizioni<sup>547</sup>. La medesima obiezione può anche essere mossa verso la definizione formulata da Rupert Cross in base alla quale «la *ratio* è qualsiasi regola giuridica esplicitamente o implicitamente trattata dal giudice come un passaggio necessario per raggiungere le sue conclusioni, tenendo presente il percorso argomentativo adottato»<sup>548</sup>.

Il giurista che più si è avvicinato a formulare una definizione soddisfacente di *ratio* decidendi è stato Arthur Goodhart nel 1934<sup>549</sup>. Questi affermò che gli studiosi, talvolta, confondono la *ratio* decidendi di un caso perché tendono ad elaborarla partendo da considerazioni che la corte non ha mai svolto. Per individuare correttamente la *ratio* di un precedente occorre, secondo Goodhart, attenersi alle basi su cui il caso è stato deciso e tralasciare quelle sulle quali avrebbe potuto essere risolto. Goodhart sembra, quindi, proporre una valorizzazione dei fatti di causa come limite per circoscrivere la portata della *ratio* dei precedenti e per questa ragione ricevette severe critiche da parte dei realisti legali, sebbene abbia successivamente cambiato le proprie posizioni per adeguarsi maggiormente al pensiero di Frances e

---

<sup>545</sup> DUXBURY, *op. cit.*, p. 76.

<sup>546</sup> WAMBAUGH, *The Study of Cases*, Boston: Little, Brown & Co., 1892.

<sup>547</sup> GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, New York: Columbia University Press, 1909.

<sup>548</sup> CROSS, *Precedent in English Law*, cit.

<sup>549</sup> GOODHART, *Precedent in English and Continental Law*, (1934), 50 LQR 40 -65 at 58; DUXBURY, *op. cit.*, p. 80.

Oliphant. Non sfugge, peraltro, come la tesi di Goodhart potesse condurre a dover indagare, oltreché l'intenzione del legislatore, anche quella del giudice, rischiando di travisare la funzione di precedenti. Tuttavia, il contributo più significativo che questo Autore ha lasciato resta sicuramente l'elaborazione della *ratio* attraverso i fatti di causa. Nella sua opera più importante, *Determining the Ratio of a Case*, ha, infatti, continuato a sostenere che: «[è] attraverso la scelta dei concreti fatti rilevanti che il giudice crea diritto»<sup>550</sup>. Il fatto che il giudice possa sbagliare nel selezionare i fatti rilevanti non ha alcuna importanza poiché anche in questo caso «non potremo ignorarli al fine di determinare i principio di giudizio che si è basato su di essi». Questa concezione della *ratio* decidendi ha il pregio di offrire una qualche guida nel definire il rapporto di analogia che deve sussistere tra due casi per poter ritenere il precedente applicabile dal momento che il giudice dovrà arrivare alla medesima conclusione raggiunta in passato a meno che non sussista un elemento di fatto ulteriore che è disposto a considerare rilevante o, viceversa, sia assente un fatto ritenuto rilevante nel caso precedente<sup>551</sup>.

Se si accetta questa concezione della *ratio* decidendi, si spiega perchè gli argomenti meramente ipotetici non possono che essere per definizione *obiter dicta*<sup>552</sup>. Sebbene le tesi di Goodhart siano state esposte molti anni fa, non pare di poco conto che ancora oggi molti studiosi e giudici le condividano nella sostanza, non soltanto negli ordinamenti di common law<sup>553</sup>.

---

<sup>550</sup> ID., *Determining the Ratio of a Case*, 1959, 22 MLR 117-24.

<sup>551</sup> *The Ratio decidendi of a Case*, 21-22

<sup>552</sup> *Ibid.* 22.23

<sup>553</sup> V., ad esempio, *Al-Mehdawi v. Secretary of State for the Home Dept.* [1990] 1 AC 876, 883, HL, per Taylor L.J.; *United Steelworkers of America v. Board of Education*, 209, Cal. Rptr. 16, 21 (Court of App., 1984), *Achen v. Pepsi-Cola Bottling Co. of Los Angeles*, 105, Cal. App. 113, 124; *SZEEU v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs* [2006] FCAFC 2 paras. 130-1 Fed. Ct. Australia, per Moore J. Cfr. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., pp. 134 ss. (nonché ANDRIOLI e REDENTI ivi citati) a proposito del problema analogo delle massime. Nota l'ANDRIOLI, *Massime consolidate della Corte di cassazione* (1948) cit., pp. 249-250, che la massima, in quanto non rappresenti un mero *obiter dictum* o non tenda ad una generalizzazione della *ratio decidendi* «deve individuare nel caso concreto i punti essenziali che hanno convinto il Supremo collegio a formulare una certa soluzione, descrivendo quella che i tedeschi chiamano *l'abstrakte Tatbestand*», ovvero quella parte "descrittiva" o "fattuale" della norma [il frastico, nella terminologia di RICHARD M. HARE, *The Language of Morals* (Oxford: Oxford University Press, 1952)] in cui viene definito il "tipo" di fatto (ovvero la classe o insieme di fatti) del quale la regola si occupa nel disporre che, se fatti di quel genere si verificano, allora si producono le conseguenze giuridiche previste dalla regola. Cfr. TARELLO, *La semantica del neustico. Osservazioni sulla "parte descrittiva" degli enunciati prescrittivi*, in ID., *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna: Il Mulino, 1974, pp. 329 ss.; UBERTO

Infatti, anche Gino Gorla ha accolto questa impostazione quando ha affermato che la *ratio decidendi* costituisce la «regola o criterio di decisione su cui oggettivamente (più che soggettivamente, secondo l'intento del giudice) poggia la decisione; e [al fine della sua individuazione] si debbono tenere [...] presenti i fatti rilevanti della causa, anche se non sono menzionati nella sentenza»<sup>554</sup>.

In effetti, anche secondo la dottrina italiana, l'attività di ricerca della *ratio decidendi*, o regola base della decisione, consiste soprattutto nella ricerca di quei fatti rilevanti<sup>555</sup>. Si pone poi un problema di formulare la regola, così trovata, in una proposizione chiara. La regola non si ricava, di per sé, da qualche proposizione, magari elegante, che spesso si trova sparsa nelle sentenze dei tribunali per quanto il metodo seguito dall'Ufficio italiano del Massimario lasci intendere il contrario. Tale proposizione, quando vi è, deve essere, semmai, verificata attraverso i fatti rilevanti.

Ciò vale perfino per il principio di diritto contemplato dall'art. 384 c.p.c.. A ben vedere la differenza di quest'ultimo principio rispetto a quello contenuto in una comune sentenza è che il secondo non è destinato dall'ordinamento ad orientare le altre corti<sup>556</sup>. Inoltre, il «principio di diritto» di cui all'art. 384 c.p.c. ha una funzione più limitata di quella della *ratio decidendi* come precedente giudiziale in genere, in quanto quel principio di diritto può limitarsi a contenere quanto basta come direttiva alla corte di rinvio per la decisione del caso *sub iudice*<sup>557</sup>.

Si tenga presente che anche nel caso dell'art. 384 c.p.c., se la corte di rinvio accerta fatti diversi da quelli presi a base dalla Corte di cassazione (ammesso che ciò

SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, nuova ed. a cura di A. PINTORE, Milano: Giuffrè, 1985, pp. 123 ss. La regola astratta derivante dai fatti della controversia è avvicinata, in un certo senso, alla dottrina legal della tradizione spagnola. Cfr sul punto SERRANO, *Die "Doctrina legal" des spanischen "Tribunal Supremo" in der rechtshistorischen Analyse des Justizbegriffs*, 16 *Ius Commune*, 219, 219-20, 241 (1989).

<sup>554</sup> Cfr. sul punto CARDOZO, *Jurisprudence*, (New York: ), p. 293 ove si legge: "Direi che dobbiamo distinguere tra il principio che viene applicato arguendo, il quale è spesso suscettibile di limitazioni senza mutare il risultato, e il principio c.d. "sine qua non", il quale deve essere accettato come necessario se il risultato deve essere quello".

<sup>555</sup> Nella common law, dove le tecniche o regole per la ricerca della *ratio decidendi* sono ben sperimentate e ben conosciute, si è detto che la *ratio decidendi*, o *rule of law* su cui la decisione si fonda, può definirsi come «i fatti rilevanti del caso più la decisione su di essi» (the material facts of the case plus the decision thereon). Cfr. GLANVILLE WILLIAMS, *Learning the law*, Londra: 1957, p. 66 e citazione di GOODHART *ivi*; si veda anche DUXBURY, *op. cit.*

<sup>556</sup> GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza*, cit., p. 81.

<sup>557</sup> Si veda sul punto ANDRIOLI, *Commento*, (1960) cit., p. 584, e *Appunti*, (1964) cit., pp. 174-175.

sia consentito alla Corte di rinvio), il principio di diritto stabilito dal Supremo collegio più non vale in linea teorica.

La ricerca della *ratio decidendi* presenta qualche analogia con l'interpretazione dei testi romani del Digesto e del codice in quanto casistici. Ma ivi il «fatto» è già offerto nei suoi elementi rilevanti, cioè depurato da quelli irrilevanti; ciò almeno tendenzialmente, perché anche nell'interpretazione di quei testi possono sorgere dubbi e discussioni su ciò che è rilevante nel «caso» offerto dal testo, specialmente nella comparazione con altri testi.

Si tenga presente che questa attività di interpretazione della sentenza al fine di estrarne la *ratio decidendi* è qualcosa di diverso dall'attività di interpretazione della sentenza al fine di ricercare ciò che è stato giudicato tra le parti, cioè di identificare il provvedimento giurisdizionale reso *inter partes*<sup>558</sup>, sebbene, come ha osservato Betti, le «due specie di interpretazione o ricerca si possano rendere mutui servigi».

Il canone aureo è quello della totalità, cioè dell'esame della sentenza nel suo complesso e nel quadro del caso. Il che implica che si debbano eventualmente ricercare *aliunde* i fatti di causa e lo svolgimento del processo, quando non siano adeguatamente menzionati nella sentenza. Si potrebbe a questo riguardo anche invocare, *mutatis mutandis*, il noto passo del Digesto 1, 3, 24: «Incivile est nisi tota lege perspecta una alicui particula eius preposita iudicare vel respondere». Peraltro Andrioli ha anche suggerito che, in favore del canone della totalità, può essere tratto un certo argomento anche dall'art. 132, n. 4, c.p.c. ove «svolgimento del processo» e «motivi in fatto e in diritto» sono considerati unitariamente.

Il ricercare la *ratio decidendi* del caso concreto, cioè della questione che effettivamente si presenta al giudice, implica anche che si debbano mettere da parte i cosiddetti *obiter dicta*, cioè quelle proposizioni che spesso si incontrano nelle sentenze ma che non sono necessarie alla decisione del caso. Come è stato notato, la distinzione fra *ratio decidendi* e *obiter dictum* si risolve nella ricerca dei fatti rilevanti di quel caso.

---

<sup>558</sup> Su questo diverso fine dell'interpretazione della sentenza cfr. DENTI, *L'interpretazione della sentenza civile*, in Studi nelle scienze giuridiche e sociali dell'università di Pavia, 1946 e autori ivi citati; BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., § 65 e ss.



Quanto sia delicata l'indagine per distinguere la *ratio decidendi* dall'*obiter dicta* ben sanno i giuristi di *common law*. Tuttavia tale dicotomia affligge da tempo anche i giuristi continentali che si accingono allo studio delle sentenze.

Andrioli, discorrendo sul tema delle massime, ha denominato gli *obiter dicta* come «sottobosco costituito da massime che non sono massime, sibbene brani indiscriminati della motivazione delle sentenze, svolazzi dottrinali dell'estensore o "pseudomassime", rispetto a quelle che contengono la *ratio decidendi*, limitata ai fatti rilevanti o anche generalizzata in proposizioni concettuali»<sup>559</sup>. In realtà Gorla ha osservato che gli *obiter dicta*, quando risulti che siano tali, non meritano tutti una simile considerazione<sup>560</sup>.

Nelle parole dell'autore «è un arte, per cui occorre esperienza, quella di distinguere fra *obiter dicta* e *ratio decidendi*». Gli *obiter dicta* godono di una certa autorità, da noi come nei paesi di *common law*; si tratta, però, di un'autorità derivante dal prestigio di chi o della corte che li ha pronunciati, e quindi diversa e minore dell'autorità della *ratio decidendi*. Questa ha, o dovrebbe avere, quella maggiore autorità che le deriva dall'essere il criterio o regola base della decisione dell'effettivo conflitto fra le parti, del caso reale e presente al giudice, e quindi dalla responsabilità di questi nel risolverlo.

Tuttavia si può ritenere che da noi gli *obiter dicta* godano di maggior considerazione di quella che ricevono nei paesi di *common law* anche perché le massime offerte dall'Ufficio del Massimario sono spesso di questa natura senza che il lettore se ne possa rendere conto.

Accanto agli *obiter dicta* in senso stretto stanno le generalizzazioni della *ratio decidendi* del caso concreto con i relativi fatti rilevanti: generalizzazioni che tendono ad esprimere in forma concettuale astratta quello schema regolatorio, estendendolo così a casi analoghi o presentandolo come incluso in un principio più generale. Questi altri *dicta* ( che non sono degli *obiter*) potrebbero anche rappresentare, nell'intento del giudice, la *ratio decidendi*, ma necessitano di essere sempre verificati<sup>561</sup>.

---

<sup>559</sup> Cfr ANDRIOLI, *Massime consolidate della Corte di cassazione*, (1948) cit., pp. 249-250.

<sup>560</sup> Cfr. GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze* (1964) cit., p. 83.

<sup>561</sup> Per esempi del genere cfr. GLANVILLE WILLIAMS, (1957) cit., p. 76; ANDRIOLI, *Massime consolidate della Corte di cassazione* (1948), cit., pp. 251-252 che contrappone questo tipo di massime

Sulla base di queste osservazioni, non pare azzardato condividere anche con riferimento al contesto italiano, le considerazioni di Cardozo quando ha affermato che «ciò che è sospetto e pericoloso non è la ricerca dei principî, ma la prontezza a canonizzarli troppo velocemente prima che il loro valore sia stato verificato con il tempo»<sup>562</sup>. Ciò da cui dobbiamo diffidare, in altre parole, sarebbe l'idea per la quale solo perché un principio è stato formulato come la *ratio decidendi* di una data questione, esso debba in conseguenza essere applicato come soluzione di altri problemi, indipendentemente dalle conseguenze e da eventuali fattori devianti, in modo inflessibile ed automatico, in tutta la sua originaria generalità. Si spiega, pertanto, l'inaffidabilità delle massime come strumento per veicolare informazioni giuridicamente rilevanti.

Ciò su cui si deve rivolgere l'attenzione è la capacità del principio generalizzato, della *ratio decidendi*, di riprodursi coerentemente e senza condizioni ovvero di riproporre lo schema assiomatico di cui è portatore negli stessi termini ma in contesti diversi.

Holdsworth, nel suo *Some Lesson from Legal History*, cita le parole di Lord Mansfield, «Il diritto non consiste di casi particolari, ma di principî generali che sono illustrati e spiegati in tali casi». Questo passo è seguito da una puntuale citazione di un saggio di Sir Frederick Pollock: «L'autorità normativa giudiziaria non appartiene alle esatte parole usate in questa o quella sentenza, e neppure a tutte le motivazioni rese, ma soltanto al principio riconosciuto o applicato come fondamento necessario per la decisione».

La difficile distinzione tra *rationes decidendi* ed *obiter dicta* ha, in effetti, un'importanza pratica maggiore di quello che può apparire in prima analisi. In riferimento al problema della certezza del diritto, nella sentenza della *Court of Appeals* inglese del 20 dicembre 1973, *Harper and others, v. National Coal Board*, sui termini di prescrizione e decadenza dell'azione di risarcimento danni, detta distinzione assume

---

a quelle aderenti alla abstrakte Tatbestand; cfr. anche POUND, *Hierarchy of sources in different systems of law*, *Tulane Law Review*, 1933, p. 475.

<sup>562</sup> CARDOZO, *Jurisprudence*, cit., pp. 290-291.

una specifica rilevanza in relazione all'esigenza di allentare le rigidità dello *stare decisis* inglese<sup>563</sup>.

L'analisi che Lord Denning svolge della sentenza resa dalla *House of Lords* nel *Dodd's case*<sup>564</sup>, scomponendo e ricomponendo maggioranze e minoranze, quasi come in un «gioco delle tre carte», non è una pura esercitazione logica, ma una chiara strategia volta a smantellare l'autorità di un precedente.

La *House of Lords*, infatti, riconobbe in quel caso con una maggioranza di tre giudici contro due la tempestività dell'azione di risarcimento danni proposta dal ricorrente per la malattia contratta in conseguenza di una lunga esposizione a sostanze nocive sul luogo di lavoro. L'estensore della sentenza per la *Court of Appeals* rilevò che una tale «differenza di opinioni lascia perplessi». Infatti Lord Reid e Lord Morris of Borth-y-Gest, due dei giudici della maggioranza, avevano accettato la tesi in base alla quale il termine di prescrizione non decorre fin quando non si è avuta conoscenza dell'esistenza di una *worthwhile cause of action*, ovvero fin quando non si è in grado di individuare un presunto responsabile contro il quale la legge consente di promuovere l'azione. Altri due giudici, Lord Simon of Glaisdale e Lord Salmon, ritennero che il termine di prescrizione iniziasse a decorrere dal momento in cui «si ha conoscenza dei fatti», anche se non si sa ancora dell'esistenza di una *worthwhile cause of action*. Una terza diversa opinione venne espressa dal quinto giudice, Lord Pearson, il quale, pur condividendo le conclusioni della maggioranza, addusse che il punto centrale era che il ricorrente non era stato in grado prima di una certa data di collegare eziologicamente le lesioni da lui riportate alla condotta dei datori di lavoro ma che il principio di diritto sostenuto dalla minoranza dovesse ritenersi corretto. In altre parole, non sussisteva una *ratio decidendi* condivisa dalla maggioranza dei giudici. Si tratta, in effetti, di una tipica ipotesi nella quale la presenza di opinioni separate concorrenti consente di arrivare ad una decisione condivisa dalla maggioranza dei giudici, senza che la medesima maggioranza condivida la *ratio decidendi*. In casi come questo l'autorità del precedente si rivela particolarmente debole proprio a causa della frammentazione dei percorsi logico-argomentativi.

---

<sup>563</sup> ALBISINNI-MOCCIA, *Termine di prescrizione, precedente giudiziale ed «ignorantia iuris»*, in *Foro it.*, 1975, IV, pp. 134-140.

<sup>564</sup> Cfr. *Smith & Dodd v. Central Asbestos Co. Ltd.* [1973] A.C. 518.

In conseguenza, il giudice estensore della *Court of Appeals* concluse che non fosse possibile individuare alcuna *ratio decidendi* nella decisione della *House of Lords* e, pertanto, fosse possibile adottare quell'interpretazione che sarebbe sembrata più corretta agli stessi giudici della Corte d'Appello. In questo modo Lord Denning non fece altro che svuotare di ogni contenuto la pronuncia della *House of Lords*, arrivando all'assurdo di una pronuncia priva di principio di diritto ovvero contenente principi di diritto che si eliderebbero a vicenda.

In realtà, a ben guardare, la sentenza della *House of Lords* non era priva di motivazione, perché tre giudici su cinque avevano espressamente criticato la giurisprudenza della *Court of Appeal*, affermando che il termine di prescrizione inizia a decorrere dal momento in cui si conoscono i fatti e non da quello in cui si sa di avere una fondata *cause of action*. È pure vero che uno dei tre giudici, Lord Pearson, aveva espresso questa motivazione in *obiter dictum*, ma proprio ciò era indice della volontà di questo giudice di permettere l'affermazione di un principio di diritto in tal senso, al di là della decisione del caso concreto all'esame della *House of Lords*.

Ciò nonostante, la *Court of Appeals*, giocando proprio sulla contrapposizione fra *ratio decidendi* ed *obiter dictum*, riuscì a negare ogni valore alla decisione della *House of Lords*.

Questo atteggiamento era espressione di un processo dialettico tra i vertici del potere giudiziario inglese che ha portato ad una rimediazione del ruolo del precedente giudiziale nella dinamica dell'ordinamento. È noto che la *House of Lords* nel 1966 ha sentito l'esigenza di affermare, nell'esercizio del suo potere regolamentare, la facoltà di discostarsi dai propri precedenti. La *Court of Appeals*, a sua volta, ha da tempo affermato di non sentire il dovere di rispettare le proprie precedenti decisioni rese per *incuriam*<sup>565</sup>. In alcune sentenze del 1968 e del 1969<sup>566</sup>, poi, alcuni giudici di questa corte hanno sostenuto che essa ha la facoltà di recedere dalle proprie precedenti decisioni, ancorché non formalmente viziate per *incuriam*<sup>567</sup>. La decisione del caso

---

<sup>565</sup> Si intendono rese per *incuriam* le decisioni gravemente viziate, ad esempio per non aver tenuto conto di disposizioni di legge o di precedenti giudiziali contrari alla decisione resa. Leading-case in materia è *Morelle Ltd. v. Wakeling* [1955 + 2 Q.B. 389. In dottrina vedi per tutti CROSS, *Precedent in English Law*, cit., pp. 133 ss.

<sup>566</sup> *W. & J.B. Eastwood Ltd. v. Herrod* [1968] 2 Q.B. 924, p. 934; *Gallie v. Lee* [1969] 2 W.L.R. 901.

<sup>567</sup> È significativo che questo orientamento della *Court of Appeals* si manifesti immediatamente dopo la succitata pronuncia della *House of Lords*. Per usare le parole di Lord Denning, come sempre portavoce

*Harper and others v. National Coal Board*, ha contribuito a confermare che il valore dei precedenti in un prototipico sistema di *common law* come il Regno Unito, non è più collegato all'autorità formale di una determinata corte di vertice come la *House of Lords*, ma dipende in massima parte dalla natura e dalla portata della *ratio decidendi* che conduce alla risoluzione del caso.

ii. *La verifica del rapporto tra la sentenza e i precedenti*

Quanto alla verifica dei rapporti di una determinata sentenza con altre decisioni su casi simili o analoghi, è preliminare la tecnica del «distinguere». Si tratta, cioè, di vedere se e come l'apparente contrasto fra due decisioni, e relative *rationes decidendi*, si spieghi sulla base di certe differenze dei fatti di ciascun caso, differenze appunto rilevanti a spiegare quel contrasto. O, viceversa, si tratta di vedere se e come due decisioni apparentemente simili siano in realtà diverse sulla base dei fatti rilevanti in ciascun caso. Anche qui, sotto questi due aspetti, è essenziale la ricerca dei fatti rilevanti. È questa la tecnica o «arte» del *distinguishing*, ben nota ai giuristi di *common law*, e da essi praticata con grande finezza, anche se talvolta si tratta in realtà di una finzione che serve ai giudici per mutare l'indirizzo di una giurisprudenza costruita sullo *stare decisis*, e cioè quando il giudice intende discostarsi dai precedenti. Si noti che il «distinguere» è importante anche per la formazione delle nostre massime al fine di non far apparire come diverse delle sentenze che in realtà non lo sono, o di non fare apparire simili delle sentenze diverse.

La tecnica del distinguere serve così anche allo scopo di rilevare le armonie e le disarmonie recondite della giurisprudenza. Questa tecnica è uno strumento essenziale per compiere la summenzionata opera di sintesi della giurisprudenza, opera che, come sostenuto da Gorla, si potrebbe chiamare, in senso lato, «interpretazione» della giurisprudenza su un dato problema o su problemi connessi. A sua volta questa operazione di comparazione e di sintesi dei vari casi giudiziari è essenziale all'intendimento di ciascuno di essi, poiché di fatto non esiste una sentenza isolata, ma ciascuna si inquadra o si dovrebbe inquadrare nell'insieme di altre.

---

degli orientamenti innovatori, «il vincolo del rispetto dei propri precedenti è una limitazione auto-imposta: siamo noi che, avendola imposta, possiamo rimuoverla. La *House of Lords* lo ha fatto. Perché non dovremmo fare lo stesso? Dobbiamo essere altrettanto liberi, né più né meno, di recedere dalle nostre precedenti decisioni, come la «House of Lords»; in *Gallie v. Lee*, cit., 913.

Peraltro, come già accennato, la verifica dei rapporti tra una data sentenza e i precedenti finisce per essere strettamente legata alla ricerca della *ratio decidendi*. In uno dei numerosi contributi di Gino Gorla per la definizione di una tecnica di estrazione della *rationes decidendi*, l'autore ha proposto due regole<sup>568</sup>.

Secondo la prima regola, fra il criterio di decisione risultante dalla fattispecie decisa e relativi fatti rilevanti, da un lato, e, dall'altro, il criterio più generalizzante o astratto espresso in certe proposizioni della sentenza, si dovrebbe scegliere il primo quando il secondo dia luogo a perplessità gravi o risulti impreciso e privo di una linea direttiva.

In base alla seconda regola, nella stessa situazione di perplessità o dubbio, a maggior ragione si deve scegliere il primo criterio quando il secondo urti contro altri provvedimenti della legge scritta, o quando sia difficilmente armonizzabile con essi, o, ancora, quando sia in contrasto con l'opinione dominante e i relativi precedenti.

A questa conclusione l'autore giunge dopo aver esaminato attentamente le regole emergenti da tre casi risalenti concernenti la revoca dell'offerta contrattuale: il caso Vitrano v. Cassarà<sup>569</sup>, il caso Genovese v. Gerbino<sup>570</sup> e il caso Pece v. Tonti<sup>571</sup>. A partire dal caso Genovese v. Gerbino, l'autore rileva come il principio di diritto attorno al quale si incardina la lite è quello in base al quale le dichiarazioni contrattuali di offerta, accettazione e revoca, per essere tali, devono essere dirette o rivolte al loro «naturale destinatario», cioè all'altra parte, e non ad un terzo. L'idoneità di questo principio a fungere da *ratio decidendi* discende dal legame con il fatto rilevante della controversia che contemplava la consegna della dichiarazione di revoca ad un messo o *nuncius* del revocante piuttosto che a un mezzo di trasmissione della comunicazione ordinariamente disponibile al pubblico. A questo punto l'autore si pone il problema della estensibilità della *ratio decidendi* o, se vogliamo, della sua ulteriore «astraibilità» in forma di massima.

Sotto questo profilo sorgono, però diversi dubbi in rapporto ai principî emergenti dalle altre sentenze e, più in generale, dalla giurisprudenza dominante.

---

<sup>568</sup> Cfr. GORLA, «*Ratio decidendi*», principio di diritto (e «*obiter dictum*»). - A proposito di alcune sentenze in tema di revoca dell'offerta contrattuale, in *Foro it.*, 1964, V, pp. 89-103.

<sup>569</sup> C. C. Cass. 30 marzo 1951, n. 711 (Vitrano v. Cassarà), in *Foro it.*, Mass., 171.

<sup>570</sup> C. C. Cass. 5 febbraio 1953, n. 290 (Genovese v. Gerbino), in *Giust. civ.* 1953, 394.

<sup>571</sup> C. C. Cass. 28 febbraio 1957, n. 725 (Pece v. Tonti), in *Giust. civ.* 1957, I, 1294.

Infatti, da un lato si menziona il criterio della «idoneità del mezzo adoperato per la comunicazione della revoca al conseguimento del fine» e, dall'altro, si menziona il criterio della condotta colpevole del revocante nel non aver adoperato l'ordinaria diligenza per comunicare la revoca. Si tratta, in altre parole, di ulteriori regole potenzialmente idonee a generare un principio di diritto sul punto e derivanti da contesti fattuali diversi. Gorla rileva opportunamente come tali ultimi due criteri non si prestino al caso *Genovese v. Gerbino* per non essere collegati fattualmente ad esso ed in quanto conducono a conseguenze incompatibili con tale decisione. Ecco che si comprende come la definizione della *ratio decidendi* sia strettamente collegata all'individuazione degli *abstrakte Tatbestand* ovvero i fatti che hanno una rilevanza a sé stante nella generazione della regola.

## **CAPITOLO III: PROSPETTIVA EMPIRICA E ANALISI GIURISPRUDENZIALE**

In un contesto dove il giudice può spingersi oltre il diritto positivo, una delle domande principali riguarda i limiti a questa attività giudiziale. Infatti, non va dimenticato che il giudice interpreta un ruolo costituzionale di primaria importanza attraverso l'esercizio di un grande potere. Tale potere, tuttavia, varia in base al tipo di corte che è chiamata a esercitarlo.

Per questa ragione, è stato ritenuto opportuno studiare il comportamento di diverse corti tenendo presente la funzione, la collocazione nell'ordinamento e i poteri attribuiti. Sotto questa prospettiva empirica, la ricerca è stata, quindi, organizzata prendendo in considerazione, da un lato, le differenze e i rapporti tra la Corte Costituzionale italiana e la Suprema Corte di Cassazione e, dall'altro lato, le peculiarità delle giurisdizioni europee e le loro interazioni con i giudici nazionali.

### **1. Legittimazione funzionale e il significato *erga omnes* dei precedenti di Cassazione**

A differenza degli altri organi di giurisdizione ordinaria, la Corte di cassazione è stata destinataria, da parte degli ordinamenti giudiziari, di un'espressa qualificazione - organo supremo di giustizia - e, in funzione di questa, di un complesso di funzioni esorbitanti dalla pura e semplice definizione dei giudizi disciplinati nei codici di procedura, sicché costantemente ci si è chiesti se ed in qual misura le norme processuali consentissero il perseguimento degli scopi dell'istituto e quanto, a loro volta, questi fossero poi rilevanti ai fini della comprensione e della corretta applicazione delle regole processuali<sup>572</sup>.

Ai tempi di Mortara non vi erano dubbi sulla necessità di operare la sintesi fra ordinamenti e codici. Non solo allo studio del processo di cassazione veniva premesso che «l'istituto della cassazione è destinato a mantenere uniformità nell'intelligenza e nell'osservanza della legge da parte dei magistrati che decidono sul merito delle liti», perché «è questa , come lo dimostra lo statuto delle moderne organizzazioni

---

<sup>572</sup> VELA, *La Corte suprema di cassazione, oggi*, in *Foro it.*, 1987, V, c. 215-222



giudiziarie, condizione fondamentale e garanzia precipua di corretta amministrazione della giustizia, nei paesi di diritto codificato», ma, si aggiungeva, «in altro modo non sarebbe possibile l'esercizio della speciale giurisdizione assegnata alla Corte suprema» se non esonerando quest'ultima dall'accertamento del fatto e legittimandola, invece, ad «esaminare le decisioni ad essa denunciate, solamente dal punto di vista della loro conformità alla legge»<sup>573</sup>.

Qualche decennio dopo Calamandrei metteva in luce le origini politiche della Cassazione e avvertiva che questa, se pur attraverso processi promuovibili ad istanza e nell'interesse della parte soccombente, opera «per uno scopo diverso da quello giurisdizionale», tale essendo il controllo e l'uniformazione della giurisprudenza. Da allora, come è stato già accennato, non è mancato chi nella Corte ha visto un'istituzione ibrida, nella quale si confondono il momento politico e quello giuridico; né chi, nell'ambito delle dottrine processuali, ha ritenuto giuridicamente corretto considerarla solo come l'organo preposto a governare un peculiare tipo di impugnazione.

Nota è, ad esempio, l'estrema posizione di Satta, il quale non solo considera utopia la scindibilità fra giudizio di merito e giudizio di - pura - legittimità, in quanto, dice, anche il secondo null'altro è che «direttamente una decisione sul caso concreto»; ma nega radicalmente che abbia senso giuridico occuparsi di uno scopo della cassazione ed identifica l'istituto con «il procedimento che si svolge davanti a quei giudici che costituiscono la Corte»: poiché la legge concepisce il ricorso per Cassazione come mezzo di impugnazione, la Corte è puramente e semplicemente il giudice di questa impugnazione<sup>574</sup>.

Vero è che codesta impostazione metodologica non ha conseguito l'unanimità presso gli studiosi. Ma è singolare che essa finisca per confermare i nuovi connotati che la Corte sta assumendo oggi. Dell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario tuttora vigente si tace o si parla con scoperta ironia e non già per la sua formulazione, indubbiamente prolissa e declamatoria, quanto proprio per la sua sostanza, ritenuta anacronistica.

---

<sup>573</sup> Cfr. MORTARA, *Manuale della Procedura Civile*, II, (Torino: 1898), p. 54; ID., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, IV, (Milano: 1909).

<sup>574</sup> Si veda in proposito, specialmente, la voce dedicata alla Corte nell'Enciclopedia del Diritto

Secondo Gino Gorla<sup>575</sup>, la «uniforme interpretazione della legge» di cui parla la norma non va considerata soltanto in relazione ai principî di certezza del diritto e di uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, ma anche in relazione ad un altro principio, ovvero quello dell'unità del diritto nello Stato<sup>576</sup>. Pare opportuno accennare brevemente a questi tre aspetti.

Per «certezza del diritto» s'intende la certezza di esso quale norma o criterio di condotta per chi intende compiere un dato atto (compreso il promuovere un'azione giudiziale o il resistervi) e vuol sapere quali ne siano gli effetti giuridici. Ciò postula che alla legge sia data una interpretazione uniforme in modo da poter fare un certo affidamento su di essa per compiere quell'atto. Ciò presuppone, inoltre, che i mutamenti di interpretazione abbiano effetto retroattivo rispetto a quell'atto o, comunque, colpiscano i relativi piani d'azione o procedimenti per compierlo.

Massimo Luciani<sup>577</sup> ha, inoltre, opportunamente sostenuto che la certezza debba essere intesa in un senso oggettivo e in un senso soggettivo, secondo due prospettive che sono significativamente diverse. Se, da un lato, ci si riferisce, generalmente, al concetto di certezza in senso oggettivo semplicemente con il termine «certezza», dall'altro, si tende a riferirsi al concetto di certezza in senso soggettivo con il termine «affidamento».<sup>578</sup>

Sebbene la certezza del diritto e l'affidamento nella sicurezza giuridica siano assiologicamente connessi e tendano non di rado nella pratica a sovrapporsi, essi si dimostrano strutturalmente, contenutisticamente e funzionalmente distinti. Sono distinti strutturalmente in quanto la certezza evoca un insieme di caratteristiche oggettive dell'ordinamento, mentre l'affidamento ha a che fare soprattutto con i diritti

---

<sup>575</sup> GORLA, *Postilla su «l'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi»*, in *Foro it.*, 1976, V, 127-143, p. 129.

<sup>576</sup> GORLA rileva gran parte degli autori (cfr., per tutti, Costantino Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, (Padova: CEDAM, 1974), I, p. 360 e II pp. 1024, 1273 e 1280) considerano in genere l'uniforme interpretazione della legge sotto gli aspetti della certezza del diritto e dell'uguaglianza, mentre ben pochi autori si sono interessati dell'aspetto dell'unità del diritto nello Stato. Fa eccezione ANDRIOLI nella sua presentazione della ristampa di CALAMANDREI, *La cassazione civile* (editore Morano); tale autore, infatti, rilevava come tendenze e pericoli di regionalismo giurisdizionale siano sempre presenti. I tre aspetti o funzioni dell'uniforme interpretazione si trovano ben sintetizzati in CALAMANDREI, *La cassazione civile*, (Torino, 1920), II, §§ 20, 27-28 e 117 ss.

<sup>577</sup> LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, Rivista AIC N.° 4/2014, 10/10/2014, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it).

<sup>578</sup> Si veda al riguardo Arnauts A. V., *Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherung an eine directrice des Rechts*, Tübingen: Mohr- Siebeck (2006), p. 151.

e le aspettative del cittadino; sono distinti contenutisticamente in quanto la certezza esige, appunto, conoscibilità, chiarezza e comprensibilità dei precetti normativi<sup>579</sup> oltrech  l'infallibilit  nell'applicazione delle sanzioni, mentre l'affidamento esige stabilit  dei rapporti giuridici e prevedibilit  dell'evoluzione delle scelte legislative; sono, infine, distinti funzionalmente in quanto la certezza presidia l'effettivit , l'efficienza e l'efficacia dell'ordinamento<sup>580</sup>, mentre l'affidamento tutela la sfera di libert  degli individui nel loro rapporto con il pubblico potere.

Se, per , l'affidamento   altrettanto determinante nello Stato di diritto quanto la certezza, lo si deve, secondo Luciani, alla fondamentale premessa contrattualista che ha consentito di definire lo statalismo moderno: lo Stato   inteso come il risultato di un patto fondativo tra i cittadini, che lo hanno creato quale strumento di garanzia della reciproca sicurezza. Il rapporto sicurezza/certezza/affidamento sarebbe addirittura costitutivo della essenza stessa della statualit , per come concepita dalla dottrina dello Stato e specialmente dello Stato di diritto, sicch  ogni attentato alla certezza e all'affidamento si presenta come un attentato allo stesso patto fondativo che ha dato vita allo Stato quale forma giuridico-politica di una comunit  di esseri umani.

La matrice culturale - in parte di origine illuministica - della vicenda storica dello Stato di diritto spiega, poi per altro versante, il saldo rapporto con la certezza : "uno dei cardini della concezione giuridica illuministica   [...]la rigida difesa della certezza del diritto"<sup>581</sup>, e lo   per la non secondaria ragione che l'illuminismo, riprendendo, sebbene rovesciandole, le suggestioni giusnaturalistiche, aveva visto nella legge l'espressione pi  della *ratio* che della *voluntas*, e proprio per questo l'aveva collocata al centro dell'edificio delle fonti normative.

Si comprende, quindi, come la certezza non possa essere considerata semplicemente come uno dei tanti valori o principi che nello Stato costituzionale di diritto sono destinati ad essere messi in relazione tra loro attraverso un processo di bilanciamento. Si tratta, semmai, della prospettiva dalla quale il poliedro dei valori

---

<sup>579</sup> Pare opportuno riCORDARE che la Corte Costituzionale si discostata dal principio *ignorantia legis non excusat* e ha dichiarato illegittimo l'art. 5 del codice penale "nella parte in cui non esclude dall'inescusabilit  dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile" (sent. n. 364 del 1988).

<sup>580</sup> Si veda al riguardo GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Digesto Disc. Priv.*, Sez. civ., Vol. II, Torino: UTET (1988), 275; CORSALE, *Certezza del diritto. I) Profili teorici*, in *Enc. Giur.*, Vol. VI, Roma: Istituto dell'Enciclopedia Italiana (1988), 1 ss.

<sup>581</sup> CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano: Comunit  (1966), p. 16.

costituzionali dovrebbe essere riguardato in quanto la certezza del diritto costituisce la specifica manifestazione giuridica del raccordo ordine-sicurezza-statalità. Seguendo la stessa linea argomentativa, Mitchel Lasser<sup>582</sup> è arrivato a definire la certezza del diritto come ‘principio funzionale’ o ‘meta-policy’ attraverso cui devono essere declinati gli altri principi al fine di preservare l’integrità dell’ordinamento<sup>583</sup>.

La «uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge» nel momento della sua interpretazione, significa che la legge deve essere interpretata in modo uguale per tutti coloro che si trovano in una data situazione o «caso»<sup>584</sup>. Qui l'atto si intende già compiuto, e pertanto l'uniforme interpretazione non serve come norma o criterio di condotta; né chi ha compiuto quell'atto si interessa alla retroattività o meno dei mutamenti di interpretazione. La disformità di interpretazione potrebbe anche essere contemporanea o quasi, nel senso che casi simili vengano decisi (con diversa interpretazione della legge) contemporaneamente o quasi dallo stesso o da altri giudici. Quando ciò avviene, mentre chi deve ancora compiere l'atto lamenta la mancanza dell'uniforme interpretazione come criterio di condotta, chi l'ha già compiuto (ed è stato giudicato con trattamento peggiore) lamenta la disuguaglianza.

Quanto alla «unità del diritto nello Stato», è da osservare che la «uniforme interpretazione della legge» in funzione di tale unità presuppone l'esistenza nello Stato di una pluralità di tribunali (in senso lato) e rappresenta l'esigenza che essi interpretino tutti nello stesso modo la legge. Ciò acquista una particolare importanza quando ciascuno di quei tribunali tenda ad instaurare ed osservare un proprio uso interpretativo, cioè, per dirla con Gorla, uno *stylus o consuetudo iudicandi*. In tal caso lo Stato, quanto all'interpretazione della legge, si smembrerebbe in giurisdizioni autonome o sovrane. Nell'ambito di ciascuna di esse, nella misura in cui si venga a

---

<sup>582</sup> LASSER, (2009), cit.

<sup>583</sup> ID.; vedi anche HULS-ADAMS-BOHMOFF, *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings. Judicial Deliberations and Beyond*, L'Aia: TMC Asser Press, 2009, p. 375.

<sup>584</sup> Questo principio dell'uguaglianza nell'interpretazione della legge viene fatto derivare dall'art. 3 della nostra Costituzione. Per verità, secondo GORLA, sembra trattarsi di qualcosa di diverso. Quel principio, infatti, opera anche nell'ambito di leggi discriminatorie o che stabiliscano diversità fra date categorie di cittadini, a parte la costituzionalità o meno di queste leggi: il principio stesso vigeva anche nei principati assoluti, ove non operava (almeno entro certi limiti) il principio posto dall'art. 3 della Costituzione repubblicana. Si veda GORLA, *Postilla*, cit., p. 130.

costituire detta *consuetudo iudicandi*, vi sarebbero la certezza del diritto<sup>585</sup> e l'uguaglianza nel senso più sopra esposto. Ma nello Stato non vi sarebbe più l'unità del diritto *sub specie interpretationis*<sup>586</sup>.

Per quanto riguarda i rapporti tra questa unità e l'uniforme interpretazione della legge in funzione della certezza del diritto e dell'uguaglianza, si può osservare che quell'unità presuppone la certezza e l'uguaglianza dell'interpretazione presso la Corte di cassazione. Presuppone, cioè, che la Corte scelga una fra le varie interpretazioni e di essa faccia la propria «giurisprudenza». Altrimenti ciascun tribunale potrebbe adottare una fra le più interpretazioni che si trovano presso la Corte di cassazione, potrà farne il proprio *stylus* o *consuetudo iudicandi*, e ne sarà tentato proprio per dare, nel territorio della sua competenza, quella certezza del diritto e quell'eguaglianza che mancano presso la Corte di cassazione. D'altra parte, l'inizio di *revirement* o recesso dalla giurisprudenza stabilitasi, determina una ricaduta nell'incertezza, la quale riprodurrà gli stessi effetti rispetto al principio di unità.

*i. L'inquadramento della funzione nomofilattica nell'ordinamento costituzionale*

Pare, quindi, opportuno inquadrare l'art. 65 ord. giud. in relazione all'art. 111 e agli artt. 101, 2° comma, e 107, 3° comma, della Costituzione, in quanto tali ultime norme vengono spesso invocate per affermare che la funzione della Corte di cassazione si realizza e si può realizzare soltanto mediante l'autorità «di fatto» o «morale» dei precedenti<sup>587</sup>.

---

<sup>585</sup> Senza dimenticare, tuttavia, che, se in base alle norme processuali, l'attore ha la scelta del foro competente per territorio, ciò si può riflettere in una incertezza sulla interpretazione della legge o giurisprudenza, che verrà applicata al caso.

<sup>586</sup> Questa funzione dell'uniforme interpretazione della legge, fa notare GORLA, è immanente nel processo formativo dello «Stato moderno» dal secolo XVI al XIX, ed è immanente, in particolare, nel processo formativo dello Stato unitario italiano dal 1860 in poi (su questa particolare immanenza, cfr. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, (1920), cit., II §§ 117 e ss. ). Occorre appena ricordare in proposito la storia delle quattro e poi cinque corti di cassazione, delle lotte e dei contrasti per arrivare prima alla Cassazione unica penale istituita con la legge del 6 dicembre 1888 e alle Sezioni Unite civili (a Roma) istituite con la stessa legge, e poi alla Cassazione unica civile nel 1924 (cfr. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, (1920) cit., II, § 128, p. 398 in nota). La unicità della Corte di cassazione è statuita anche dall'art. 111 Cost., talché una legge che ritornasse alle Cassazioni regionali dovrebbe essere approvata nei modi di modifica della Costituzione.

<sup>587</sup> Gli autori che accolgono questa opinione si trovano citati in D'ATENA, *La libertà interpretativa del giudice e l'intangibilità del «punto di diritto» enucleato dalla Cassazione* (in nota alla sentenza della Corte Costituzionale n. 50 del 1970), *Giur. cost.*, 1970, p. 363 ss. Altri autori si trovano in AGRÒ,

Anzitutto, pare piuttosto curioso che un legislatore sancisca in termini di legge la descrizione di un fatto, quale appunto quello di una mera autorità contingente e fattuale della giurisprudenza della Corte di cassazione. La funzione del legislatore non è quella di raccontare dei fatti o di descrivere delle situazioni fattuali.

In secondo luogo, l'art. 65 è intestato «Attribuzioni della Suprema Corte di cassazione»: il termine «attribuzioni» ha un significato tecnico che non permette di considerare la funzione di «assicurare la uniforme interpretazione della legge» come una mera funzione di fatto che si basa, cioè, su un'autorità fattuale o morale della giurisprudenza di Cassazione o su un dovere meramente morale di non discostarsi da essa.

Si può inoltre osservare che l'art. 65 menziona altre funzioni della Corte di cassazione, delle quali non si può dubitare che costituiscano «attribuzioni» in senso tecnico<sup>588</sup>, e parifica a queste la funzione di «assicurare l'uniforme interpretazione della legge». A questo punto si potrebbe obiettare che i redattori dell'art. 65 intesero fare un elenco delle attribuzioni della Corte di cassazione già risultanti *aliunde*; di modo ch , se l'attribuzione di «assicurare l'uniforme interpretazione della legge» non risultasse gi  da altre norme o principi giuridici, essa non potrebbe essere conferita alla Corte di cassazione con l'art. 65. Si tratterebbe pertanto di un errore dei redattori di quest'articolo.

A questa obiezione Gorla replica, anzitutto, che   assai dubbio che una erronea opinione dei redattori delle leggi sia in alcun modo rilevante, e, comunque, che non   sicuro che essi, per quanto concerne l'uniforme interpretazione della legge, intesero semplicemente riprodurre preesistenti norme o principi giuridici.

All'obiezione si pu  replicare altres  che l'attribuzione della Corte Suprema di «assicurare l'esatta osservanza della legge»   un'attribuzione in senso tecnico, e che la Corte ha il dovere di cassare le sentenze che violino la legge<sup>589</sup>. Peraltro, anche

---

*Commentario della Costituzione a cura di A. Scialoja e G. Branca*, 1975, art. 3, 1° comma, pp. 129-130 (specialmente quanto al principio di uguaglianza).

<sup>588</sup> Tali altre funzioni sono l'assicurazione del rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni (si veda art. 362 c.p.c.), il regolamento dei conflitti di competenza e dei conflitti di attribuzioni (art. 37 e 41 ss. e 362, 2° comma, n. 2, c.p.c.). La decisione su certi conflitti di attribuzione spetta ora alla Corte Costituzionale ai sensi dell'art. 134 Cost.

<sup>589</sup> Come   stato visto, era questa la funzione originaria della Cassazione, che poi venne estesa a quella di cassare per erronea o falsa interpretazione della legge. Sul punto cfr. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disp. prel. cod. civ.*, cit.

l'«assicurare» l'uniforme interpretazione della legge sotto l'aspetto dell'unità del diritto nello Stato rappresenta un'attribuzione in senso tecnico e, quindi, un dovere funzionale della Corte. Altrettanto può dirsi dell'«assicurare» la uniforme interpretazione sotto l'aspetto dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

Soltanto la nomofilachia in funzione della certezza del diritto non rappresenterebbe una attribuzione in senso tecnico della Corte. Al fine di risolvere questa dissonanza, tuttavia, occorre tenere presente che l'interpretazione dell'art. 65 non può essere fatta che attraverso i cosiddetti «criteri oggettivi» dell'interpretazione, cioè quelli che prescindono dall'intenzione del legislatore. Va detto che, fra i «criteri oggettivi», quando si tratta di principi fondamentali di un ordinamento giuridico (quali l'uguaglianza dei cittadini, la certezza del diritto e l'unità del diritto nazionale), si deve tenere presente che la realizzazione di simili principi non può essere affidata a mere situazioni di fatto.

Naturalmente va tenuto presente che per realizzare giuridicamente quei principi non è necessario instaurare un formale vincolo al rispetto dei precedenti, che, peraltro, si porrebbe in contrasto con la Costituzione. Tuttavia, se vi è un altro modo giuridico e costituzionalmente compatibile per attuare i tre principi fondamentali immanenti nell'uniforme interpretazione della legge, questo modo deve essere considerato come quello che per l'art. 65 ord. giud. attua i tre principi<sup>590</sup>. Tale modo sembra essere appunto il riferimento alla giurisprudenza nomofilattica di cassazione attraverso la quale si concilia la giurisprudenza costituzionale, per tramite della dottrina dell'interpretazione conforme, con la moltitudine di istanze provenienti dalle giurisdizioni di merito, senza escludere l'ipotesi di motivati discostamenti laddove le circostanze lo richiedano.

Non si tratta, quindi, di un vincolo analogo a quello che caratterizza le fonti legislative, di per se stesse idonee ad imporsi sui consociati a prescindere dalle esigenze di giustizia. Si tratta, piuttosto, di un obbligo-dovere di considerare le informazioni giuridiche fornite da uno strumento che l'ordinamento eleva a guida dell'operato di tutti i giudici. La considerazione di tali informazioni giuridiche si suppone che orienti l'applicazione delle fonti normative in un senso che sia conforme

---

<sup>590</sup> Riecheggia in questo passaggio la logica della dottrina dell'interpretazione conforme, come appropriatamente rilevato da GORLA, *Postilla*, cit., p. 135.

alle esigenze di giustizia e, pertanto, contempra l'eccezione, la particolarità o, comunque, l'elemento fattuale che giustifichi razionalmente il discostamento dal principio-guida enunciato dalla Cassazione. Si comprende, quindi, come la mancata osservanza del principio guida non può essere idonea a generare conseguenze pseudo-sanzionatorie laddove sia razionalmente motivata dalla funzione, tipica degli organi giurisdizionali, di conciliare il fatto con le esigenze di giustizia. Mentre, laddove tale razionale motivazione sia assente, il discostamento dovrà ritenersi arbitrario e, pertanto «errato», «falso» secondo l'accezione di cui all'art. 360 n. 3 c.p.c.. «[C]ome nella condotta in generale», scrive Cardozo, «così nel diritto, ciò che abbiamo fatto nel passato continueremo probabilmente a fare fino a che lo shock di una forza perturbante sia sufficiente da farci uscire dal percorso battuto»<sup>591</sup>.

A riprova di questa impostazione va osservato che l'espressione dell'art. 65 «assicurare» (l'uniforme interpretazione della legge) non significa «garantire» il risultato. In via teorica, si potrebbe garantire l'uniformità assoluta nell'interpretazione della legge soltanto conferendo all'obbligo di considerare i precedenti di cassazione la natura spettante al vincolo di osservare le norme di legge, di modo che la Corte di cassazione, una volta deciso un dato caso, non potrebbe più recedere dal precedente, per qualunque ragione, e dovrebbe sempre cassare le sentenze contrarie, salvo l'eventuale intervento correttivo del legislatore volto ad abrogare il precedente.

Nell'art. 65 l'espressione «(la Corte di cassazione) assicura» deve invece intendersi nel senso che la Corte di cassazione ha il compito di realizzare, nei modi possibili e consentiti dalla Costituzione, l'uniformità dell'interpretazione della legge. In questo senso, sorge innanzitutto, il dovere funzionale della Corte di non discostarsi dalla propria giurisprudenza se non per le ragioni gravi o congrue richieste dal caso e di orientare i giudici del merito attraverso i propri precedenti.

Tuttavia, tale strumento, non essendone presidiata l'immutabilità tanto quanto si riscontra per la legge, ha finito per essere connotato da molta parte della dottrina con la stigma della volatilità e della inaffidabilità. In altre parole, l'assenza di garanzie a tutela del pubblico affidamento sul precedente di Cassazione ha condotto ad uno svilimento del suo potenziale nelle sedi applicative, con indubbe ripercussioni sulle metodologie di utilizzo e sulla organizzazione delle fonti.

---

<sup>591</sup> CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, cit., pp. 28-29



La stessa funzione di nomofilachia è diventata oggetto di vasta e preoccupante diffidenza. In effetti, la Corte non sempre riesce ad orientare i giudici del merito ed il coordinamento con le altre magistrature superiori risulta spesso particolarmente difficile se non impossibile. In particolare i giudici monocratici, sebbene non sia stato dato seguito alla stravagante iniziativa di quel pretore ambrosiano che nel 1967 dubitò addirittura della legittimità costituzionale dell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario<sup>592</sup>, non di rado disattendono e talora avversano con spirito di aperta polemica la giurisprudenza della Corte. Si tratta, peraltro, di un atteggiamento formalmente legittimo essendo stata finalmente realizzata un'adeguata indipendenza dei giudici, mediante la loro liberazione dai condizionamenti gerarchici e di carriera provenienti in modo diretto o indiretto dai componenti della Cassazione. Ecco, quindi, che si spiega un'ulteriore ragione di affievolimento della percezione del dovere di conformarsi ai precedenti di cassazione.

Più grave di ogni altro, però, è il fatto che, in concreto, l'efficacia di gran parte del lavoro svolto dalla Corte tende oggi ad esaurirsi senza residui nella mera definizione del singolo giudizio di impugnazione, per cui all'infuori di questo la sentenza di cassazione non ha alcuna ragione di essere ricordata<sup>593</sup>. Molte decisioni risolvono dubbi, talora pretestuosi, sull'adeguatezza della motivazione del giudice di merito; altre suscitano perplessità per le affermazioni di principio che contengono, per le argomentazioni svolte, perfino per il contrasto in cui consapevolmente o inconsapevolmente si pongono con precedenti pronunce; altre ancora presentano una forma del tutto opinabile.

Vi è sufficiente convergenza sul fatto che fra le cause di questa situazione si colloca in prima linea l'eccessivo afflusso dei ricorsi<sup>594</sup>.

---

<sup>592</sup> Ricevendo, peraltro, una pur debole risposta dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 134 del 1968.

<sup>593</sup> Cfr. sul ruolo della Cassazione come mero giudice di ultima istanza, LIEBMAN, *Origini ed evoluzione della Corte di cassazione in Italia. Struttura e funzionamento dell'Istituto. Rapporti con la Corte Costituzionale*, in AA.VV. *Le Corti Supreme*, (Milano: Giuffrè, 1966), pp. 37 ss., TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, Bologna, Il Mulino, 1991, pp. 157 ss., LATTANZI, *Cassazione o terza istanza?*, in *C. Cass. pen.* 3, 2007, pp. 1369 ss., CARPI F., *Il tormentato filtro al ricorso in Cassazione*, in *Corr. giur.* 11, 2009, pp. 1443 ss., NAPPI, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di Cassazione*, Torino: Giappichelli, 2011, pp. 19 ss.

<sup>594</sup> VELA, *La Corte Suprema di cassazione, oggi* (1987), cit.

L'aumento del numero dei ricorsi ha significato, infatti, aumento del numero delle sentenze, aumento del numero dei procedimenti pendenti a fine anno, aumento della durata media del giudizio di Cassazione, aumento del numero dei magistrati e dei presidenti facenti funzioni, ecc.. Tale fenomeno ha significato, quasi come logica conseguenza, aumento dei *revirements* giurisprudenziali, aumento dei contrasti di giurisprudenza fra sezioni diverse, nell'ambito della stessa sezione, fra sezioni semplici e Sezioni Unite. Queste ultime sembrano quasi smarrite sotto il peso di oltre seicento regolamenti di giurisdizione che sopravvengono ogni anno e che impegnano oltre i due terzi dell'attività del nostro massimo consesso giurisdizionale.

Alberto Pizzorusso e Andrea Proto Pisani<sup>595</sup> hanno osservato che la diretta e scontata conseguenza di questo stato di cose è la diminuzione della qualità delle sentenze e, pertanto, della loro autorità di precedente.

Non è mancato, comunque, chi ha tentato di rimettere ordine in un sistema giudiziario che oscilla tra la autoreferenzialità di certi giudici del merito, la indifferenza di taluni consiglieri di cassazione e gli atti “para-normativi” del C.S.M.

Vela osserva che un primo dato incontrovertibile è che soltanto alla Cassazione è riservata realmente la condizione di organo supremo di giustizia<sup>596</sup>.

Non vi è, in questa qualificazione, alcuna contraddizione interna. È vero, infatti, che supremazia, come insegnano i vocabolari, vuol dire essere al di sopra di tutti, mentre in una moderna organizzazione giurisdizionale, quale aspira ad essere la nostra, non può esservi gerarchia tra i giudici, ma solo diversità di funzioni, corrispondenti ai vari ordini e gradi dei giudizi (art. 107, 3° comma, Cost.).

Ciò non toglie, però, che il termine “supremo” possa usarsi, senza intaccare tale principio, per designare il giudice che si trova collocato al culmine del sistema delle impugnazioni, in modo tale che mentre egli è preposto al sindacato delle sentenze altrui, le sue pronunce non siano, invece, impugnabili. Questa è appunto la posizione della Cassazione fra tutti gli organi giurisdizionali dello Stato.

Vi è stato chi ha proposto di creare qualche circoscritto mezzo di impugnazione delle sentenze della Cassazione per i casi più gravi, ma si è trattato di voce rimasta inascoltata, né poteva essere diversamente, dal momento che è inevitabile che ad un

---

<sup>595</sup> PIZZORUSSO-PROTO PISANI, *Per la Corte di Cassazione: Note introduttive*, in *Foro it.*, 1987, V, 207

<sup>596</sup> VELA, *La Corte Suprema di cassazione, oggi* (1987), cit.

certo punto la lite abbia termine e tutto si acquieti nel giudicato, che *pro veritate habetur*<sup>597</sup>. Né ovviamente contraddice quella situazione il fatto che la Corte costituzionale abbia ammesso, con la sentenza 30 gennaio 1986 n. 17<sup>598</sup>, la revocabilità di certe sentenze della Cassazione, posto che la revocazione è pronunciata dallo stesso giudice che è autore della sentenza da eliminare.

Neppure fornisce un argomento contrario l'art. 135, 1° comma, Cost., il quale annovera come magistrature supreme il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti insieme alla Corte di cassazione. Infatti, a differenza di quanto deve dirsi per l'art. 65 dell'ordinamento giudiziario, ci troviamo, secondo Vela, dinanzi ad una pura e semplice imprecisione di formulazione della legge, la quale d'altronde è diretta non a definire, ma solo ad indicare gli organi legittimati a designare i giudici costituzionali. È la stessa Costituzione che dimostra l'inesistenza di quelle supremazie, ammettendo contro le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti l'impugnazione «per motivi inerenti alla giurisdizione» (v. art. 111, ultimo comma).

Vero è che il Consiglio di Stato ha giurisdizione generale di ultima istanza su questioni inerenti la tutela degli interessi legittimi. È altrettanto vero, però, che l'art. 103, 1° comma, e l'art. 111, 7° comma, Cost. dimostrano come la regola non sia assoluta, perché l'uno esplicitamente considera l'esistenza di «altri organi di giustizia amministrativa», deputati quindi alla tutela degli interessi, e l'altro ammette, quale rimedio, anch'esso generale, il «ricorso in Cassazione per violazione di legge» «contro le sentenze... pronunciate dagli organi giurisdizionali ... speciali», così riducendo a principio un orientamento manifestato dal legislatore - nonostante quanto lascerebbe pensare l'art. 362, 1° comma, c.p.c. - in specifiche materie già prima dell'avvento della Costituzione repubblicana.

Se è così, si ravvisa nella Costituzione proprio quella riaffermazione della supremazia della Corte che si pretende, invece, di trovarvi negata, non potendo altrimenti spiegarsi come mai per la Cassazione non valgano, in determinati casi, neanche i limiti derivanti dei consueti criteri di riparto della funzione giurisdizionale fra giudice ordinario e giudice amministrativo. Satta, che pure, come s'è accennato, ha

---

<sup>597</sup> Si veda, anche, Corte cost. 12 luglio 1972, n. 136, *Foro it.*, 1972, I, c. 3006.

<sup>598</sup> *Id.*, 1986, I, 313.

una concezione riduttiva dell'istituto riconosce che all'art. 111 Cost. «non è estraneo il senso dell'indeclinabilità del massimo giudice, in una parola della sua autorità».

Se la Cassazione è appropriatamente definita organo supremo di giustizia, non può apparire senza significato che ad essa sola fra tutti gli organi giurisdizionali, si chieda di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, ancorché questi compiti trovino la loro possibilità di completa realizzazione già limitata dallo stesso ordinamento giuridico.

D'altra parte, se non ci si chiede quale effetto si suppone che esplichino le sentenze di Cassazione e quale struttura esse debbano avere, non è possibile rendersi conto appieno del significato della funzione nomofilattica. Il coordinamento tra la consapevolezza di un giudizio di ultima istanza e l'esercizio di una funzione interpretativa esplicitamente diretta ad assicurare l'uniformazione del diritto nazionale, dovrebbe suscitare nel giudice ordinario la ragionevole aspettativa che, in assenza di particolari giustificazioni, il deliberato discostamento da un precedente di Cassazione verrà considerato come un'«errata» applicazione del diritto. Tale aspettativa - in effetti oggi poco realistica a causa dei numerosi orientamenti contraddittori della stessa Corte - esplica i propri effetti sia verso la compagine dei giudici del merito, sia verso tutti i consociati che si ritrovino a rivolgersi ad un tribunale.

Già il tenere la Corte fuori dal fatto e da tutte le suggestioni che il suo accertamento e la sua valutazione comportano, l'esimerla dal dire se l'imputato è colpevole o se la parte ha torto o ha ragione, danno alle sentenze di quel giudice più il senso di prescrizioni sul come si deve giudicare in presenza di certi presupposti, che quello di un vero e proprio giudizio. D'altra parte l'istituzione di Cassazione e del relativo annesso Ufficio del Massimario sono stati delineati non tanto per risolvere le controversie in un ipotetico terzo grado, bensì per contenere ed ordinare gli orientamenti giurisprudenziali. Come è stato visto, è per questa ragione che la Corte «cassa», con o senza rinvio, o conferma le decisioni dei giudici del merito. L'art. 384, u.c., c.p.c., infatti, dispone che «[n]on sono soggette a cassazione le sentenze erroneamente motivate in diritto, quando il dispositivo sia conforme al diritto» e ciò è dovuto al fatto che non è tanto il percorso argomentativo seguito dal giudice del merito che suscita l'esercizio della funzione nomofilattica quanto la corretta applicazione dei principio giuridici.

La Cassazione italiana, in poche parole, avrebbe dovuto svolgere una funzione di supervisione sulla corretta applicazione del diritto e mai indulgere in valutazioni del merito. Questa sarebbe stata, in effetti, la più significativa caratteristica distintiva rispetto alle Corti Supreme di anglosassone tradizione, ma come vedremo meglio nei paragrafi successivi, una serie di fattori, non ultimo l'avvento della Costituzione repubblicana, hanno condotto a ben altri esiti.

Se si accede, infatti, alla ricostruzione proposta si comprende che la Corte avrebbe dovuto costituire più un organo di garanzia nell'interesse della legge che uno strumento di tutela dei diritti soggettivi. Ha evidente sapore di «misura pedagogica», come dice Cordero, l'art. 619, 1° comma, c.p.p., il quale prescrive che la Corte, quando individua errori irrilevanti sulla decisione del merito, specifichi «le censure e le rettificazioni occorrenti». A sua volta il codice di procedura civile dimostra: a) attraverso l'imposizione della presenza del pubblico ministero in tutti i giudizi (cfr. art. 379 c.p.c.) e non solo in quelli che coinvolgono interessi superiori a quelli delle parti, che tanto peso è stato dato all'esigenza che la Corte non cada essa stessa in errore, da non appagarsi del principio *iura novit curia*, ma da richiedere sempre un effettivo contraddittorio sulle tesi del ricorrente; b) attraverso l'impugnazione del procuratore generale nell'interesse della legge (e non delle parti che, se non abbiano proposto impugnazione per proprio conto, non possono trarne giovamento) dalla quale si può ancora desumere, da un lato, che la funzione principale della corte è quella di supervisionare la corretta applicazione della legge e, dall'altro, che le decisioni della Corte in taluni casi prescindono dall'interesse delle parti e, pertanto, non sono a queste esclusivamente rivolte (cfr. art. 363 c.p.c.); c) attraverso la previsione di un sofisticato sistema di contenimento dei contrasti giurisprudenziali incentrato sulle Sezioni Unite che è evidentemente rivolto a dare senso alla funzione nomofilattica (cfr. artt. 363, 374, 376, c.p.c.; 610, commi 1bis e 2, 618 c.p.p.) .

A tutto ciò è da aggiungere che assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge significa, né più, né meno, che realizzare l'eguaglianza nell'amministrazione della giustizia e quindi, in definitiva, la parità di trattamento di tutti i cittadini di fronte alla legge. E siccome tale opera è svolta da un giudice nell'ambito e con gli strumenti del processo, non è ipotizzabile alcuna compromissione dell'autonomia della magistratura.

Oltre tutto, se si negassero la necessità o anche solo l'opportunità di provvedere alla esatta osservanza ed alla uniforme interpretazione della legge, si rischierebbe di negare l'esistenza stessa del diritto, perché si legittimerebbe in suo luogo, l'esistenza di tante regole di comportamento quanti sarebbero i giudici. In un sistema come quello italiano, che è a diritto scritto e che pertanto si affida al giudice non per essere di volta in volta ricreato in relazione ai bisogni del caso concreto, ma solo di essere interpretato, la presenza di un organo giurisdizionale che indichi la strada da seguire agli altri giudici è necessaria appunto per far sì che alla unicità della fonte creatrice di tale diritto si affianchi e corrisponda l'unicità della fonte realizzatrice. Ogni precedente, nelle parole di Redlich, ha prima di tutto «una forza orientativa per casi futuri della stessa o di similare natura»<sup>599</sup>. Ne deriva che la posizione unica ed apicale della Cassazione è idonea ad esercitare una forza orientativa nei confronti di tutti i giudici dello Stato.

Malgrado il notevolissimo aumento della capacità di processare i ricorsi, la Corte di cassazione continua, però, a dedicare tempo e risorse per decidere casi sostanzialmente di nessuna utilità per l'evoluzione del diritto giurisprudenziale, di fatto confermando precedenti orientamenti con il rischio di alterarne la coerenza per l'aggiunta di qualche peregrino *obiter dictum*<sup>600</sup>. In effetti, forse proprio in virtù della qualificazione costituzionale del ricorso in cassazione come diritto soggettivo, la Corte sembra svolgere la propria funzione considerando la decisione del singolo ricorso più attività fine a sé stessa che momento di un più generale processo evolutivo del sistema giurisprudenziale. Questa consapevolezza alimenta la stigma di volatilità ed inaffidabilità di cui si è detto più sopra.

Ciò non vuol dire, però, che le sentenze della Cassazione non abbiano valore al di fuori del processo in cui sono emanate. In realtà quando riescono a formare una giurisprudenza che al peso della fonte donde proviene aggiunge la base di una convincente motivazione, reiteratamente ribadita, esse costituiscono senza dubbio un punto di riferimento e non solo per la magistratura di merito ordinaria, la quale non può certo desiderare la sistematica caducazione delle proprie decisioni, ma anche per

---

<sup>599</sup> REDLICH, *The Case Method in American Law Schools*, Bulletin n. 8, Carnegie Foundation, p. 37; CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process* (1921) cit., p. 21.

<sup>600</sup> BILE, *Sui metodi di lavoro della Corte di cassazione*, (1986), cit.

quelle amministrative, al cui prestigio non gioverebbe una posizione aprioristicamente separatista e, persino, per la Corte costituzionale, che se deve preoccuparsi del modo in cui viene applicato il diritto, alla Cassazione, deve far capo, più che ad ogni altro giudice.

*i. Il rapporto tra le categorie del giudizio di Cassazione e la funzione nomofilattica: una questione di precedenti*

Infatti, per quanto riguarda, in particolare, il giudizio di cassazione, si può distinguere fra il controllo sulla violazione o falsa applicazione della legge sostanziale o processuale, cui in sostanza si riferiscono i nn. 1, 2, 3 e 4 dell'art. 360 c.p.c., ed il controllo per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti, di cui parla il n. 5 dello stesso articolo. Secondo Franco Bile, soltanto il primo tipo di controllo - e non anche il secondo - è finalizzato all'esercizio della funzione di nomofilachia propria della Corte di cassazione, in quanto rivolto a garantire l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione del diritto<sup>601</sup>.

A sostegno di questa tesi stava la vecchia formulazione dell'art. 366bis c.p.c. in base alla quale: «*Nei casi previsti dall'articolo 360, primo comma, numeri 1), 2), 3) e 4), l'illustrazione di ciascun motivo si deve concludere, a pena di inammissibilità, con la formulazione di un quesito di diritto. Nel caso previsto dall'articolo 360, primo comma, n. 5), l'illustrazione di ciascun motivo deve contenere, a pena di inammissibilità, la chiara indicazione del fatto controverso in relazione al quale la motivazione si assume omessa o contraddittoria, ovvero le ragioni per le quali la dedotta insufficienza della motivazione la rende inidonea a giustificare la decisione*»<sup>602</sup>. Tale formulazione dell'articolo citato era stata introdotta dal D.Lgs. n. 40/2006 e venne successivamente abrogata dalla L. 18 giugno 2009, n. 69.

Coerenti con questa impostazione sarebbero, altresì, le attuali formulazioni degli artt. 374, 1° comma, e 384, 1° comma, c.p.c.. Va notato che la nuova

---

<sup>601</sup> BILE, *Sui metodi di lavoro della Corte di cassazione*, (1986), cit.

<sup>602</sup> Il numero che recitava: "5) per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio." è stato così sostituito dall'art. 54, D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con L. 7 agosto 2012, n. 134. Ai sensi dell'art. 54 cit., co. 3, questa disposizione si applica alle sentenze pubblicate dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

formulazione del n. 5) dell'art. 360 c.p.c. ripristina il testo originario del codice di procedura civile nel dichiarato intento, per dirla con Satta, di rendere irrilevante il vizio relativo alla motivazione, data l'espansione fuori controllo che tale tipo di sindacato aveva raggiunto in conseguenza della riforma del 1950<sup>603</sup>.

Contro la tendenza espansiva appena citata aveva inteso reagire, peraltro, il progetto Liebman del 1977<sup>604</sup>, la cui relazione così si esprimeva: «Allo scopo di riportare l'istituto della Cassazione alla sua genuina funzione di custode dell'esatta interpretazione ed applicazione della legge, ed anche nella speranza di diminuire in tal modo il numero dei ricorsi, si propone la soppressione pura e semplice del. n. 5 dell'elenco dei motivi di ricorso contenuto nel vigente art. 360».

É ben nota l'argomentazione che solitamente si opponeva a proposte di questo tipo: il vizio della motivazione apparentemente soppresso, sarebbe rimasto sotto il profilo dell'*error in procedendo*, allo stesso modo come accadeva sotto il vigore del codice di procedura civile del 1865, il cui art. 517 non lo annoverava tra i motivi di ricorso per cassazione. Infatti, tale situazione normativa non impedì alla giurisprudenza della Cassazione di andare al di là del rilievo del difetto formale di motivazione, estendendo il suo controllo alla insufficienza e contraddittorietà della motivazione stessa.

Si tratta di una vicenda i cui echi dottrinali culminarono in una delle opere più singolari dell'epoca antecedente la nuova codificazione (si allude al libro dedicato da Guido Calogero, a *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*), la cui conclusione poneva in luce l'ambiguità del c.d. vizio logico e «la stessa impossibilità di individuare in astratto quell'ambito che nella risposta alla *quaestio facti* possa essere censurato come illogico (e quindi valutato ai fini di un giudizio d'insufficiente motivazione) da un organo giurisdizionale non deputato all'esame del fatto»<sup>605</sup>.

Il tentativo del legislatore del 1940 di restringere il sindacato sulla motivazione, attraverso la formula dell'omesso esame di fatto decisivo, ebbe, in effetti, scarso successo e, d'altronde, fu presto superato dalla riforma del 1950, che finì col codificare la prassi giurisprudenziale, offrendole il supporto di una definizione

---

<sup>603</sup> Cfr. DENTI, *L'art. 111 della Costituzione e la riforma della Cassazione*, in *Foro it.*, 1986, V, 228-233.

<sup>604</sup> Se ne dà conto in *Riv. Dir. Proc.*, 1977, 452 e ss.

<sup>605</sup> DENTI, *L'art. 111 della Costituzione e la riforma della Cassazione* (1986), cit.



esplicita del vizio di motivazione come fondamento del ricorso per cassazione. D'altra parte anche la nuova formulazione sembra non aver riscontrato un grande successo di fatto circoscrivendo le ipotesi di controllo sulla motivazione, ma lasciando il rischio di un occulto sindacato sul merito.

Sotto il profilo che qui interessa, peraltro, il problema concerne la possibile incidenza costituzionale di un'ipotetica riforma che fosse idonea ad escludere radicalmente il sindacato sulla motivazione in fatto da parte della Corte di cassazione. Si tratta, dunque, di stabilire la portata dell'art. 111, 6° comma, Cost., al fine di verificare se, dal punto di vista costituzionale, l'obbligo di motivazione abbracci sia la *quaestio iuris* che la *quaestio facti*, non consentendo limitazioni al controllo della motivazione stessa da parte della Corte di cassazione.

Se si isola l'obbligo costituzionale della motivazione dal contesto complessivo dell'art. 111, in cui è stato inserito, risulta difficile ricondurlo ad una *ratio* precisa, né a tal fine offrono elementi univoci i lavori preparatori della Costituzione, essendosi concentrato il dibattito sugli effetti che la formulazione della norma, prevista dal progetto Calamandrei, avrebbe potuto produrre su un eventuale ripristino della giuria popolare, nella forma classica di giudice esclusivo del fatto, con verdetto non motivato.

Nella norma si è inteso scorgere l'affermazione di un principio democratico di controllo generalizzato e diffuso sull'amministrazione della giustizia, ma non sembra che questo controllo, indubbiamente essenziale nelle moderne democrazie, abbia una diretta connessione con la motivazione delle decisioni giudiziarie, come confermano, d'altronde, le carte internazionali dei diritti dell'uomo, che affidano, invece, il controllo alla pubblicità dei processi.

Sembra più corretto ritenere che nel sistema delineato dalla nostra carta costituzionale l'obbligo di motivazione sia correlato, da una parte, al principio di legalità sancito dall'art. 101, 2° comma, e, dall'altra parte, alla generalizzazione del sindacato di legittimità sui provvedimenti giudiziari, sancito dallo stesso art. 111.

Sotto il primo profilo, infatti, è la motivazione che consente di controllare il rispetto del principio della soggezione del giudice «soltanto» alla legge nelle singole decisioni; mentre, sotto il secondo profilo, il sindacato di legittimità attribuito alla Corte di cassazione non sarebbe possibile se le sentenze non consentissero di

ricostruire l'iter logico-giuridico attraverso il quale il giudice è pervenuto alla decisione.

Peraltro, la Corte Costituzionale, riconoscendo immediata precettività alla garanzia in esame e non entrando nel merito del dibattito dottrinale, si è limitata ad affermare come a) per i provvedimenti a carattere decisorio (sentenze) l'obbligo di motivazione risulti, di regola, soddisfatto dall'esposizione del giudice «di quanto basti ad individuare il processo logico-giuridico che ha seguito nel pervenire alla risoluzione delle questioni sottoposte al suo esame»<sup>606</sup>; b) per i provvedimenti ordinatori (ordinanze ed in alcuni casi decreti) l'obbligo di motivazione risulti, invece, circoscritto alle peculiari finalità dell'atto stesso<sup>607</sup>.

Da queste premesse discende che l'obbligo di motivazione deve essere coordinato col ricorso in Cassazione previsto dal 7° comma dell'art. 111 «per violazione di legge», ed è pertanto circoscritto alla sola «violazione o falsa applicazione di norme di diritto» prevista dall'art. 360, n. 3, c.p.c.<sup>608</sup>.

Come è stato osservato, però, a causa della dilatazione della garanzia del ricorso per cassazione ex art. 111, la «violazione di legge» non è più limitata agli *errores in iudicando*, ma comprende anche il vizio di motivazione previsto dal n. 5 dell'art. 360 c.p.c.<sup>609</sup>. Si tratta, secondo Denti, di un'estensione inaccettabile, frutto della lettura garantistica che fa un tutt'uno della parte del 7° comma dell'art. 111 che concerne il ricorso in Cassazione contro le sentenze e di quella che concerne i provvedimenti sulla libertà personale.

Malgrado l'unificazione in un'unica proposizione, infatti, si tratta, come confermano i lavori preparatori della Costituzione, di due garanzie fondamentalmente diverse: la prima fa capo all'esigenza, che trovava espressione nell'art. 6 del progetto Calamandrei, di assicurare «l'unità del diritto nazionale attraverso l'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale», mentre la seconda tende a realizzare una sorta di *habeas corpus* in versione continentale. Le idee di Calamandrei furono ribadite nel corso dei lavori della seconda commissione, con la proposta del seguente articolo:

---

<sup>606</sup> Si veda sentenza della Corte cost. n. 143/1976.

<sup>607</sup> Cfr. sentenza della Corte cost. n. 4/1970.

<sup>608</sup> Cfr. DENTI, *L'art. 111 della Costituzione e la riforma della Cassazione*, (1986).

<sup>609</sup> Si veda C. C. Cass. 3 aprile 1979, n. 1919, *Giur. it.*, 1980, I, 1, 936

«Contro le sentenze pronunciate in ultimo grado da qualsiasi organo giudiziario ordinario o speciale è sempre ammesso il ricorso alla Corte di cassazione, istituita per mantenere l'unità del diritto nazionale attraverso l'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale e per regolare la competenza».

Volendo sintetizzare, si può dire che la prima parte del 7° comma dell'art. 111 esprime una garanzia sostanzialmente oggettiva, avendo di mira «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge», mentre la seconda parte pone una garanzia sostanzialmente soggettiva, che troverà più compiuta attuazione nelle riforme sfociate nella istituzione del c.d. tribunale delle libertà.

Se si accetta questa ricostruzione, non si possono evidentemente trarre conclusioni uniformi sulla struttura del giudizio di cassazione civile e su quella del giudizio di cassazione penale. Ne è riprova il diverso rilievo che i due codici di procedura riservano all'enucleazione del principio di diritto nell'interesse della legge. A fronte dell'incomprimibilità del diritto soggettivo al sindacato sui provvedimenti limitativi della libertà personale in ambito penalistico, si ha un generalizzato controllo oggettivo sulla corretta applicazione del diritto che presupporrebbe un numero limitato di pronunce al fine di mantenere una coerenza del sistema. In quest'ultima tipologia di ricorsi, in particolare, dovrebbe essere precluso qualsiasi sindacato sulle valutazioni del fatto svolte del giudice del merito e, pertanto, anche sulla sufficienza o sulla contraddittorietà della motivazione.

Gli operatori del diritto conoscono perfettamente quali problemi comporti la decisione dei ricorsi proposti ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c.. Le difficoltà riguardano non tanto l'accertamento della decisività o meno del fatto il cui esame è stato omesso dal giudice del merito, quanto, piuttosto, l'idoneità della motivazione a darne conto. Specialmente nei casi - e sono la stragrande maggioranza, come le statistiche confermano - in cui la Corte di cassazione respinge il ricorso, ritenendo che la ricostruzione dei fatti fornita dal giudice di merito sia adeguata, il pericolo di dimostrare tale adeguatezza ponendosi al posto di quel giudice è sempre in agguato. Nella gran parte dei casi, per evitare questo pericolo, non ci sarebbe forse altro da fare che limitarsi a dichiarare che l'esame globale della trama argomentativa della sentenza conduce a ritenere che tutti i fatti rilevanti sono stati presi in considerazione. È dato riscontrare, invece, che ci si imbatte frequentemente in decisioni molto elaborate che

mal dissimulano come tempo ed attenzione dell'estensore siano stati dedicati a ripercorrere in sostanza l'itinerario seguito dal giudice di merito. Deviazioni siffatte dovrebbero essere attentamente evitate al fine di far funzionare correttamente il sistema.

Va detto che la diffidenza nei confronti del valore nomofilattico delle sentenze di cassazione pronunciate su ricorsi ex art. 360, n. 5, c.p.c. non è stata condivisa unanimemente dalla dottrina. Infatti, secondo Andrea Vela<sup>610</sup>, anche in questi casi la Corte esplica una funzione *latu sensu* nomofilattica, dal momento che «in fondo dice ai giudici sotto-ordinati come occorre motivare». A ben vedere, però, l'autore ha cura di precisare che ciò ha un senso «se la corte si contiene nei limiti della propria giurisdizione» ovvero se riesce ad astenersi da un sindacato di merito. Ed è proprio il dubbio che ciò sia realmente possibile a suscitare la diffidenza verso questo tipo di decisioni.

Peraltro, nella situazione attuale, la redazione della motivazione è considerata compito personale dell'estensore ed è, in termini generali, sottratta, salvo il controllo del presidente, all'ingerenza degli altri membri del collegio<sup>611</sup>. Ciò comporta che l'estensore si senta personalmente responsabile del taglio da dare alla motivazione, della scelta di rispondere o meno a tutte le argomentazioni delle parti, dell'enunciazione più o meno diffusa di tutti i passaggi logici che portano alla decisione, dell'opportunità di prospettarsi soluzioni alternative e di indicare le ragioni del loro mancato accoglimento, eccetera. La conseguenza ultima di un tale sistema è che, in linea di massima, la motivazione risulta sovradimensionata rispetto a quanto si è effettivamente detto in camera di consiglio e che è risultato determinante ai fini della decisione. In altre parole, la vera *ratio decidendi* finisce per essere celata da una moltitudine di fattori argomentativi e la definizione del principio di diritto passa in secondo piano quando non sia del tutto occultata dall'esigenza di esaminare tutti i passaggi logici del giudice del merito.

Questa tendenza costituisce un problema soprattutto con riferimento alle sentenze che decidano ricorsi proposti ai sensi dei nn. 1-4 dell'art. 360 c.p.c..

---

<sup>610</sup> VELA, *La Corte Suprema di cassazione, oggi*, (1987), cit.

<sup>611</sup> Ingerenza che invece sarebbe esplicitamente prevista dall'art. 119, 1° comma, disp. att. c.p.c..

A fronte di tale problema, se si accede alla impostazione di Bile, le soluzioni per questa tipologia di ricorsi sarebbero più a portata di mano. Infatti, in questi casi il centro dell'attenzione dovrebbe essere ri-spостato sulla definizione del principio di diritto e non sulla pretesa della parte soccombente ad avere l'ennesimo sindacato giurisdizionale.

Il problema resta pur sempre quello di far acquisire alle decisioni nomofilattiche della Corte la capacità di imporsi al di fuori del giudizio di rinvio in assenza di vincoli formali. Ma le sentenze di Cassazione possono vedersi riconosciuta tale forza solo se appaiono formalmente e sostanzialmente esemplari, per proprietà di linguaggio, per sinteticità e coerenza argomentativa, per approfondita conoscenza degli istituti, per ponderata considerazione della dottrina e adeguata conoscenza dei precedenti, per la chiara enunciazione dei principî giuridici<sup>612</sup>.

Difficilmente tali caratteristiche emergono da una sentenza esclusivamente orientata a censurare le valutazioni di merito. Diversamente sarebbe se i magistrati applicati in Cassazione fossero più consapevoli che la supremazia attribuita alla Corte con l'inoppugnabilità delle sue sentenze non ha alcun senso se viene disgiunta dal magistero che essa deve svolgere ininterrottamente nell'ambito della giurisdizione. Così, ad esempio, tutte le volte in cui venga nuovamente proposta alla Corte una questione di diritto che sia stata già decisa e che non sia ritenuta meritevole di essere diversamente considerata, l'esposizione dei motivi della decisione - che comunque l'art. 132, n. 4, c.p.c. vuole «concisa» - potrebbe legittimamente esaurirsi nel richiamo della sentenza già resa, dal momento che il principio di diritto già in precedenza enunciato non necessita di una nuova formulazione.

Se però, da un lato, vi è l'esigenza di semplificare il lavoro della Corte, dall'altro, si pone un problema di ridurre il numero di sentenze nomofilattiche per favorire la coerenza degli orientamenti. È, infatti, noto che una delle cause dei precedenti contraddittori è proprio l'inconsapevolezza dell'intero panorama giurisprudenziale che, non di rado, è troppo vasto e differenziato per essere conosciuto dal singolo giudice del merito.

---

<sup>612</sup> Cfr. VELA, *La Corte Suprema di cassazione, oggi*, (1987), cit.; DENTI, *L'art. 111 della Costituzione e la riforma della Cassazione*, (1986); BILE, *Sui metodi di lavoro della Corte di cassazione*, (1986), cit.

Tuttavia, con riferimento al tema del contenimento dei ricorsi, il discorso pare assai complesso a causa del disposto di cui al 7° comma dell'art. 111, dove viene sancita la garanzia generalizzata del giudizio di Cassazione per violazione di legge contro «le sentenze», ossia, secondo un'interpretazione ormai consolidata, contro i provvedimenti, anche aventi forma diversa dalla sentenza, che comunque «decidano», od anche soltanto «incidano», su diritti soggettivi<sup>613</sup>.

Contro questa barriera costituzionale sembrano, infatti, destinati ad infrangersi tutti i tentativi di stabilire filtri al ricorso per cassazione, che consentano la selezione dei ricorsi, al fine di limitare il carico di lavoro della Corte suprema<sup>614</sup>. In una prospettiva di riforma che tenga conto delle tecniche già note al nostro ordinamento, e di quelle impiegate in altri ordinamenti, i «filtri» possono essere rappresentati:

a) dalla esclusione del ricorso per le cause di minore importanza economica: in tal senso disponeva l'art. 360, 1° comma, per le sentenze del conciliatore, prima dell'improvvida riforma del 1984, mentre, in senso analogo ma con ben altra rilevanza, opera il limite di valore posto alla soccombenza dal § 546 dello Z.P.O. tedesco, come presupposto del ricorso al *Bundesgerichtshof*;

b) dalla imposizione di un onere finanziario a carico del ricorrente, che operi come sanzione nel caso di soccombenza: in tal senso era la previsione degli abrogati artt. 364 e 381 c.p.c.;

c) dalla valutazione preliminare della rilevanza di principio delle questioni controverse, secondo la regola introdotta nel 1975 dal nuovo § 554.b della citata Z.P.O., con l'attribuzione al giudice *ad quem* di poteri ampiamente discrezionali, che la Corte costituzionale germanica, pur con qualche correttivo interpretativo, ha riconosciuto costituzionalmente legittimi<sup>615</sup>;

d) dalla previsione di un esame preliminare di manifesta infondatezza del ricorso, analogo alla inammissibilità per mancanza dei motivi, deliberata ex art. 375 c.p.c. con rito camerale: il modello è rappresentato dalle funzioni attribuite in Francia alle *formations restreintes* della Cassazione.

---

<sup>613</sup> Cfr. le sentenze della Corte cost. nn. 1/1970, 173/1971, 26/1999.

<sup>614</sup> Cfr. DENTI, *L'art. 111 della Costituzione e la riforma della Cassazione*, (1986), cit.

<sup>615</sup> Cfr. la proposta di PIZZORUSSO e PROTO PISANI in *Per la Cassazione: Note introduttive*, in *Foro it.*, 1987, V, pp. 208-209. Questa è, in fatto, la tipologia di filtro più vicina al modello del '*writ of certiorari*' statunitense o al meccanismo del '*leave to appeal*' inglese.

É difficile impostare correttamente il problema senza prendere posizione sulla funzione che il controllo di legittimità previsto dall'art. 111, 7° comma, esplica nel sistema costituzionale. D'altra parte, della vicenda giurisprudenziale che ha preso le mosse dalla nota decisione delle sezioni unite del 1953 non interessa in questa sede l'elaborazione del concetto di sentenza c.d. in senso sostanziale<sup>616</sup>, quanto piuttosto l'inserimento dell'art. 111, 7° comma, nel sistema delle impugnazioni come «norma di chiusura», nel senso che la definitività dei provvedimenti a contenuto decisorio richiede che contro di essi sia ammissibile «almeno» il ricorso «straordinario» in Cassazione. Gli esiti paradossali di questa vicenda sono stati: 1) una implicita rinuncia ad esplorare fino in fondo le possibilità di rimedi del tipo «gravame», per i quali vi sarebbe stato spazio nell'ordinamento, scegliendo la facile scorciatoia dell'art. 111, 7° comma, applicato senza neppure passare attraverso il vaglio di costituzionalità delle norme che escludevano l'impugnazione; 2) la tendenza a scorgere nella norma un rafforzamento della garanzia sancita dall'art. 24, 1° comma, con una sostanziale svalutazione dell'appello, cui ha contribuito la nota giurisprudenza della Corte Costituzionale che esclude da tale garanzia il «doppio grado» di giudizio<sup>617</sup>.

Si tratta di esiti paradossali se si considera che, sotto il primo profilo, escludere la proponibilità di un gravame, nella forma dell'appello, o dell'opposizione, comporta sottrarre alle parti la possibilità di un riesame di merito dei provvedimenti giurisdizionali, finendo col forzare la Corte suprema ad oltrepassare i limiti della «violazione di legge» sino a comprendervi, come si è già ricordato, anche il controllo della motivazione in fatto. Sotto il secondo profilo, la «scorciatoia» è stata prontamente fatta propria dal legislatore, che ha trovato occasione di sancire l'inappellabilità delle decisioni, ammettendone espressamente la «ricorribilità» in Cassazione.

Dietro queste scelte di politica legislativa sta probabilmente la tendenza a preferire un giudizio che si svolga in primo ed unico grado di merito, scoraggiando le

---

<sup>616</sup> La sentenza a Sezioni Unite del 30 luglio 1953, n. 2593, in *Foro it.*, 1953, I, 1249, in materia di procedimento per la liquidazione di onorari di avvocato ex artt.28-30 della L. 794/1942, ha chiarito che l'art. 111, 2° comma (ora 7°), Cost. è da ritenersi immediatamente precettivo, determinando così l'ampliamento dell'ambito dei provvedimenti impugnabili. In senso contrario si espresse REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano: Giuffrè, 1993, 439 e ss.

<sup>617</sup> Cfr. Corte cost. sent. nn. 17/1971; 22/1973; 117/1973; più di recente si riscontrano in senso conforme ordinanze nn. 42 del 2014; 190 del 2013; 410 del 2007; 84 del 2003 e la sent. n. 243/2014

impugnazioni, anche per la esecutorietà *ex lege* delle decisioni. Tendenza sulla quale si può discutere, e che certamente merita consensi per ciò che concerne la rivalutazione del giudizio di primo grado<sup>618</sup>, ma che ha per risultato il coesistere, nell'ordinamento, di controversie «ordinarie», dotate di un massimo di garanzie, e di controversie «speciali», che fruiscono di un regime di garanzia limitata al solo ricorso straordinario in Cassazione.

Quello che appare certo, comunque, è che, perdurando l'orientamento dominante da oltre un quarantennio nell'applicazione dell'art. 111, 7° comma, appare difficile configurare «filtri» ai ricorsi in Cassazione basati sul valore economico della controversia o su valutazioni discrezionali di rilevanza generale delle questioni, da parte del giudice *a quo* o del giudice *ad quem*.

Sotto questo particolare profilo, si verifica, quindi, una situazione analoga a quella dei limitati casi in cui il ricorso alla Corte suprema degli Stati Uniti è «di diritto», e quindi non opera la selezione dei ricorsi attraverso il *writ of certiorari*.

A diversa sorte è stata destinata l'ipotesi del filtro basato sulla valutazione preliminare di manifesta infondatezza del ricorso. Sul punto occorre svolgere qualche considerazione ulteriore in relazione alla portata dell'art. 111, 7° comma, Cost.

Come si è già rilevato, sulla abnorme dilatazione dell'ambito di applicazione dell'art. 111, 7° comma, ha influito la collocazione, del tutto casuale, del ricorso in Cassazione contro le «sentenze» nella stessa proposizione normativa che prevede il ricorso contro i «provvedimenti sulla libertà personale». La prima parte della norma risale alla ricordata proposta di Calamandrei. La seconda parte risale, invece, ad una proposta di Giovanni Leone, mirante a generalizzare la tutela contro i provvedimenti limitativi della libertà personale, rafforzando le garanzie sancite dall'art. 13 (si veda art. 17 del Progetto Leone)<sup>619</sup>. In realtà, dai resoconti della seconda sottocommissione dell'Assemblea Costituente emerge un aspro dibattito sul ruolo della Cassazione. Pare

---

<sup>618</sup> Rivalutazione che peraltro ha caratterizzato l'ultima grande riforma del diritto processuale civile in Germania introdotta nel 2001. Sul punto cfr. Drucksachen des Deutschen Bundestages (BTDrucks), No. 14/4722, 58 (2001). *Si veda anche* Hertha Däubler-Gmelin, *Reformdes Zivilprozesses*, 33 ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSPOLITIK (ZRP) 33-38 (2000).

<sup>619</sup> Resoconti della seconda sottocommissione (sezione seconda- potere giudiziario) dell'Assemblea Costituente italiana, 5 dicembre 1946- 27 gennaio 1947, reperibili negli archivi della Camera dei Deputati all'indirizzo: <http://legislature.camera.it/frameset.asp?content=%2Faltre%5Fsezionism%2F304%2F8964%2Fdocumentotesto%2Easp%3F>.



di particolare interesse che, quando Giovanni Leone, per timore che i cittadini potessero essere privati delle garanzie giurisdizionali con legge ordinaria, propose nel dibattito l'inserimento in Costituzione del diritto a tre gradi di giudizio dei quali l'ultimo sarebbe dovuto essere quello di Cassazione, Piero Calamandrei intervenne, dichiarando: *«di essere contrario a che si parli nella Costituzione di un terzo grado di giurisdizione, perché la Cassazione non è un grado. Ricorda in proposito all'onorevole Leone che nella Costituzione uscita dalla Rivoluzione francese — che è stata quella che ha proclamato il principio del doppio grado — tale norma non era contemplata. Chiede quindi che sia consacrato a verbale che egli è contrario a che si inserisca nella Costituzione l'articolo 17 proposto dall'onorevole Leone, pur riconoscendo che esso contiene un principio fondamentale dell'ordinamento giudiziario e della procedura sia civile che penale»*.

Mentre, peraltro, nella formulazione Leone l'ipotesi del ricorso contro le sentenze e quella del ricorso contro i provvedimenti sulla libertà personale erano oggetto di due commi separati, la commissione pervenne a fonderle in un'unica proposizione, senza probabilmente avvertire la possibile confusione concettuale che ne sarebbe derivata tra i due tipi di garanzia. La giurisprudenza della Cassazione ha avuto così buon giuoco nell'ammantare l'estensione del suo controllo sull'operato dei giudici inferiori sotto le vesti di uno strumento garantistico a protezione dei diritti soggettivi, la cui tutela è stata rafforzata rispetto a quella degli interessi legittimi, per i quali il ricorso è ammesso soltanto per «motivi inerenti alla giurisdizione».

Già alla fine degli anni '80 Vittorio Denti aveva proposto una rilettura dell'art. 111 in funzione di garanzia oggettiva a presidio dell'interesse generale<sup>620</sup>. Le considerazioni ivi svolte possono essere così sintetizzate:

a) una garanzia soggettiva non può essere adeguatamente realizzata da un controllo di mera legittimità, con le limitazioni intrinseche al giudizio di cassazione, ma può attuarsi soltanto con la generalizzazione del doppio grado di giurisdizione come presupposto del formarsi del giudicato; soluzione, questa, che sinora non ha

---

<sup>620</sup> Cfr. il commento di DENTI all'art. 111 nel *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna, 1987, p. 1 ss.

avuto il conforto della Corte Costituzionale<sup>621</sup>, che ha prescelto l'opposta via, legittimando così le discutibili amputazioni dell'appello da parte del legislatore;

b) se si riconosce, invece, che il ricorso ex art. 111 è previsto a garanzia della funzione di nomofilachia attribuita alla Corte di cassazione, la previsione costituzionale, secondo cui il ricorso stesso «è sempre ammesso», va inteso nel senso che la definitività dei provvedimenti giurisdizionali, secondo lo status processuale loro proprio, non esclude il controllo della violazione di legge da parte del Supremo collegio, anche se non previsto dalle norme ordinarie.

c) il ricorso ex art. 111 si profila così come una sorta di «ricorso nell'interesse della legge», ovviamente ancorato al generale requisito della soccombenza e produttivo, se accolto, di effetti non solo per le parti; seguendo, d'altronde, un filone non estraneo allo stesso ricorso «ordinario», come dimostra l'istituto della correzione della motivazione in diritto prevista dall'art. 384, 4° comma, c.p.c..

Se si accoglie questa rilettura dell'art. 111 Cost., si spiega meglio l'introduzione dell'art. 360bis c.p.c. avvenuta per tramite della L. 18 giugno 2009, n. 69, sebbene gran parte della dottrina processualistica l'abbia accolta con diffidenza<sup>622</sup>. L'articolo formula due ipotesi presuntive di inammissibilità, i presupposti delle quali devono essere vagliati da apposita sezione filtro della Corte. Tali presupposti sono: a) la conformità della sentenza impugnata con gli orientamenti maggioritari della Corte; b) la manifesta infondatezza della censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo.

Si tratterebbe, per certi aspetti, di una disposizione analoga al ripristinato art. 606, 3° comma, c.p.p., secondo cui il ricorso in Cassazione è dichiarato inammissibile (con decisione in camera di consiglio) se «proposto per motivi non consentiti dalla legge o manifestamente infondati». La norma, com'è noto, fu abrogata nel 1955 per ragioni essenzialmente garantistiche, non ritenendosi idoneo il rito camerale ad una valutazione complessa come quella ivi richiesta ed è, pertanto, stata ripristinata nel 1962.

---

<sup>621</sup> Cfr. Corte cost. sent. nn. 17/1971; 22/1973; 117/1973; più di recente si riscontrano in senso conforme ordinanze nn. 42 del 2014; 190 del 2013; 410 del 2007; 84 del 2003 e la sent. n. 243/2014.

<sup>622</sup> Cfr., per esempio, BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, in *Giusto proc. civ.* (2009), § 18; G.F. Ricci, *La riforma del processo civile*, (Torino: Giappichelli, 2009), p. 65 ss.; Id, *La riforma del giudizio di cassazione tra funzione nomofilattica e tutela del diritto di difesa*, in *Prev. Forense*, 2009, § 4.

Quel che merita di essere osservato è che la dottrina pare abbastanza concorde nel ritenere che la scelta di un «filtro» di questo tipo non pone questioni di costituzionalità con riferimento alla garanzia oggettiva dell'art. 111, 7° comma, Cost.

Si potrebbe, tuttavia, andare più oltre e chiedersi se, oltre alla valutazione preliminare di inadeguatezza dei motivi rispetto ai moduli legali e della loro manifesta infondatezza, sia possibile anche profilare un giudizio di irrilevanza di principio delle questioni poste ad oggetto del ricorso, analogo a quello demandato al *Bundesgerichtshof* della Germania.

In effetti, una sorta di giudizio di irrilevanza potrebbe essere desunta dal primo presupposto di inammissibilità previsto dall'art. 360bis c.p.c., ovvero la conformità agli orientamenti di cassazione. Tale presupposto, infatti, mal si confà ad un giudizio preliminare di infondatezza ed, anzi, manifesta l'interesse a cogliere l'opportunità dei ricorsi per aggiornare o, se del caso, modificare i principî di diritto formulati dalla Corte.

Vittorio Denti, molti anni prima che l'art. 360bis fosse introdotto, aveva auspicato l'adozione di un filtro di irrilevanza di principio basato sulla conformità agli orientamenti giurisprudenziali, distinguendolo da qualsiasi valutazione preliminare di infondatezza<sup>623</sup>. L'autorevole studioso ne rilevava, però, la problematicità nel contesto italiano a causa del disordine e della contraddittorietà degli orientamenti giurisprudenziali della Cassazione. Veniva altresì osservato, però, che anche questa tipologia di filtro non presenta particolari difficoltà da un punto di vista costituzionale.

Non appare possibile, invece, nel quadro della proposta interpretazione dell'art. 111, porre limiti all'ammissibilità del ricorso in Cassazione, fondati sulla previsione di una *summa gravaminis*, sia essa riferita al valore economico della controversia, sia invece rapportata alla entità della soccombenza.

La conclusione che si può trarre dai rilievi sinteticamente esposti è, dunque, nel senso che dalle norme della Costituzione, e soprattutto dall'art. 111, discendono minori ostacoli di quanto comunemente si ritenga rispetto all'adozione di maggiore cautela nell'accogliere, e quindi, decidere ricorsi per violazione di legge così come nel trattare le decisioni sui ricorsi ex art. 360, n. 5) come precedenti nomofilattici.

---

<sup>623</sup> DENTI, *L'art. 111 della Costituzione e la riforma della Cassazione*, (1986), cit.

Detto ciò, il richiamo all'art. 65 dell'ordinamento giudiziario o anche alle norme dei codici di rito non può essere da solo sufficiente per chiudere il discorso sul ruolo della Cassazione. Non si tratta di disapplicare le norme vigenti o di frustrare l'intento del costituente, ma piuttosto di renderli compatibili con altre norme di rango costituzionale che scompaginano le linee del sistema, del quale le prime costituivano coerente completamento e chiusura, introducendovi - se non delle vere e proprie linee di frattura - quanto meno degli elementi di una diversa logica istituzionale. Uno sforzo di armonizzazione si impone, perché dettato dallo stesso sistema costituzionale là dove esso, recependo elementi ispirati a logiche istituzionali assai diverse, ne postula la sintesi e la composizione<sup>624</sup>.

Appaiono dunque degni della più attenta considerazione i diversi tentativi di ripensamento del ruolo della Cassazione in questa prospettiva, tra i quali quello di Franceschelli nello scritto già ricordato, ove si affaccia la ricostruzione di un ruolo della Corte come pur sempre inteso ad una funzione di nomofilachia ma in senso «tendenziale», in costante e fecondo dialogo con i giudici di merito e, come si vedrà nel paragrafo successivo, anche con il giudice costituzionale, secondo un modulo che ne affida l'esercizio non più soltanto ad un'attività che si svolge «dall'alto verso il basso» ma che si alimenti anche dei contributi provenienti da tutte le magistrature, rispetto ai quali la Corte non svolge più soltanto un intervento autoritativo ma anche un'opera di sintesi e razionalizzazione.

## **2. Il precedente giudiziario nel rapporto tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale**

Come è stato visto, dai lavori dell'assemblea costituente emerge che anche al momento dell'introduzione del nuovo ordinamento costituzionale vi era una forte consapevolezza dell'importanza della funzione nomofilattica che la Corte di cassazione avrebbe dovuto esercitare attraverso i suoi precedenti.

Non è men vero, però, che tale funzione si andava ad inserire in un contesto socio-politico e istituzionale profondamente diverso, nel quale - al di là del policentrismo istituzionale, delle autonomie, delle aperture sovranazionali

---

<sup>624</sup> SENESE, *Funzioni di legittimità e ruolo di nomofilachia*, (1987), cit.

dell'ordinamento giuridico - «la più importante funzione (interpretativa), cioè quella che attiene alla legittimità costituzionale delle leggi, non apparteneva più al giudice ordinario e quindi alla Corte di cassazione»<sup>625</sup>, la quale, pertanto, veniva posta su di un piano paritario con tutti gli altri giudici, partecipando del medesimo potere di attivazione ad essi attribuiti<sup>626</sup>.

Salvatore Senese<sup>627</sup> ha rilevato come, in conseguenza di ciò, le caratteristiche originarie della corte suprema siano mutate notevolmente nel corso del tempo, senza, però, che le esigenze di uniformazione del diritto nazionale siano in alcun modo diminuite. Molti dei mutamenti subiti dalla Cassazione sono stati già esaminati nel corso della trattazione, ma resta da prendere in esame il difficile rapporto tra Corte di cassazione e Corte Costituzionale al fine di comprendere la differenziazione del valore dei precedenti all'interno del nostro ordinamento.

Preliminarmente va detto a questo riguardo che è risultato particolarmente difficoltoso tentare di ricostruire una teoria sul valore del precedente giudiziario senza abbandonare l'idea che le dichiarazioni di incostituzionalità rese dalla Consulta rappresentino, in sé e per sé, precedenti con valore vincolante. Sebbene l'art. 136 Cost. sembri non destare dubbi al riguardo, l'effetto *erga omnes* che la Costituzione attribuisce a queste decisioni non è riferito alla *ratio decidendi* adottata dalla Corte, ma è limitato alla parte dispositiva della sentenza<sup>628</sup>. Inoltre, deve essere tenuto presente che le pronunce di rigetto della Consulta hanno scarso o nessun valore come precedenti, per quanto raffinata o giusta possa essere l'argomentazione giuridica svolta.

In realtà, giova constatare che qualsiasi seria teoria sul valore del precedente giurisprudenziale si basa sulla forza del principio di diritto stabilito dal giudice nell'ambito della ricerca della regola che risolve la controversia portata alla sua attenzione, e non su una disposizione legislativa o costituzionale che ne sancisce la vincolatività. Ciò è tanto vero rispetto a un sistema a diritto codificato quanto lo è, come è stato visto, per un sistema di *common law*.

---

<sup>625</sup> Cfr. FRANCESCHELLI in *Giustizia e Costituzione*, 1-2, 1986, 39.

<sup>626</sup> SENESE, *Funzioni di legittimità e ruolo di nomofilachia*, (1987), cit.

<sup>627</sup> *Ibid.*

<sup>628</sup> cfr. C. C. Cass. n. 7248/83

Una seconda considerazione interessa la rilevanza della dottrina dell'interpretazione conforme rispetto alla definizione dei ruoli tra consulta e magistratura ordinaria. Come è stato già illustrato al cap. 1 § 2, l'applicazione di tale dottrina ha come conseguenza che il generale dovere dei giudici di dare applicazione alle previsioni costituzionali comporta un processo selettivo attraverso il quale alcune norme vengono applicate al caso specifico mentre altre vengono implicitamente rimosse in assenza di una pronuncia della Corte Costituzionale.

Quando, poi, la maggior parte dei giudici accetta e fa propria tale interpretazione - in alcuni casi attraverso una qualche sorta di dialogo tra tribunali - la rimozione della norma che viene assunta come incostituzionale diventa definitiva. Questa dottrina, tuttavia, non comporta la trasformazione di un sistema di controllo della costituzionalità accentrato in un sistema diffuso, dove tutti i giudici ordinari possono operare un giudizio di costituzionalità<sup>629</sup>. Infatti, qualora il giudice ordinario non sia in grado di associare al testo di legge alcun significato normativo che risulti compatibile con la Costituzione, permarrà il dovere di rimettere gli atti alla Corte Costituzionale, la quale continua a detenere il potere esclusivo di dichiarare esplicitamente l'incostituzionalità di una determinata previsione di legge<sup>630</sup>.

Questa autorità della Corte Costituzionale non discende da una ipotetica posizione apicale dell'organo rispetto al resto dell'ordine giudiziario, ma deriva, piuttosto, direttamente dall'attribuzione in via esclusiva di tale potere ad opera della Costituzione (i.e. artt. 134- 137 Cost.). Per questa ragione, anche un giudice di prima istanza è legittimato a deferire alla Consulta una questione di costituzionalità nella quale si sia eventualmente imbattuto. In un ordinamento come questo, sarebbe più opportuno distinguere, come rilevato giustamente da Guillaume Tusseau, tra chi è chiamato a svolgere un controllo di costituzionalità e chi è legittimato a emettere un giudizio di illegittimità costituzionale<sup>631</sup>.

---

<sup>629</sup> Cfr. ZAGREBELSKY G.-MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, Bologna: Il Mulino, 2012; SENESE, *Funzioni di legittimità e ruolo di nomofilachia*, (1987), cit.; SORRENTI, *L'interpretazione conforme a costituzione*, cit.

<sup>630</sup> Vedi, sul punto, l'art. 136 della Costituzione Italiana.

<sup>631</sup> TUSSEAU, *Modelli di giustizia costituzionale*, cit.; AZZARITI, *Interpretazione costituzionale*, Torino: Giappichelli, 2007.

Dalla dottrina dell'interpretazione conforme deriva, pertanto, un dovere in capo al giudice comune che ne qualifica ulteriormente la funzione al fine di attuare un compito mastodontico che nessun legislatore sarebbe stato in grado di adempiere in via esclusiva all'interno delle aule parlamentari, ovvero quello di trasfondere i principi costituzionali all'interno di un ordinamento dato in epoca precostituyente. Sarebbe, quindi, riduttivo ricondurre la funzione di questa dottrina ad un mero sgravio delle cause pendenti davanti alla Consulta.

In un simile contesto, l'intervento autoritativo della Corte di cassazione «che tagli i nodi delle incertezze interpretative» non può essere considerato, sempre ed in ogni caso, quello definitivo, dal momento che il giudice delle leggi può essere interpellato da qualsiasi giudice, e finanche da quello di rinvio con riferimento al principio di diritto al quale dovrebbe essere vincolato. D'altra parte, i non rari casi nei quali lo *jus receptum* risultante dalle pronunce della Corte di cassazione è stato travolto da una pronuncia della Corte Costituzionale, attivata da interventi del giudice del merito, dimostrano la problematicità che nell'attuale sistema assume una formula come quella dell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario, ove la si legga nella sua rigida letteralità.

Peraltro, non va dimenticato che anche dai dibattiti dell'Assemblea Costituente emerge che molti dubbi ed incertezze sussistevano in merito al rapporto che avrebbe dovuto instaurarsi tra Corte Costituzionale e Cassazione<sup>632</sup>.

Deve ricordarsi, sul punto, che tra le proposte che furono avanzate dal Comitato di Redazione per la seconda sottocommissione, vi era quella, proposta dall'On. Calamandrei, che prevedeva la differenziazione degli effetti conseguenti alle pronunce di accoglimento della Consulta su ricorso incidentale rispetto a quelle su ricorsi in via principale. Tale proposta riservava, infatti, soltanto alle seconde l'effetto *erga omnes* previsto dall'art. 136 Cost.<sup>633</sup>, mentre le prime avrebbero comportato una mera disapplicazione che, però, in forza del valore dei precedenti stabiliti da un organo

---

<sup>632</sup> Resoconti della seconda sottocommissione (sezione seconda- potere giudiziario) dell'Assemblea Costituente italiana, 5 dicembre 1946- 27 gennaio 1947, reperibili negli archivi della Camera dei Deputati all'indirizzo: <http://legislature.camera.it/frameset.asp?content=%2Faltre%5Fsezionism%2F304%2F8964%2Fdocumentotesto%2Easp%3F>.

<sup>633</sup> Si veda il resoconto della seduta del 24 gennaio 1947 della sezione II della seconda sottocommissione, pres. on. Conti., Commissione per la Costituzione dell'Assemblea Costituente, p. 175.

supremo, si sarebbe rivelata un sostanziale annullamento, analogamente a quanto si può dire per le pronunce della Corte Suprema statunitense.

La proposta, come è noto, non venne accolta anche in conseguenza delle obiezioni mosse dall'On. Leone, che sin dal principio favorì l'ipotesi di un generalizzato annullamento *erga omnes*. Tuttavia, pare interessante osservare che, se la proposta Calamandrei avrebbe sostanzialmente dato più peso al valore del precedente giurisprudenziale, la soluzione adottata infine dal Comitato di redazione venne prevalentemente motivata dall'esigenza di semplificare le conseguenze della pronuncia di incostituzionalità, evitando di condizionarne gli effetti alla reazione del legislatore. In altre parole non vi era alcun pregiudizio ideologico sul valore dei precedenti, anzi, vi era una certa consapevolezza della loro importanza. Ancora, più interessante pare il dibattito avvenuto in assemblea plenaria fra l'On. Nitti<sup>634</sup>, l'On. Gesumino<sup>635</sup> e l'On. Perassi<sup>636</sup> circa la possibilità di affidare il giudizio di costituzionalità alle Sezioni Unite della Corte di cassazione. Tale soluzione, proposta dall'On. Nitti prevalentemente per ragioni di diffidenza nei confronti della costituenda Consulta, avrebbe configurato la Cassazione in modo non dissimile dalla Corte Suprema statunitense, come espressamente dichiarato dallo stesso proponente. Una simile configurazione, non venne ritenuta sufficiente dall'On. Perassi proprio in quanto avrebbe affidato gli effetti dell'incostituzionalità delle leggi al valore dei precedenti giurisprudenziali, per certi aspetti analogamente a quanto previsto dalla proposta Calamandrei di cui si è fatto cenno con riferimento alle pronunce di accoglimento su ricorso incidentale.

La priorità che emerge dai lavori della Costituente era quella di assegnare un valore inequivocabilmente vincolante ed *erga omnes* alle pronunce di incostituzionalità delle leggi, preservando la supremazia del parlamento rispetto al rischio di delineare un giudice-legislatore. Tale priorità si ricollegava esplicitamente all'esigenza di evitare che si ripetesse lo svuotamento della legge fondamentale attraverso un controllo di legittimità delle leggi inconsistente, come era avvenuto sotto la vigenza dello Statuto Albertino. Una pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di

---

<sup>634</sup> Si veda resoconto dei lavori dell'Assemblea Costituente, riunita in seduta plenaria antimeridiana il giorno 28 novembre 1947, pres. Conti, pp. 2607-2612.

<sup>635</sup> *Ibid.*, pp. 2612-2613.

<sup>636</sup> *Ibid.*, pp. 2613-2615.



cassazione, per quanto autorevole e massimata che fosse, non aveva (e non ha) le caratteristiche di vincolatività ed immediato valore *erga omnes* richiesti.

Se, da un lato, infatti, la legge è idonea a produrre effetti precettivi dal momento della sua entrata in vigore, il precedente giurisprudenziale è in grado di produrre effetti al di fuori del caso concreto solo attraverso la costante riaffermazione nel tempo del principio giuridico sottostante. Inoltre, anche in tal caso, gli effetti del precedente sono incerti poiché dalle ripetute conferme del principio di diritto possono aggiungersi elementi innovativi o parzialmente modificativi. In sostanza, la disapplicazione operata dalla Corte suprema delle leggi incostituzionali non venne ritenuta sufficientemente affidabile come strumento di garanzia della legge fondamentale.

Quel che pare rilevante, comunque, è che se, da un lato, i Costituenti negavano unanimemente che a una sentenza della Suprema Magistratura ordinaria potesse essere assegnato un valore vincolante ed *erga omnes*, essi erano altresì consapevoli che il valore dei precedenti di cassazione non era limitato agli angusti confini del caso concreto sebbene non offrisse certamente le garanzie e le certezze dello strumento legislativo. D'altra parte quel che si ricercava era uno strumento atipico, da utilizzare con metodo giurisdizionale, per evitare l'autoreferenzialità di un organismo politico, e, al contempo, che fosse espressione di un potere "quasi-normativo" negativo, per prevenirne i rischi di inefficacia.

Tuttavia, un problema significativo si pone con riferimento al fatto che le pronunce della Consulta non sono fatte di secchi dispositivi, ma, piuttosto, di argomentazioni interpretative basate sulle previsioni della Costituzione e sui precedenti della Corte stessa. Si è pone, quindi, un problema di raccordo tra uno degli aspetti della doppia natura dei precedenti costituzionali e l'esercizio della funzione nomofilattica.

Se, infatti, assumiamo che i precedenti della Corte Costituzionale, per caratteristiche loro proprie derivanti direttamente dalla Carta fondamentale, costituiscano uno strumento atipico a cavallo tra una pronuncia giurisdizionale e una deliberazione normativa, si comprende immediatamente la doppia natura di tale strumento: da un lato, si hanno dispositivi che, se di accoglimento, producono effetti *erga omnes* attraverso una forza normativa, evidentemente, uguale e contraria a quella

legislativa, dall'altro lato, si ha un'attività interpretativa di norme che si attua attraverso il metodo giurisdizionale e che pertanto tende ad osservare i criteri dell'interpretazione giudiziaria. È proprio questo secondo aspetto, quindi, che pone un problema di raccordo con la funzione di assicurare la uniforme interpretazione e l'unità del diritto nazionale.

Se, infatti, gli effetti dei dispositivi di accoglimento sono fuori discussione, si deve ritenere che i percorsi interpretativi contenuti nelle motivazioni assurgano al valore di precedente, certamente autorevole ma in alcun modo vincolante, se non al massimo per il giudice rimettente. Ma se così stanno le cose, ci si chiede che ruolo abbiano i precedenti costituzionali nell'ambito dell'esercizio della funzione di nomofilachia.

In effetti, la funzione interpretativa che la Consulta ha progressivamente assunto è stata fatta discendere da argomenti logici sostanzialmente non dissimili da quelli esposti dal Giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti, John Marshall, nell'arcinoto caso *Marbury v. Madison*<sup>637</sup>. Infatti, se è vero che tutti i giudici (compresi quelli costituzionali) sono chiamati a determinare qual è la legge applicabile e sono soggetti ai superiori precetti della Carta fondamentale (art. 54 Cost. e art. 5 L. 87/1953), essi sono tenuti ad esporre e spiegare la regola che vanno ad applicare, se non altro per il vincolo di motivazione imposto dalla stessa Costituzione<sup>638</sup>. Lo stretto ed indissolubile legame tra i principi affermati nei motivi di diritto e la parte dispositiva, conferisce una dignità all'interpretazione accolta dalla Corte Costituzionale che non può essere ignorata dai giudici comuni. In questo senso si

---

<sup>637</sup> Si veda al riguardo il passaggio in U.S. Supreme Court, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803): “[...]E’ enfaticamente dovere e competenza del potere giudiziario di dire che cos’è la legge. Coloro che applicano la regola a casi particolari, la devono necessariamente esporre e spiegare. Se c’è un conflitto fra due leggi, le corti devono decidere l’operatività di ciascuna. Allo stesso modo se una legge è in contrasto con la Costituzione; se sia la legge che la Costituzione trovano applicazione in un determinato caso, in modo che la Corte possa decidere il caso in conformità alla legge, senza considerare la Costituzione, oppure in conformità alla Costituzione, senza considerare la legge, la Corte dovrà determinare quale di queste regole contrastanti deve essere applicata. Questa è l’essenza stessa della funzione giudiziaria. Se poi, le corti devono considerare la Costituzione, e la Costituzione è legge superiore a qualsiasi altra legge dell’ordinamento, sarà la Costituzione, e non la legge ordinaria, ad essere applicata al caso in questione.”

<sup>638</sup> Si veda Art. 111, 5° comma, della Costituzione e Artt. 11 e 18, commi 1° e 3°, L. 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla Costituzione e sul Funzionamento della Corte Costituzionale).

comprende maggiormente l'importanza che ha rivestito nel corso del tempo la dottrina dell'interpretazione costituzionalmente conforme sulla giurisprudenza ordinaria<sup>639</sup>.

Vi è anche chi ha autorevolmente osservato<sup>640</sup> insieme alla dottrina maggioritaria che la funzione di nomofilachia è fondamentale propria soltanto della Cassazione, mentre le sentenze «interpretative» della Corte Costituzionale concorrono alla formazione della giurisprudenza, senza il riconoscimento di alcun regime privilegiato rispetto agli orientamenti formati in sede ordinaria, specialmente per quanto riguarda l'interpretazione di norme diverse da quelle della Costituzione.

D'altra parte però, come è stato già rilevato, anche il c.d. «diritto vivente» può risultare incostituzionale e stanno a dimostrarlo le numerose sentenze della Consulta nelle quali è stata sindacata una particolare lettura delle disposizioni legislative consolidatesi nella giurisprudenza<sup>641</sup>. Pertanto, si ha, da una parte, un organo al quale è conferita l'ultima parola nello stabilire qual è il diritto vivente e come raccordare le interpretazioni date dalla Consulta a quelle della magistratura ordinaria, mentre, dall'altro lato, si ha un organo al quale è conferito il potere di dichiarare l'incostituzionalità di un orientamento giurisprudenziale e, quindi, di espungerlo dall'ordinamento.

La c.d. dottrina del diritto vivente nasce, all'esito di una contrastata e difficile evoluzione, ad opera della giurisprudenza costituzionale, da pronunce attraverso le quali il giudice delle leggi si è misurato con l'esistenza di una *communis opinio*

---

<sup>639</sup> Si veda sul tema IANNUCILLI (a cura di), *L'interpretazione secundum constitutionem tra Corte Costituzionale e Giudici comuni. Brevi note sul tema*, Servizio Studi e Massimario della Corte Costituzionale, Roma 2009; RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema dei sistemi" come problema*, in *www.rivistaaic.it*, 30/05/14; ID., *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *www.rivistaaic.it*, 09/01/15; FAZZALARI, *Giudici, diritto, storia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982, p. 757. inoltre, C. Cost. sentenza n. 11 del 1965: "È evidente che della legittimità costituzionale di una norma non si può giudicare senza prima avere stabilito quali della norma siano il contenuto e la portata. A questo fine non è escluso che la Corte Costituzionale possa anche avvalersi di una precedente interpretazione, sempre però che, a seguito di una piena adesione, questa sia divenuta anche la interpretazione propria. Stabilire infatti quale sia il contenuto della norma impugnata è inderogabile presupposto del giudizio di legittimità costituzionale; ma esso appartiene al giudizio della Corte non meno della comparazione, che ne consegue, fra la norma interpretata e la norma costituzionale, l'uno e l'altro essendo parti inscindibili del giudizio che è propriamente suo. Che poi frequentemente la parte del giudizio della Corte relativa alla interpretazione della norma ordinaria non assuma un particolare rilievo, per la evidenza del contenuto della norma stessa, o per effetto, appunto, di una precedente interpretazione sicuramente consolidata, non è cosa che valga a mutare la posizione logica dei due momenti, né l'appartenenza di entrambi all'unitario giudizio della Corte (...)".

<sup>640</sup> Cfr. PIZZORUSSO-PROTO PISANI, *Per la Cassazione*, (1987), cit., p. 212.

<sup>641</sup> Si veda, per esempio, Corte cost. n. 91/2004, nn. 117 e 258/2012, n. 191/2013, n. 242/2014, nn. 1, 3 e 11/2015.

giurisprudenziale, riconoscendole specifico valore. Si è parlato di “guerra tra le due Corti” , ad indicare i contrasti interpretativi intercorrenti tra Cassazione e giudice costituzionale. La dottrina individua tre fasi differenti: la prima fase, dalla metà degli Anni Cinquanta, in cui si cercano di definire, in via tutto sommato interlocutoria, i poteri spettanti alle due corti; la seconda, a partire dalla sentenza n. 11 del 1965 fino alla metà degli Anni Settanta, coincidente con la guerra tra Corti vera e propria; infine, l’affermarsi della teoria del diritto vivente, a seguito della sentenza n. 276 del 1974, che ha sancito una sorta di “armistizio” definendo il diritto vivente come «il “sistema giurisprudenziale” formatosi, nel difetto di espresse disposizioni». Le pronunce successive hanno poi meglio esplicitato la portata di tale fenomeno, chiarendo che possa parlarsi di diritto vivente solo laddove l’orientamento in esame trovi fondamento nella giurisprudenza della Corte di cassazione e, al contempo, sia caratterizzato dalla continuità di applicazione nel tempo (cfr., tra tutte, Corte Cost. sentt. n. 120 del 1984, cons. in dir. n. 3; n. 242 del 2008, cons. in dir. n. 4; n. 41 del 2006, cons. in dir. n. 2.1)<sup>642</sup>.

La tensione tra il potere della Corte Suprema (specie nella sua composizione a sezioni unite) di stabilire l’interpretazione definitiva di una data disposizione legislativa e il potere esclusivo della Consulta di svolgere giudizi di compatibilità costituzionale si dimostra ancora oggi particolarmente accentuata e foriera di possibili conflitti. Quel che preme rilevare è la disomogeneità di questo confronto dovuta, prevalentemente alla natura ibrida della Corte Costituzionale.

Il tema della sindacabilità del diritto vivente è stato, peraltro, riproposto all’attenzione dei commentatori con le recenti sentenze della Corte Costituzionale nn. 1 e 3 del 2015. Si tratta di due pronunce aventi caratteristiche e natura diverse, ma accomunate dal proposito di verificare la compatibilità costituzionale di determinate interpretazioni giurisprudenziali<sup>643</sup>.

Con la prima decisione è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’interpretazione data dalla Corte di Cassazione<sup>644</sup> dell’art. 458 cod. proc. pen. e

---

<sup>642</sup> Cfr. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*. Genesi, uso e implicazioni, Milano: Giuffrè, 1994.

<sup>643</sup> MARTINUZZI, *Il Ritorno Senz’Armi su un Vecchio Campo di Battaglia: note sulle sentenze 1 e 3 del 2015*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

<sup>644</sup> C. C. Cass., sent. 15 luglio 2013.

dell'art. 1, 1° comma, del D.P.R. n. 448 del 1988 nella parte in cui stabiliscono che, in caso di giudizio abbreviato richiesto dall'imputato in seguito a un decreto di giudizio immediato disposto su istanza del Pubblico Ministero, la composizione dell'organo giudicante nel processo minorile sia monocratica invece che collegiale.

Con la seconda decisione è stata, invece, dichiarata l'infondatezza della questione posta non senza, però, aver fornito un'interpretazione sistematica e conforme a costituzione che fosse idonea a risolvere i dubbi di legittimità. Infatti, il problema interessava, in questo caso, l'interpretazione data dalle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione<sup>645</sup> degli artt. 133, commi 1° e 2° e 327, comma 1°, del cod. proc. civ., nella loro formulazione antecedente alla riforma apportata con la L. 18 giugno 2009, n. 69 (*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*).

In tutti e due i casi, come accennato, la Corte affronta diverse problematiche relative agli effetti del diritto vivente ed, in un certo senso, interferisce con l'esercizio della funzione nomofilattica da parte della Corte Suprema per evitare che il consolidamento di un orientamento giurisprudenziale finisca per comportare violazioni dei precetti costituzionali. Va opportunamente osservato che la Corte, in aderenza al dettato esplicito dell'art. 134 Cost., evidenzia che le questioni di legittimità interessano articoli di leggi - seppur come interpretati nella giurisprudenza - nonostante le questioni rimesse dai giudici *a quo* fossero specificamente circoscritte alla legittimità di una data lettura di quelle disposizioni. In altre parole, da un lato, i giudici remittenti mostrano di non potere ricercare un possibile significato della disposizione che risulti costituzionalmente compatibile in quanto costretti a constatare un consolidato diritto vivente, mentre, dall'altro lato, la Consulta non rinuncia a sciogliere tale vincolo al precedente in ragione delle cause di incostituzionalità.

Procedendo con ordine, occorre esaminare, innanzitutto, la sentenza n. 1/2015 data anche la sua maggiore complessità dovuta a delicate questioni procedurali.

In tale vicenda, l'imputato minorene era stato condannato in primo grado per i reati contestatigli, a seguito di giudizio abbreviato richiesto dallo stesso in seguito all'accoglimento dell'istanza del Pubblico Ministero per procedere con giudizio immediato. Va chiarito fin da subito questo profilo di particolare delicatezza: il

---

<sup>645</sup> C. C. Cass., Sezioni Unite Civili, sent. 1° agosto 2012 n. 13794 .

decreto di accoglimento dell'istanza di giudizio immediato proposta dal PM costituisce atto di competenza del giudice per le indagini preliminari il quale è organo monocratico. Nel caso in cui il procedimento sia destinato a concludersi con un giudizio immediato, l'udienza preliminare non si tiene affatto e si va immediatamente a sentenza, mentre, se l'imputato richiede (al GIP) di procedere con giudizio abbreviato entro quindici giorni dalla notificazione del decreto di giudizio immediato ai sensi dell'art. 458 cod. proc. pen., il GIP fissa l'udienza preliminare. In tal caso è, quindi, il Giudice dell'Udienza Preliminare, nella sua particolare composizione collegiale, a definire il giudizio. Va tenuto presente che la particolare composizione collegiale prevista avanti il Tribunale per i Minorenni<sup>646</sup> è stata concepita, come giustamente rileva la Corte Costituzionale, al fine di perseguire il preminente interesse del minore dal momento che affianca al giudice togato due altri componenti laici esperti nelle materie psico-pedagogiche e sociali<sup>647</sup>. Nel caso che ci interessa, il giudizio era stato definito dal GUP in composizione collegiale.

Tuttavia, in sede di impugnazione, la Corte d'Appello di Bologna rileva la sussistenza di un consolidato orientamento della Corte Suprema (c.d. diritto vivente) in base al quale «*in tema di procedimento a carico di minorenni, la competenza per il giudizio abbreviato instaurato a seguito di giudizio immediato spetta al giudice delle indagini preliminari e non al tribunale per i minorenni nella composizione prevista per l'udienza preliminare*». In conseguenza di ciò, il giudice dell'impugnazione annulla la sentenza di primo grado “*per difetto di competenza funzionale*” ai sensi degli artt. 178, 1° comma, lett. a) e 179 cod. proc. pen.. La Corte di Cassazione<sup>648</sup>, su

---

<sup>646</sup> Si veda Regio Decreto del 30 gennaio 1941, n. 12, all'art. 50bis (***Giudice per le indagini preliminari***):

1. *In ogni tribunale per i minorenni uno o più magistrati sono incaricati, come giudici singoli, dei provvedimenti previsti dal codice di procedura penale per la fase delle indagini preliminari. L'organizzazione del lavoro dei predetti giudici è attribuita al più anziano.*

2. *Nell'udienza preliminare, il tribunale per i minorenni, giudica composto da un magistrato e da due giudici onorari, un uomo e una donna, dello stesso tribunale.*

<sup>647</sup> Si veda Regio Decreto Legge 20 luglio 1934, n. 1404 (Istituzione e funzionamento del Tribunale per i Minorenni), all'art 2 (***Istituzione e composizione dei Tribunali per i minorenni***):

*In ogni sede di Corte di appello, o di sezione di Corte d'appello, è istituito il Tribunale per i minorenni composto da un magistrato di Corte d'appello, che lo presiede, da un magistrato di tribunale e da due cittadini, un uomo ed una donna, benemeriti, dell'assistenza sociale, scelti fra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia, di psicologia, che abbiano compiuto il trentesimo anno di età.*

<sup>648</sup> C. C. Cass., sent. 15 luglio 2013.

ricorso proposto dalla Procura Generale, ritiene di confermare il principio consolidato nella sua giurisprudenza come diritto vivente, mantenendo, quindi, la sentenza d'appello.

A questo punto, il giudice del rinvio veniva investito di una questione che risultava problematica sotto due distinti profili: da un lato, si poneva il tema del vincolo ad un consolidato orientamento giurisprudenziale ritenuto erroneo o quantomeno iniquo, mentre, dall'altro lato, vi era, come rilevato dalla Consulta, il vincolo imposto dalla legislazione procedurale per il giudice del rinvio al rispetto della decisione emessa dalla Cassazione sulla competenza<sup>649</sup>. La questione non lasciava apparentemente molto margine di valutazione.

Tuttavia, come opportunamente sottolinea la Corte, il primo problema si rivela essere solo apparente dato l'intervento di una nuova decisione delle Sezioni Unite della Cassazione che compie un vero e proprio *overruling*, mutando il precedente orientamento giurisprudenziale<sup>650</sup>. Si osservi incidentalmente, peraltro, che nella sentenza del 2014 la Corte di Cassazione rileva in merito alla questione due orientamenti giurisprudenziali consolidati idonei a costituire diritto vivente: il primo, relativo all'identificazione della fattispecie in esame come "difetto funzionale di competenza" ed, in quanto tale, come causa di nullità della sentenza ai sensi degli artt. 178 e 179 c.p.p., ed il secondo, in merito alla competenza del giudice monocratico per le indagini preliminari in caso di giudizio abbreviato richiesto dall'imputato a seguito di decreto di accoglimento del giudizio immediato. Con riferimento al primo orientamento la Corte Suprema si spinge addirittura a definirlo "*jus receptum*"<sup>651</sup>. La combinazione di questi due consolidati orientamenti induce, pertanto, la Corte a mutare la propria precedente posizione in merito alla competenza del G.I.P..

Per quanto riguarda il secondo problema posto al giudice del rinvio, la Corte Costituzionale riconosce un effettivo ostacolo. Il vincolo al precedente della Cassazione per il giudice del rinvio è legislativamente imposto<sup>652</sup> e, in quanto tale, non

---

<sup>649</sup> Cfr. Art. 25 c.p.p.; Corte cost. sent. n. 1/2015, terzo considerato in diritto, §5; Corte cost. n. 408/2005, considerato in diritto n. 3.2.

<sup>650</sup> Si veda al riguardo C. C. Cass. SS.UU. penali, 27 febbraio 2014, n. 18292 ed, in particolare, il considerato in diritto n. 4.1 e 4.2.

<sup>651</sup> C. C. Cass. SS.UU. penali, 27 febbraio 2014, n. 18292 ed, in particolare, il considerato in diritto n. 3.3.

<sup>652</sup> Si veda art. 25 c.p.p.

è superabile da un successivo *overruling* della stessa Corte che intervenga nelle more del giudizio di rinvio.

La Consulta sembra giustificare l'opportunità della sua pronuncia proprio sulla base di tale aporia, dal momento che un nuovo giudizio che risulti conforme al vecchio principio di diritto, ma altresì contrastante con il nuovo orientamento della Corte Suprema e, potenzialmente, con il principio di eguaglianza e con il diritto di difesa risulterebbe quantomeno iniquo.

A questo punto, però, la Corte Costituzionale interferisce con la funzione nomofilattica della Suprema Corte laddove, pur ammettendo che l'ordinamento riconosca l'insindacabilità delle decisioni della Cassazione sulla competenza, tenta di fondare la rilevanza e la necessità della propria pronuncia financo eludendo propri precedenti orientamenti. Infatti, nello svolgimento del terzo punto in diritto, la Corte correttamente rileva che *“dall'effetto vincolante delle decisioni della Corte di cassazione in materia di competenza, stabilito dall'art. 25 cod. proc. pen., «discende la irrilevanza di questioni che tendano a rimettere in discussione la competenza attribuita nel caso concreto dalla Cassazione medesima, in quanto ogni ulteriore indagine sul punto deve ritenersi definitivamente preclusa e quindi nessuna influenza potrebbe avere una qualsiasi pronuncia di questa Corte nel giudizio a quo» (ex plurimis, sentenze n. 294 del 1995 e n. 25 del 1989; ordinanze n. 306 del 2013 e n. 222 del 1997).”*. Tuttavia, la Corte prosegue ritenendo che, in realtà, non si tratti di una questione di competenza del caso concreto, bensì dell'inidoneità del giudice per le indagini preliminari a svolgere il giudizio abbreviato per il Tribunale per i Minorenni.

Tale posizione si presta ad un duplice ordine di critiche. Da un lato, se si fosse trattato effettivamente soltanto della generale inidoneità del GIP monocratico a svolgere il giudizio abbreviato in relazione all'assunta incompatibilità con gli artt. 3, 24 e 31 Cost., la questione avrebbe dovuto ritenersi risolta con l'intervento del nuovo orientamento della Cassazione. Tale decisione delle Sezioni Unite, infatti, avrebbe fatto ragionevolmente ritenere che qualsiasi discostamento dall'affermato principio di diritto ad opera delle corti e dei tribunali inferiori sarebbe stato cassato, espungendo, di fatto, dall'ordinamento il precedente principio.

Dall'altro lato, la Corte distingue dalla questione di competenza un generale profilo di valutazione di idoneità che rientrerebbe più propriamente nell'ambito della



discrezionalità delle scelte del Parlamento. Tuttavia, risulta di tutta evidenza che il legislatore non ha operato in maniera esplicita tale valutazione, lasciando, in realtà, gran parte del lavoro all'interprete. Quindi pare legittimo chiedersi quale sia stato il reale oggetto del sindacato della Corte.

Volendo mettere da parte per un momento gli orientamenti giurisprudenziali relativi alla fattispecie, un'attenta lettura sistematica delle norme di legge interessate dalla questione avrebbe condotto al medesimo risultato senza una dichiarazione di illegittimità costituzionale. Infatti, come giustamente rilevato dalla Corte di Cassazione nella sent. n. 18292/2014, uno dei pilastri che sorreggevano il precedente orientamento giurisprudenziale risultò essere particolarmente debole. Infatti, «*il rinvio alle disposizioni del codice di procedura penale [art. 1, 1° comma, DPR 448/88], su cui si fa generalmente leva, vale “per quanto non previsto” dalle disposizioni sul processo penale minorile, ma questa espressione non equivale a quella “per quanto non specificamente previsto”. Mentre va tenuto in conto che il secondo periodo del medesimo comma 1 dell'art. 1 prevede che le disposizioni codicistiche generali “sono applicate in modo adeguato alla personalità e alle esigenze educative del minore” (principio c.d. di adeguatezza applicativa)*». Inoltre, va osservato che il comma 2° dell'art. 458 c.p.p.<sup>653</sup> richiama esplicitamente, per la particolare ipotesi contemplata, l'applicazione dell'art. 441<sup>654</sup> il quale, a sua volta, impone l'osservanza, in quanto applicabili, delle disposizioni previste per l'udienza preliminare. Nel contesto di cui si tratta, le disposizioni previste per l'udienza preliminare<sup>655</sup> si sarebbero sempre dovute ritenere integrate, secondo una prospettiva sistematica, dall'art. 50bis del R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, così come aggiunto dall'art. 14 del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 449<sup>656</sup>. Infatti, il richiamo operato dall'art. 441 c.p.p. non include alcuna riserva

---

<sup>653</sup> Art. 458 Cod. Proc. Pen. (**Richiesta di Giudizio Abbreviato**), 2° comma: “Se la richiesta è ammissibile, il giudice fissa con decreto l'udienza dandone avviso almeno cinque giorni prima al pubblico ministero, all'imputato al difensore e alla persona offesa. Nel giudizio si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli articoli 438, commi 3 e 5, 441, 441 bis, 442 e 443; nel caso di cui all'articolo 441 bis, comma 4, il giudice, revocata l'ordinanza con cui era stato disposto il giudizio abbreviato, fissa l'udienza per il giudizio immediato.”

<sup>654</sup> Art. 441 Cod. Proc. Pen. (**Svolgimento del giudizio abbreviato**), 1° comma: “Nel giudizio abbreviato si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste per l'udienza preliminare, fatta eccezione per quelle di cui agli articoli 422 e 423.”

<sup>655</sup> Titolo IX, Cod. Proc. Pen., artt. da 416 a 433.

<sup>656</sup> Decr. Pres. Rep. 22 settembre 1988, n. 449 (Approvazione delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento

codicistica, ma, anzi, rinvia alla disciplina dell'istituto nel suo complesso. Tale interpretazione sistematica, peraltro costituzionalmente compatibile, è stata integralmente accolta dalle Sezioni Unite della Corte Suprema nel febbraio 2014. Si è, quindi, indotti a interrogarsi sul perché la Corte di cassazione con la sentenza del 15 luglio 2013 abbia ritenuto di sentirsi maggiormente vincolata ad un orientamento giurisprudenziale consolidato piuttosto che ad una esplicita previsione legislativa (i.e. le norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni), dando sempre per presupposto il fondamentale principio per cui *iura novit curia*.

Si è indotti a credere che il consolidamento di un orientamento giurisprudenziale rappresenti per il giudice sufficiente prova che della disposizione è stata data la migliore e più ponderata delle interpretazioni e che, pertanto, egli sia esentato dal ripetere *ex novo* la ricerca normativa. Ci si chiede però quanto sforzo il giudice, nella sua autonomia interpretativa, sia solito dedicare alla verifica del precedente quando questo provenga dalla Cassazione.

Al di là delle valutazioni della Corte Suprema, suscitano ancora maggiore interesse quelle svolte dalla Corte Costituzionale. Infatti, come abbiamo accennato, al fine di aggirare l'insindacabilità delle decisioni della Cassazione sulla competenza, la Corte decide di dichiarare l'incostituzionalità delle due disposizioni legislative contestate, sebbene ne fosse stata data in precedenza un'adeguata interpretazione conforme a Costituzione da parte delle Sezioni Unite della Corte Suprema. In queste considerazioni riecheggia l'ormai risalente guerra fra due corti che sembrava doversi ritenere archiviata<sup>657</sup>.

In conseguenza della dichiarazione di incostituzionalità, non è chiaro quale sia la sorte del nuovo orientamento della Cassazione o, viceversa, quali effetti espliciti realmente la decisione della Consulta in relazione al nuovo orientamento di legittimità. Infatti, da un lato, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità degli art. 458 c.p.p. e dell'art. 1, 1° comma, del D.P.R. n. 448/88 nella parte in cui prevedono che, nel processo minorile, nel caso di giudizio abbreviato richiesto dall'imputato in

---

giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni).

<sup>657</sup> Si veda al riguardo CRISAFULLI, *Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1965, 96 ss. e *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, *Giur. cost.*, 1956, 939.

seguito a un decreto di giudizio immediato, la composizione dell'organo giudicante sia monocratica, mentre, dall'altro lato, la Corte di Cassazione ha rilevato, per via esegetica, che tali norme non prevedono una simile attribuzione di competenza al G.I.P. Pertanto l'oggetto della dichiarazione di illegittimità finisce per sfuggire.

D'altra parte, non si può non rilevare che le due corti, in questo caso, finiscano per raggiungere la stessa conclusione per vie diverse. La Corte Costituzionale, però, dimostra un particolare sforzo volto alla tutela dei diritti di un minorenni tale da prevalere persino sulle esigenze di certezza del diritto. Da quest'approccio potrebbe desumersi un tentativo di recuperare quel ruolo di giudice dei diritti che le corti di Strasburgo e Lussemburgo le stanno progressivamente portando via.

Non a caso, lo stesso approccio si ritrova anche nella sentenza n. 3/2015 laddove la Corte, considerando la particolare situazione dei ricorrenti, adotta una diversa soluzione offrendo "solo" una interpretazione conforme all'interno di un giudizio di infondatezza. Anche in questo caso il problema era stato già risolto con la sentenza delle Sezioni Unite Civili della Cassazione 1° agosto 2012, n. 13794, qualificata espressamente dalla Consulta come "diritto vivente". In particolare la questione riguardava la data da cui far decorrere il termine lungo di impugnazione della sentenza (art. 327 c.p.c.)<sup>658</sup> dal momento che, nel caso specifico, il cancelliere aveva ritenuto di apporre date diverse per il deposito e per la avvenuta pubblicazione. In conseguenza di ciò, la Corte d'Appello di Napoli aveva dichiarato l'inammissibilità dell'impugnazione in quanto proposta oltre il termine di cui all'art. 327 c.p.c. rispetto alla data di deposito, mentre sarebbe risultata tempestiva se fosse stata presa a riferimento la data di pubblicazione.

In breve, la Corte rileva il diritto vivente consolidato dalla Corte di Cassazione con la sent. n. 13794/2012 e ne condivide l'impostazione confermando come solo la data di deposito rilevi ai fini dell'impugnazione. Tuttavia, essendo i fatti che hanno coinvolto i ricorrenti intervenuti in data antecedente al suddetto arresto giurisprudenziale, questi non hanno avuto la possibilità di confidare su tale principio. Pertanto, sebbene la questione sia stata risolta in punto di diritto, la Corte ritiene anche

---

<sup>658</sup> Art. 327 Cod. Proc. Civ. (**Decadenza dall'impugnazione**), 1° comma: Indipendentemente dalla notificazione, l'appello, il ricorso per cassazione e la revocazione per i motivi indicati nei numeri 4 e 5 dell'articolo 395 non possono proporsi dopo decorso un anno dalla pubblicazione della sentenza.

in questo caso di dover intervenire per tutelare i diritti dei ricorrenti nel caso specifico suggerendo alla Cassazione di disporre una rimessione in termini.

Sebbene tale contributo venga esplicitamente qualificato come interpretazione costituzionalmente conforme del diritto vivente<sup>659</sup>, sembra, in realtà, che la Corte, una volta confermata la compatibilità costituzionale dell'orientamento della Cassazione, si preoccupi prevalentemente di trovare adeguata tutela per i ricorrenti, i quali si sono ritrovati in una condizione iniqua dovuta ad una lesione di quello che è stato autorevolmente definito come 'affidamento nella sicurezza giuridica'<sup>660</sup>. In questo senso, anche nella sentenza n. 3/15 si troverebbe conferma dell'approccio poco più sopra descritto.

É certamente degno di nota che in questo caso la Corte si sia limitata ad una sentenza interpretativa di rigetto. Tuttavia, in presenza di queste particolari circostanze, è lecito interrogarsi sugli effetti di questa decisione sul giudizio *a quo* ed, in particolare, sulla rilevanza che è stata ritenuta sussistere.

Non pare che gli artt. 133, commi 1° e 2°, e 327, 1° comma, c.p.c. fossero realmente l'oggetto dei dubbi di legittimità costituzionale, così come pare che non lo fosse l'interpretazione offerta dalla Cassazione. Tuttavia, la rigida applicazione del principio di diritto enucleato dalla Corte di legittimità avrebbe certamente comportato una situazione di ingiustizia sostanziale nei confronti dei ricorrenti, i quali sarebbero risultati discriminati per il solo fatto di essersi trovati in tali circostanze prima del chiarimento delle Sezioni Unite. Ecco che, quindi, si spiegano i parametri presi in esame, ovvero gli artt. 3 e 24 Cost..

D'altra parte, sarebbe stato del tutto irragionevole aspettarsi dalla Cassazione che provvedesse a formulare una regola per i casi pendenti, se non assumendo le fattezze di uno pseudo-legislatore<sup>661</sup>.

Pare, poi, di notevole interesse la natura del 'suggerimento' offerto dalla Corte Costituzionale alla Corte Suprema attraverso una sentenza di rigetto. Al di là della considerazione che si tratti di una positiva forma di 'dialogo' tra Corti, resta poco chiaro quale reale influenza eserciti sulla libera valutazione del giudice remittente,

---

<sup>659</sup> Corte cost. 12 gennaio 2015, n. 3, nono considerato in diritto.

<sup>660</sup> LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, Rivista AIC N.° 4/2014, 10/10/2014, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)

<sup>661</sup> Cfr. sul punto CAPPELLETTI, *The Judicial Process*, (1989), cit., p. 35 e ss.

posto che sembra abbastanza scontato che, qualora i giudici di cassazione ritenessero di ricorrere ad un diverso strumento di tutela, non ne deriverebbero particolari conseguenze.

Quel che emerge con estrema evidenza è che la dottrina dell'interpretazione conforme tende ad intersecarsi con quella del diritto vivente in modo tale da lasciar emergere gli effetti della valorizzazione del precedente giurisprudenziale. Le sentenze considerate, infatti, si collocano a loro volta all'interno di un consolidato orientamento della Corte Costituzionale in base al quale l'obbligo per il giudice comune di tentare un'interpretazione costituzionalmente conforme si declina in relazione alla presenza o meno di un diritto vivente. «[I]n presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato», hanno affermato i giudici costituzionali nella sent. n. 242/2014, «il giudice a quo – se è pur libero di non uniformarvisi e di proporre una sua diversa esegesi, essendo la “vivenza” della norma una vicenda per definizione aperta, ancor più quando si tratti di adeguarne il significato a precetti costituzionali – ha alternativamente la facoltà di assumere l'interpretazione censurata in termini di “diritto vivente” e di richiederne su tale presupposto il controllo di compatibilità con parametri costituzionali [...]»<sup>662</sup>.

Tuttavia, giova ribadirlo, tali opzioni si configurano per il giudice comune solo allorquando sussista un diritto vivente riconoscibile dal momento che, come è stato ricordato nella recente sentenza n. 11/2015 in materia di assegno divorzile, qualora la giurisprudenza sia contraddittoria o del tutto assente, l'obbligo di tentare un'interpretazione conforme resta «ineludibile»<sup>663</sup>.

Da quanto osservato si comprende come il potere ermeneutico dei giudici comuni sul testo legislativo di per sé non escluda che la Corte Costituzionale possa esercitare un analogo potere nel giudizio incidentale. A differenza di quanto avviene nel giudizio in via principale, però, l'autonomia interpretativa del Giudice delle leggi si dimostra non assoluta, bensì correlata all'interpretazione adottata dal giudice *a quo* ed alle altre interpretazioni presenti nella giurisprudenza comune. La regolazione

---

<sup>662</sup> Corte cost. sent. 22 ottobre 2014, n. 242, 2° considerato in diritto; cfr. sullo stesso passaggio anche Corte cost. sent. nn. 91/2004, 258 e 117/2012, 191/2013, 11/2015, 14/2015 ed inoltre cfr. anche Corte cost. ord. n. 201/2015. Sul punto si veda inoltre SORRENTI, *La “Costituzione sottintesa”*, Seminario annuale svoltosi a Roma – Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, cortecostituzionale.it, p. 10 e ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico*, cit..

<sup>663</sup> Corte cost. sent. 9 febbraio 2015, n. 11, 3° considerato in diritto.

dell'esercizio del potere interpretativo della Corte rispetto a quello dei giudici comuni è, infatti, affidata alla dialettica tra la giurisprudenza costituzionale e quella ordinaria, e, in definitiva, a un patto istituzionale (inespresso) tra il Giudice delle leggi e la Magistratura.

Al riguardo, non va dimenticato che, come è stato già messo in evidenza al cap. 2 § 3, la Cassazione e la Consulta rappresentano giurisdizioni dotate di funzioni peculiari e fondamentali ma che, al contempo, sono state istituite nel nostro ordinamento in periodi storici culturalmente molto differenti.

Infatti, da un lato, la prima Corte di Cassazione venne istituita per il Regno di Sardegna nel 1848<sup>664</sup> sul modello originario della *Cour de Cassation* francese. Essa, pertanto, non costituiva un terzo grado di giudizio, bensì un organo esterno all'ordinamento giudiziario che avrebbe dovuto rappresentare una garanzia rispetto alle ipotesi di errata applicazione del diritto<sup>665</sup>. Dall'altro lato, la Corte Costituzionale rappresenta il frutto dell'influenza delle teorie kelseniane nel periodo costituente in quanto prototipo di garante dell'applicazione della nuova Carta fondamentale nel contesto di un ordinamento dato, in massima parte, in epoca pre-repubblicana.

Si comprende, quindi, come l'accostamento di queste due fondamentali istituzioni nel contesto italiano si sia dimostrato talora difficilmente armonizzabile. A riprova di ciò stanno alcuni esempi storici nella giurisprudenza costituzionale.

#### *i. La funzione nomofilattica alla prova di costituzionalità*

Un primo esempio eclatante è rappresentato dalla già menzionata sent. 20 dicembre 1968, n. 134 dove si dubitò persino della legittimità costituzionale dell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario disciplinante la funzione nomofilattica della Cassazione. Tale sentenza si colloca in un periodo storico ancora prematuro rispetto all'elaborazione di diverse dottrine giuridiche, ma, per quanto si tratti di una mera

---

<sup>664</sup> Lo Statuto Albertino, infatti, istituì la prima Corte di Cassazione di Torino. Con la nascita nel 1861 del Regno d'Italia furono successivamente istituite nuove corti di cassazione cosiddette "regionali", in relazione alla geografia degli stati pre-unitari: Torino per i territori dell'ex-Regno di Sardegna ed il Regno Lombardo-Veneto, Firenze per il Granducato e i Ducati, Roma per i territori appartenuti allo Stato Pontificio, Napoli e Palermo per l'ex-Regno delle Due Sicilie.

Nel 1923, nell'ambito della politica accentratrice del Regime Fascista, le cinque corti furono unificate con la denominazione ufficiale di *Corte suprema di cassazione*. Si veda sul tema Di Federico, *La Corte di cassazione: la giustizia come organizzazione*, (Bari: Laterza, 1969).

<sup>665</sup> Si veda al riguardo KOMAREK, *Reasoning with Previous Decisions*, (2013), cit., pp. 149- 171.

interpretativa di rigetto, contiene in sé l'embrione di quella che poi diventerà la dottrina dell'interpretazione conforme.

In effetti, la questione sollevata dal pretore di Milano era incentrata proprio sul vincolo del giudice di merito al rispetto di un consolidato orientamento stabilito dalla Cassazione per quanto ritenuto erroneo. Il giudice *a quo* lamentava, peraltro, che fino a quel momento la Consulta si era limitata a pronunciare sentenze interpretative di rigetto in quanto ancora non si era formato un consenso sulla sindacabilità del diritto vivente.

Quel che merita di essere evidenziato di questa breve sentenza sono tre affermazioni molto chiare della Corte Costituzionale riguardo i precedenti.

Per quanto riguarda la prima affermazione, si legge nella sentenza che il giudice remittente, in virtù della sua autonomia di valutazione «[non] può indulgere a quegli indirizzi di giurisprudenza che siano superabili con la prospettazione di argomenti di giudizio sorretti da valide basi»<sup>666</sup>. Per quel che riguarda, invece, la seconda si legge che come «è stato chiarito nella sentenza 29 giugno 1956, n. 21, [...] il processo di costituzionalità non è proponibile al solo scopo di precisare il significato di norme ambigue»; infine, la sentenza si chiude con la terza affermazione di rilievo quando si legge che «nelle sentenze 5 luglio 1956, n. 19, 24 febbraio 1964, n. 13, e 26 febbraio 1964, n. 21, si è precisato che oggetto [del processo costituzionale] può essere l'interpretazione di una disposizione legislativa, unicamente se sia mezzo al fine del controllo di legittimità della disposizione stessa».

Con queste tre semplici affermazioni si afferma, in primo luogo, che l'ordinamento italiano contempla l'istituto del c.d. *overruling*, laddove per discostarsi da un orientamento consolidato di cassazione al giudice del merito è richiesto di argomentare «su valide basi»; in secondo luogo, si riconosce che alla Corte Costituzionale non compete una generalizzata funzione interpretativa - che spetta, invece, alla Cassazione - ma soltanto il giudizio di costituzionalità, ed, infine, in terzo luogo si chiarisce che il sindacato del diritto vivente è sempre strumentale al sindacato di legittimità della disposizione legislativa sottostante. In sintesi, questa sentenza così

---

<sup>666</sup> In merito a questo punto, la Corte afferma altresì (1° punto del considerato in diritto) : «non può essere avallata la supposizione che un organo giurisdizionale, anche quando gli vengano sottoposti validi argomenti in senso contrario, tenga fermo un suo precedente punto di vista solo per non distaccarsi dai precedenti».

poco considerata avrebbe offerto tre principi chiave per regolare i rapporti tra Consulta e Cassazione, ma sfortunatamente non ha trovato largo seguito.

Meritano qualche considerazione anche le tesi sostenute dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, costituita in giudizio, in merito alla reale portata della funzione nomofilattica. Nei propri atti, la Presidenza ha osservato che esiste nell'ordinamento un problema di giustizia, intesa come esatta applicazione del diritto astratto al caso concreto, di cui è corollario l'esigenza di garantire, nei limiti del possibile, una certa concordanza tra i giudizi nell'interpretazione del diritto oggettivo. Tale esigenza s'impone ai giudici all'interno dell'ordinamento giudiziario e comporta una *reductium ad unum* grazie alla Corte di cassazione, nella quale convergono, in ultima istanza, le impugnazioni per motivi di diritto degli atti degli altri uffici giudiziari. Tuttavia, secondo la Presidenza del Consiglio, l'aspirazione all'uniformità del diritto e la posizione di supremazia della Corte di cassazione non si è risolta in un sistema che evita automaticamente una varietà d'interpretazioni della stessa norma e ripensamenti, né si è tradotta in un vincolo di gerarchica subordinazione del giudice di merito a quello di legittimità, tanto che la norma denunciata ha una portata più logico-sistematica che strettamente giuridica. La norma trova ragione nella previsione dell'unicità dell'istituto, e la funzione regolatrice di una sola Corte adempie al precetto costituzionale di assicurare eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge. Peraltro, sempre secondo la Presidenza del Consiglio, non ha senso supporre, come ha fatto il pretore, che un'interpretazione correttiva cui fosse pervenuta la Consulta avrebbe potuto vincolare il giudice della legittimità.

*ii. La compatibilità tra il valore del precedente di cassazione e la soggezione del giudice soltanto alla legge*

Un secondo esempio che dimostra la problematica collocazione della funzione nomofilattica in un ordinamento costituzionale come quello italiano è costituito dalla sentenza della Corte Costituzionale 2 aprile 1970, n. 50<sup>667</sup> dove è stato dubitato della costituzionalità del vincolo del giudice del rinvio al principio di diritto formulato dalla Cassazione, stabilito dall'allora art. 546, 1° comma, c.p.p.. Il giudice remittente aveva,

---

<sup>667</sup> Corte cost. sent. 2 aprile 1970, n. 50, in *Foro it.*, 1970, I, c. 1303-1306.



infatti, addotto una incompatibilità con l'art. 101, 2° comma e 107, 3° comma, Cost., non tanto sulla base di considerazioni di natura ideologica, quanto per il fatto che si era ritrovato costretto a giudicare diversamente due identiche situazioni a causa di un repentino *revirement* della giurisprudenza di cassazione<sup>668</sup>. La Corte suprema, infatti, aveva con sentenza 3 luglio 1967 negato giuridica rilevanza alle determinazioni della capitaneria di porto limitative della pesca a strascico e attuate mediante annotazione di carattere individuale sui singoli permessi di pesca, mentre, soltanto sei mesi dopo, con sentenza 18 gennaio 1968, aveva reputato tali determinazioni legittime ed efficaci, annullando la sentenza di assoluzione pronunciata in ossequio all'orientamento giurisprudenziale affermato con la precedente sentenza del 1967.

A prescindere dal problema pratico derivante dal vincolo formale cui era sottoposto il giudice del rinvio, la Corte Costituzionale reputa la questione infondata affermando che la Costituzione, «legando il giudice alla legge, vuole assoggettarlo, non solo al vincolo di una norma che specificamente contempra la fattispecie da decidere, ma altresì alle valutazioni che la legge dà dei rapporti, degli atti e dei fatti e al rispetto degli effetti che ne desume: in tal caso è sempre alla legge che il giudice si collega quando armonizza la sua decisione alle dette valutazioni». Non è perciò un sofisma, come invece, riteneva il giudice *a quo* «affermare che la pronuncia giudiziaria si mantiene sotto l'imperio della legge anche se questa dispone che il giudice formi il suo convincimento avendo riguardo a ciò che ha deciso altra sentenza emessa nella stessa causa, com'è [...] previsto nel sistema del rinvio della Cassazione».

Come giustamente rilevano i giudici costituzionali, «ogni limite posto dalla legge all'esercizio di poteri o di funzioni è legittimo fino a quando non vulneri un precetto costituzionale» ed «[u]n precetto di tal genere non può rinvenirsi nell'art. 101, 2° comma, Cost., invocato dal giudice *a quo*, perché l'efficacia della sentenza che dispone il rinvio è determinata dalla regola del *non bis in idem*, che porta, di necessità ed a seconda dei casi, ad una preclusione, alla cosa giudicata o, comunque, ad un punto fermo nel processo di graduale formazione logica della pronunzia finale».

---

<sup>668</sup> Cfr. sul punto quanto si è detto in merito alla sentenza n. 1 del 2015 della Consulta.

Il vincolo che la sentenza di Cassazione determina per il giudice di rinvio<sup>669</sup> consegue, perciò, al fatto che la legge ha ritenuto conclusa una fase del processo ed immutabilmente fissato il punto di diritto deciso, con effetto limitato alla causa. Al di là della lettera della norma impugnata, questa, nella sua sostanza e nelle sue conseguenze, altro non fa che determinare l'oggetto del processo di rinvio; essa prevede cioè che tale processo, riguardo al punto risolto dalla Cassazione, si svolga per riportare al fatto la regola che è stata rilevata in modo che la sentenza della Corte suprema abbia un suo effetto concreto.

D'altra parte la Corte rileva come questi meccanismi siano la diretta conseguenza della natura originaria della Cassazione in quanto giudice della legittimità delle sentenze al quale è preclusa la cognizione del merito per la particolare funzione interpretativa che gli è attribuita<sup>670</sup>. Sebbene già negli anni '70 fosse accettata la configurazione del processo di Cassazione come processo di impugnazione, la Corte suprema resta preposta alla risoluzione di questioni di diritto e non alla decisione delle specifiche controversie. È il giudice del rinvio quello competente per legge a risolvere la controversia nel merito applicando il principio giuridico formulato dal giudice di legittimità. Si tratta di una questione di competenze e funzioni stabilite dalla legge e che, pertanto, non si pone in contrasto con gli artt. 101, 2° comma, e 107, 3° comma, Cost.

Questi articoli, in effetti sono stati spesso posti in opposizione al riconoscimento di qualsiasi valore al precedente giurisprudenziale. Gino Gorla<sup>671</sup>, non senza enfasi, ha, però, sostenuto che «gli artt. 101 e 107 non hanno nulla a che fare [con] l'uniforme interpretazione della legge» e con il valore dei precedenti. Secondo l'autore «se l'espressione dell'art.101 avesse quel significato, essa ci verrebbe a dire che il giudice è soggetto soltanto alla propria opinione!».

Inoltre, in quell'interpretazione dell'art. 101 è implicita la considerazione del giudice singolo, come persona fisica, mentre con riferimento alla uniforme interpretazione della legge si considerano gli organi giudicanti come entità che restano

---

<sup>669</sup> Si fa in questo caso riferimento al vecchio art. 546, 1° comma, c.p.p. (oggi art. 627, 3° comma), ma il discorso potrebbe estendersi anche all'art. 384, 2° comma, c.p.c.

<sup>670</sup> Si veda il punto n. 4 della sentenza, in fine.

<sup>671</sup> GORLA, *Postilla*, cit., c. 127-143.

tali nonostante l'avvicinarsi delle persone fisiche nel ruolo, e nonostante il fatto che gli organi collegiali sono composti di volta in volta da diversi soggetti<sup>672</sup>.

D'altro lato, nella misura in cui si consideri come soggetto dell'art. 101 il giudice persona fisica, e si sostenga che egli è soggetto soltanto alla propria interpretazione della legge, si dovrebbe giungere alla conclusione che negli organi giudiziari collegiali la motivazione non può essere impersonale, cioè imputata al collegio, senza menzione dell'opinione dei singoli giudici. La motivazione della sentenza dovrebbe, quindi, riportare tutte quelle opinioni, e così si dovrebbe instaurare nel nostro ordinamento l'istituto delle opinioni separate (dissenzienti e concorrenti), ma è più che evidente che non è così<sup>673</sup>.

Va osservato che l'articolo in esame, dopo aver ricondotto nel comma 1° l'esercizio della funzione giurisdizionale al principio della sovranità popolare quale fondamentale fonte di legittimazione dei pubblici poteri - essendone la giurisdizione solo una delle molteplici manifestazioni - nel comma 2° sancisce, come rilevato, il principio della esclusiva soggezione del giudice alla legge. Come è stato autorevolmente sottolineato, per comprendere la effettiva portata del principio in esame i due commi dell'art.101 Cost. devono essere letti in uno stretto rapporto di connessione, in quanto, al fine di evitare fraintendimenti, la relazione tra giurisdizione e sovranità popolare necessita di essere ricostruita in termini di subordinazione strutturale della prima alla seconda<sup>674</sup>.

Il principio della soggezione del giudice alla legge ha ricevuto due letture, tra loro diverse ma allo stesso tempo strettamente intrecciate: a) il giudice non può ritenersi soggetto ad altro potere che sia quello legislativo; b) il giudice non può porsi al di sopra della legge<sup>675</sup>.

---

<sup>672</sup> Già nel nostro diritto comune, al fine di calcolare il numero dei «dottori» per la *communis opinio*, si diceva che la Rota romana rappresentava un dottore e non tanti dottori quanti erano i suoi giudici deliberanti. Cfr. GORLA, *Postilla*, cit., p. 138.

<sup>673</sup> Cfr. GORLA, *La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella «common law»: riflessi di tale struttura sull'interpretazione della sentenza, sui «Reports» e sul «Dissenting»*, in *Giur. it.*, 1965, I, 1, pp. 1239 e ss.

<sup>674</sup> Cfr. GUASTINI, *La Magistratura. Art. 101*, Tomo I, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, 1993, p. 166; Sergio Bartole, *Il potere giudiziario*, Bologna: Il Mulino, 2008, pp. 23 ss; FANOTTO, *I principî costituzionali in materia di giustizia*, in MEZZETTI (2011) cit., p. 636.

<sup>675</sup> Cfr. BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Torino: Giappichelli, 2006, pp. 21-46; ZANON-BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna: Zanichelli, 2008, p. 51.

Con riferimento alla prima, si intende manifestare un'ulteriore specificazione del principio di indipendenza della magistratura in relazione sia al profilo esterno (indipendenza dei giudici da altri organi o poteri) che a quello interno (indipendenza del singolo giudice da tutti gli altri colleghi).

Con riferimento alla seconda, si vuole, invece, sottolineare che l'indipendenza del giudice nell'esercizio delle sue funzioni giurisdizionali non equivale ad arbitrio, ma risulta riconducibile esclusivamente nell'ambito di ciò che è sancito dalla legge.

La Corte Costituzionale, in una risalente pronuncia, aveva anticipato le due differenti visioni, successivamente consolidate nell'impostazione dottrinale, affermando come il principio della soggezione del giudice alla legge esprima «l'esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto»<sup>676</sup>.

In realtà, se dietro alla misteriosa formulazione dell'art. 101, 2° comma, si va a verificare quella che era l'idea dei Costituenti, così come emergente dalle discussioni nella Seconda Sottocommissione e in Assemblea Plenaria<sup>677</sup>, si riscontra una moltitudine di concezioni diverse.

Se da un lato, Calamandrei ed alcuni altri deputati sostennero una formulazione che prevedeva la soggezione dei giudici soltanto alla legge da applicarsi «secondo coscienza», gli On.li Leone, Mastino Pietro e Bettiol, erano radicalmente contrari ad una simile formulazione per il rischio di incorrere in giudizi arbitrari e morali.

Quello che di unanimemente condiviso emerge dall'Assemblea Costituente era, prima di tutto, l'esigenza di delineare una indipendenza e un'autonomia dei giudici rispetto alle interferenze dei poteri dello Stato. Indipendenza, quindi, dal potere politico secondo una tipica concezione montesquieana<sup>678</sup>, ma anche autonomia rispetto ad un'organizzazione gerarchica del potere giudiziario.

---

<sup>676</sup> Si veda la sentenza Corte cost. n. 40/1964; in senso conforme si veda Corte cost. n. 234/1976.

<sup>677</sup> Si vedano resoconto della seduta del 13 dicembre 1946 della seconda sottocommissione della Commissione per la Costituzione, Pres. Conti, Rel. Calamandrei e Leone, e resoconto della seduta pomeridiana del 6 novembre 1947 dell'Assemblea Costituente, interventi degli On.li Bozzi e Mastino Pietro, e della seduta pomeridiana del 7 novembre 1947, intervento dell'On. Bettiol.

<sup>678</sup> Cfr. GORLA, *Postilla*, cit., p. 138.

Quel che si intendeva prioritariamente evitare era che il governo potesse incidere – quantomeno senza le garanzie dell'assemblea parlamentare - sull'ordinamento giudiziario attraverso meccanismi premiali e punitivi legati alla carriera dei magistrati, alle sedi di applicazione, alle remunerazioni, oppure attraverso l'alterazione del sistema delle competenze o la costituzione di tribunali speciali dedicati a trattamenti differenziati dei cittadini. In altre parole, si intendeva evitare di consegnare nelle mani del governo strumenti di pressione verso i giudici attraverso cui controllarne l'esercizio della funzione giurisdizionale<sup>679</sup>.

Sono evidenti i rischi che un sistema di diversa natura avrebbe potuto comportare: immunità dei corpi politici dalla giurisdizione, crollo del sistema dei *checks and balances*, espansione di un ruolo paragonativo all'interno del processo con pubblici ministeri e giudici istruttori che agiscono su direttive di organi rappresentanti l'interesse pubblico, espansione del potere esecutivo sui cittadini e conseguente derelizione dell'assetto di tutele offerto con riferimento ai diritti fondamentali.

Evitare questi pericoli è l'unico scopo della sottoposizione del giudice soltanto alla legge. La funzione giurisdizionale deve essere in questo senso svolta in totale assenza di influenze od ingerenze da parte degli organi politici.

Da questa impostazione far discendere un'assoluta irrilevanza della giurisprudenza è del tutto fuorviante. Le garanzie di autonomia ed indipendenza della magistratura sono valori riconosciuti e tutelati in molti ordinamenti dove il rapporto tra pubblici poteri è definito in modo ben diverso. L'assenza di un ordine gerarchico tra giudici, inoltre, è volto a prevenire che, nell'esercizio del suo ruolo di pubblico funzionario, un magistrato di grado superiore emetta direttive, ordini o altri atti di natura sostanzialmente amministrativa per imporre la propria autorità sui giudici inferiori nell'esercizio della loro funzione giudiziaria.

Tuttavia, dall'assenza di un ordine gerarchico non si deve far discendere che una corte d'appello non abbia l'autorità di annullare o riformare una sentenza di primo grado o che la cassazione non lo possa fare nei confronti delle decisioni di tutti i giudici del merito. Per questo va chiarito il doppio profilo: da un lato, non vi è alcun ordine gerarchico tra giudici in quanto membri della pubblica amministrazione ovvero

---

<sup>679</sup> SCHÖNFELD, *Montesquieu en 'La bouche de la loi'*, Leiden, New Rhine Publishers, 1979.

nell'esercizio della funzione amministrativa, mentre, dall'altro, si può ben dire vi sia sostanzialmente un rapporto di superiorità-inferiorità tra corti nell'ambito dell'esercizio della funzione giurisdizionale in quanto non potrà mai verificarsi, per la natura stessa dell'ordinamento giudiziario, che un giudice di primo grado annulli o riformi una sentenza della Cassazione, mentre potrà sempre darsi l'inverso; e da ciò discendono conseguenti e legittime aspettative che la Corte suprema cassi tutte le pronunce che non si conformino alla sua interpretazione del diritto, in assenza di valide e gravi ragioni che giustificino il discostamento.

Detto ciò non sembra corretto interpretare la sottoposizione del giudice soltanto alla legge come tutela di autonomia rispetto all'esercizio della funzione giurisdizionale da parte di altri giudici perché quantomeno risulterebbe in contrasto rispetto all'ordine di gerarchia tra corti<sup>680</sup>. Come è stato visto, peraltro, con la sent. n. 50/1970 la Corte Costituzionale ha escluso questa interpretazione dell'art. 101, 2° comma, in relazione agli artt. 107, 3° comma, e 108 al fine di dissipare ogni dubbio sulla costituzionalità del vincolo cui è sottoposto il giudice del rinvio.

In effetti il punto centrale è che non ha senso sottoporre l'esercizio della giurisdizione al formale vincolo di cui all'art. 101 Cost. poiché quest'ultimo è volto a garantire l'autonomia e l'indipendenza dei giudici rispetto agli altri poteri dello Stato e rispetto al comando amministrativo di autorità giurisdizionali sovraordinate, mentre l'esercizio della funzione giurisdizionale ha come esito tendenziale un atto, la sentenza, che non è per definizione diretta a produrre effetti nei confronti di altri giudici.

Anche in questo senso si spiega come il significato del valore del precedente fuoriesca dallo schema di garanzie di autonomia e indipendenza costituzionalmente delineato nell'art. 101 Cost.<sup>681</sup> e come la funzione nomofilattica della Cassazione non si ponga in contrasto con l'art. 107, 3° comma, Cost. La dottrina ha chiarito alcuni aspetti problematici derivanti dal profilo in esame.

---

<sup>680</sup> ID., p. 138.

<sup>681</sup> Va aggiunto che non si condivide la proposta di certa dottrina [BOVE (2006) cit.; BIFULCO (2008)] di intendere il termine «legge» contenuto nell'art. 101, 2° comma, Cost. con il significato di 'diritto' perché il punto non è questo. Quella previsione di garanzia deve rimanere intesa nel senso che soltanto la legge ordinaria del parlamento può disciplinare l'ordinamento giudiziario e nient'altro. Semmai il vetusto elenco delle fonti del diritto contenuto nelle disposizioni preliminari al codice civile, risalente ad epoca fascisto- monarchica, meriterebbe di essere aggiornato, come peraltro ha già fatto recentemente il legislatore spagnolo (si veda *infra* cap. V).

In primo luogo, è stato osservato come l'esistenza di più gradi di giudizio e la possibilità che la sentenza emessa da un giudice - magari di primo grado - venga riformata da altro giudice - magari di appello - non sono elementi tali da permettere una lesione del principio di indipendenza interna funzionale, essendo logiche presenti in qualsiasi sistema processuale<sup>682</sup>.

In secondo luogo, l'enunciazione del principio di diritto da parte della Corte di cassazione non è stato ritenuto un fattore tale da incidere sull'indipendenza interna funzionale del giudice di rinvio, in quanto il vincolo al principio di diritto, pur limitando fortemente la discrezionalità di quest'ultimo, non è di carattere assoluto<sup>683</sup> anche alla luce di quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 50/1970 già considerata.

In terzo luogo, il principio di indipendenza interna funzionale non risulta menomato nemmeno dalla eventuale soggezione di un giudice alle decisioni di altro giudice nell'ambito del medesimo grado del processo<sup>684</sup>, purché, in virtù dell'art. 101, 2° comma, Cost., sia la legge a stabilire quale giudice debba decidere con preminenza<sup>685</sup>.

### *iii. Il ruolo della Corte Suprema alla prova di costituzionalità*

Ulteriori ipotesi di frizione fra Corte Costituzionale e Cassazione sono emerse quando furono investite dal sindacato di costituzionalità altre norme procedurali caratterizzanti il ruolo della suprema Corte, come è stato il caso nelle sentenze 30 gennaio 1986 n. 17 e 31 gennaio 1991 n. 36. In entrambe le pronunce citate la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 395, n. 4), c.p.c. nella parte in cui non veniva contemplata la revocabilità delle pronunce di cassazione, nella prima sentenza, per l'ipotesi prevista dall'art. 360, n. 4), c.p.c., e, nella seconda, per l'ipotesi di errore di fatto nella lettura degli atti interni al giudizio di cassazione.

---

<sup>682</sup> Cfr. ZANON-BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, (2008) cit., p. 86.

<sup>683</sup> Cfr. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, (Bologna: Il Mulino, 1991); BIFULCO (2008) cit., p. 91; Biavati, *L'organizzazione della giustizia civile*, in AA.VV., *La giustizia civile e penale in Italia*, Bologna: Il Mulino, 2008, pp. 179 ss.

<sup>684</sup> Si faccia l'esempio dell'art. 28, 2° comma, c.p.p., in base al quale in caso di conflitto tra giudice dell'udienza preliminare e giudice del dibattimento prevale la decisione di quest'ultimo.

<sup>685</sup> Cfr. FANOTTO (2011) cit., p. 639.

Avveduta dottrina<sup>686</sup>, già a seguito della prima sentenza, notò come la giustizia civile sarebbe uscita seriamente menomata sia dall'aver dato avvio all'applicabilità dell'istituto della revocazione anche a quelle sentenze che, per definizione, non sarebbero state revocabili, sia per aver «offerto alle parti soccombenti nei giudizi un gratuito strumento per porre nel nulla le decisioni giudiziarie, allontanandone ancor più nel tempo la definitività». Non pare, peraltro di poco conto, come la stessa dottrina<sup>687</sup> sia arrivata in un certo senso anche ad anticipare la successiva pronuncia del 1991, prevedendo ulteriori giudizi di illegittimità sulla stessa disposizione volti, in definitiva, a mettere in discussione il ruolo della Cassazione.

Per verità, un argomento per arginare il prevedibile, deleterio dilagare delle eccezioni di incostituzionalità la Consulta lo avrebbe avuto già a disposizione se avesse deciso di enunciare, seguendo, in un certo senso, lo spunto offerto della Presidenza del Consiglio dei Ministri nel giudizio promosso da pretore ambrosiano nel '68, il principio che, al di sopra del diritto di difesa del singolo sta il «preminente interesse costituzionale (fondamentale e primario) di garantire il regolare svolgimento della vita giudiziaria dello Stato». In altre parole, la preservazione dell'insindacabilità e della definitività delle pronunce di Cassazione avrebbe contribuito ad evitare lo snaturamento della Corte suprema in un «secondo grado di appello», valorizzandone il ruolo nomofilattico nell'interesse del sistema giustizia ed, in ultima istanza, favorendo la migliore protezione dei diritti ed il perseguimento della certezza giuridica<sup>688</sup>.

È noto, però, che una tale enunciazione (sostituite solo le parole "vita finanziaria" alle parole "vita giudiziaria") è stata riservata dalla Consulta solo alla materia tributaria<sup>689</sup>, mostrando una evidente carenza di cautela nell'alterare i connotati di un sistema di amministrazione della giustizia di origine pre-costituzionale<sup>690</sup>.

In un sistema giudiziario come quello italiano, nel quale la certezza pare spesso chimerica, un'unica sicurezza esisteva, ed era quella che la sentenza civile di rigetto pronunciata dalla Corte di cassazione chiudeva definitivamente la lite. In questo senso

---

<sup>686</sup> CORDA, *Corte di cassazione e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1986, V, 277-279.

<sup>687</sup> *Id.*, p. 277.

<sup>688</sup> Cfr. PIZZORUSSO-PROTO PISANI, *Per la Cassazione*, cit., pp. 210-211.

<sup>689</sup> Si vedano al riguardo le sentenze della Corte Costituzionale nn. 87/1962, 13/1970, 77/1977 e 63/1982 in merito alla costituzionalità del principio *solve et repete*.

<sup>690</sup> Cfr. CORDA, *Corte di cassazione e Corte costituzionale*, (1986), cit.



si comprende come l'intento dei giudici delle leggi, sebbene giustificato da una logica legittimante sotto un profilo di costituzionalizzazione del sistema, ha finito col trasmutare la natura dell'ordinamento giudiziario alterando il valore dei precedenti.

D'altra parte, la stessa magistratura ordinaria sembra non aver voluto considerare che il contenuto di ogni e qualunque pronuncia risoltrice di una controversia deve restare subordinato alla preminente tutela dell'interesse collettivo al buon funzionamento della pur farragginosa "macchina della giustizia" e che tale interesse (al pari di quello attinente al buon funzionamento della non meno farragginosa "macchina finanziaria") è di sicuro rango costituzionale<sup>691</sup>.

Il *Bundesverfassungsgericht* tedesco ha dimostrato una maggiore consapevolezza sul punto in una serie di sentenze adottate dal Plenum tra il 1978 e il 1980 per giustificare la legittimità delle norme che subordinano la revisione da parte delle corti supreme al superamento di un filtro preliminare, assunto in contrasto con la garanzia costituzionale del diritto di azione, del contraddittorio e della eguaglianza<sup>692</sup>. Tale filtro preliminare è stato, infatti, ritenuto uno strumento di tutela dell'interesse pubblico al buon funzionamento della Corte suprema in quanto detto interesse sarebbe assicurato quando la Corte viene messa in condizione di poter decidere solo questioni di importanza fondamentale. Per tale ragione, il Tribunale Federale tedesco ha ritenuto i profili di illegittimità del filtro bilanciati dalle ragioni di tutela del pubblico interesse alla buona amministrazione della giustizia.

A ben vedere il rinnovato ruolo del giudice ordinario derivante dal consolidamento della dottrina dell'interpretazione conforme<sup>693</sup> sembra aver sottratto, almeno in parte, queste valutazioni ai giudici della Consulta, in favore di una collaborazione più sistemica e ponderata che tenga conto delle specifiche funzioni esercitate all'interno dell'ordinamento. In conseguenza, oggi, difficilmente potrebbe negarsi l'«adeguatezza» della motivazione posta a sostegno di una pronuncia di manifesta infondatezza dell'eccezione di incostituzionalità di una norma processuale,

---

<sup>691</sup> Cfr. CORDA, *Corte di cassazione e Corte costituzionale*, (1986), cit.

<sup>692</sup> Lo rileva ELISABETTA SILVESTRI nel suo scritto "L'accesso alle corti di ultima istanza: rilievi comparatistici", in *Foro it.*, 1986, V, 284- 290. Per una sintesi delle decisioni del Tribunale Federale Costituzionale tedesco, cfr. Neue Juristisch Wochenschrift, 1981, Heft 1/2, p. 39 ss. ed, in particolare, si veda BVerfG 11/06/1980 - 1 PBvU 1/79, *Grenzen der Ablehnungsbefugnis des Revisionsgerichts*.

<sup>693</sup> Anticipato in CORDA, (1986), cit. p. 279.

se imperniata sul rilievo che, quand'anche sussistesse il contrasto di detta norma con un precetto costituzionale, tale contrasto resterebbe, tuttavia, superato dal rilievo del «preminente interesse costituzionale di garantire il regolare svolgimento della vita giudiziaria dello Stato». Se la Corte costituzionale ha ritenuto una motivazione di tal genere sufficiente per negare la palese illegittimità di una norma tributaria, non si vede perché la Corte non dovrebbe ritenerla «adeguata» quando si tratti di dichiarare manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità di una norma regolatrice del processo civile o penale.

Dal “dialogo” fra le due Corti<sup>694</sup>, rinnovatosi nel tempo con aggiustamenti anche notevoli, emerge se la Corte costituzionale ritenga di potere o meno discostarsi dall'interpretazione offerta dal rimettente, verificarne la plausibilità e/o il grado di condivisione da parte dei giudici delle giurisdizioni superiori, così come se l'interpretazione ritenuta conforme alla *ratio constitutionis* possa essere opposta solo a quella isolatamente adottata dal rimettente, o anche a quella ampiamente condivisa dalla generalità dei giudici<sup>695</sup>.

Le sentenze nn. 1 e 3 del 2015 confermano che da detto “dialogo” si possono trarre tre conclusioni di principio, che, in un certo senso, si ricollegano a quelle cui si pervenne con la sentenza del '68. La prima è che la Corte può reinterpretare la legge sottoposta al suo esame; la seconda è che la reinterpretazione della Corte non può prevaricare il compito interpretativo dei giudici comuni<sup>696</sup>; la terza è che tale compito deve essere autonomamente orientato al rispetto della *ratio constitutionis*<sup>697</sup>.

Pare opportuno porre particolare attenzione sulla seconda conclusione di principio in base alla quale l'autonomia interpretativa della Corte nella fase di controllo accentrato non è illimitata, ma deve arrestarsi di fronte ad una interpretazione giurisprudenziale dotata di tale saldezza, da non poter essere considerata come mera opinione o frutto di errore, e che assume perciò il valore di significato obiettivo della legge. In altre parole, in presenza di diverse interpretazioni

---

<sup>694</sup> Si veda al riguardo CRISAFULLI, *Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte Costituzionale*, cit., 98.

<sup>695</sup> Si veda sul punto la Relazione del Presidente della Corte Costituzionale Paolo Casavola per l'anno 1992, §§ 4 e 5, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 22 febbraio 1993.

<sup>696</sup> Cfr. Corte cost. n. 134/1968.

<sup>697</sup> Cfr. IANNUCILLI (a cura di), *L'interpretazione secundum constitutionem tra Corte Costituzionale e Giudici comuni*, cit. p. 6.

possibili dello stesso testo legislativo, emerge come la forza del precedente (specie se delle corti superiori) induca i giudici costituzionali ad orientare l'analisi sulla legittimità della norma, quantomeno prevalentemente, verso lo specifico significato generalmente attribuito dalla giurisprudenza. Da questa conclusione derivano limiti specifici, diretti a garantire la piena indipendenza e autonomia interpretativa del singolo giudice, la funzione interpretativa dei giudici come caratterizzante l'attività giurisdizionale, e il potere di nomofilachia della Cassazione<sup>698</sup> in un'ottica che inquadra i ruoli delle due Corti in maniera più sistemica.

Un primo limite è costituito dalla sindacabilità dell'interpretazione che – seppur minoritaria – sia congruamente motivata nell'ordinanza di rimessione e risulti pertanto plausibile o basata su un « (...) *quanto meno non implausibile* (...) *convincimento del giudice a quo*»<sup>699</sup>. Il rovescio del medesimo limite è che la Corte ben può disattendere – correggendola – l'interpretazione del rimettente basata su un presupposto ermeneutico palesemente erroneo o contraddetto dalla generalità dei giudici.

Un secondo limite è rappresentato dalla “dottrina del diritto vivente”, alla cui stregua, la Corte rinuncia a (re-) interpretare la disposizione legislativa (potendo solo, se necessario, annullarla) quando, riguardo ad essa, esista una interpretazione consolidata nella giurisprudenza (soprattutto) delle Corti superiori. In tal caso, «(...) *la norma vive ormai nell'ordinamento in modo così radicato che è difficilmente ipotizzabile una modifica del sistema senza l'intervento del legislatore [o] di questa Corte*»<sup>700</sup>.

---

<sup>698</sup> La sentenza Corte cost. n. 456 del 1989 così ricostruisce il ruolo della Corte in rapporto a quello della Cassazione e degli altri giudici: “(...) *occorre chiarire il senso ed i limiti della funzione assegnata a questa Corte, in relazione al controllo incidentale di legittimità costituzionale delle leggi, e degli atti aventi forza di legge. Controllo che riguarda appunto la compatibilità delle leggi denunciate con i principi della Costituzione, e che non può, quindi, sostanzarsi in una revisione, in grado ulteriore, delle interpretazioni offerte dalla Corte di Cassazione. Proprio in virtù del principio di esclusiva soggezione del giudice alla legge (art. 101, secondo comma, della Costituzione), invocato nell'ordinanza, a tutti gli Organi giurisdizionali spetta, in piena indipendenza ed autonomia, una indeclinabile funzione interpretativa. Solo allorché il giudice ritenga (...) che nella giurisprudenza si sia consolidata una reiterata, prevalente e costante lettura della disposizione, è consentito richiedere l'intervento di questa Corte affinché controlli la compatibilità dell'indirizzo consolidato con i principi costituzionali*”.

<sup>699</sup> *Ex plurimis*, sentenza Corte cost. n. 10 del 2009.

<sup>700</sup> Così la sentenza n. 350 del 1997; cfr. anche Corte cost. 364/88, punti 21 e 22, ove la Corte già constatava l'impossibilità per il giudice comune di accedere ad una interpretazione della legge conforme a Costituzione in presenza di un "diritto vivente" contrastante.

L'interpretazione che risulti ampiamente condivisa dalla generalità dei giudici e fatta propria dalla Cassazione viene assunta come significato obiettivo della legge, diventando impermeabile al potere interpretativo della Corte costituzionale. In questo senso si comprende come la dottrina del diritto vivente abbia elevato la dignità del precedente giurisprudenziale ad un meccanismo di selezione o, per lo meno, di orientamento del sindacato di legittimità costituzionale, che si rivela essere più sistematico e meno contingente anche in un'ottica di tutela dell'affidamento nella sicurezza giuridica. Si legge ancora nella sentenza della Corte Costituzionale n. 456 del 1989: «quando il dubbio di compatibilità con i principi costituzionali cade su una norma ricavata per interpretazione da un testo di legge, è *indispensabile* che il giudice “a quo” prospetti alla Corte l'impossibilità di una lettura adeguata ai detti principi; oppure che lamenti l'esistenza di una costante lettura della disposizione denunciata in senso contrario alla Costituzione (cosiddetta “norma vivente”)». Si tratta di un approdo, evidentemente, ben al di là dell'impostazione seguita dai giudici costituzionali nel 1968 nella sent. n. 134.

Ulteriori limiti, dettati soprattutto dal rispetto della funzione nomofilattica della Cassazione, possono considerarsi i dinieghi di competenza opposti dalla Corte alle richieste di risolvere questioni meramente interpretative o di avallare l'interpretazione che il rimettente ritiene preferibile.

Tuttavia, tra i limiti passati in rassegna, la dottrina del “diritto vivente” è quello che ha conseguenze pratiche più evidenti. Infatti, il rispetto di tale dottrina comporta che le sentenze interpretative di rigetto siano utilizzabili solo per confermare o conformare gli indirizzi giurisprudenziali non ancora consolidati, orientandoli nel senso costituzionalmente compatibile. La possibilità di reagire a un “diritto vivente” incostituzionale resta così affidata a pronunce manipolative dei testi legislativi oggetto di interpretazione, aventi efficacia *erga omnes*, ma esposte a inconvenienti come la necessaria presenza della “rima obbligata”, la considerazione delle ricadute finanziarie, l'impatto sociale o la reazione del legislatore, che la *reductio ad legitimitatem* per via interpretativa consentirebbe di evitare<sup>701</sup>.

In effetti, le sentenze 1 e 3 del 2015 dimostrano come le esigenze di tutela derivanti da una problematica conformazione al diritto vivente non siano sempre

---

<sup>701</sup> Si trova conferma in questo senso in Corte cost. ord. n. 124/2008 e in ord. n. 98/2010.

strettamente legate alla costituzionalità della legge interpretata. In conseguenza, il dovere della Corte di tutelare i diritti fondamentali rischia di essere inibito, almeno in parte, dai limiti derivanti dalla combinazione delle dottrine dell'interpretazione conforme e del diritto vivente. Da un lato, infatti, le sentenze interpretative di rigetto non sempre riescono ad imporre l'interpretazione costituzionalmente conforme al giudice comune, mentre, dall'altro lato, ricorrere alle più invasive sentenze manipolative per espungere dall'ordinamento una consolidata interpretazione assurda a diritto vivente finisce per comportare più problemi che soluzioni.

Resta ancora irrisolto, oltretutto, il problema della definizione del concetto di diritto vivente dal momento che lasciarne l'individuazione alla stessa Corte di Cassazione si presta inevitabilmente al rischio di arbitrii ed incertezze. Nella Relazione per l'anno 1992, il Presidente della Corte Costituzionale Casavola rilevava come neanche la stessa Consulta fosse addivenuta ad una definizione univoca di tale sfuggente concetto<sup>702</sup>. Infatti, in taluni casi è stata ritenuta sufficiente una pronuncia delle Sezioni Unite idonea a chiarire in maniera definitiva il principio di diritto, mentre in altri casi il diritto vivente è stato identificato con un consolidato orientamento della giurisprudenza (non solo di cassazione) fatto di una serie ripetuta di decisioni coerenti e conformi (c.d. *jurisprudence constante*)<sup>703</sup>. Va detto, però, che nella citata sentenza n. 11/2015 la Consulta tenta di fare chiarezza sul punto affermando apoditticamente che la giurisprudenza del giudice della nomofilachia «costituisce il principale formante del diritto vivente»<sup>704</sup>, accogliendo, quanto meno apparentemente, l'impostazione seguita nel presente studio circa il ruolo peculiare del precedente nomofilattico.

Ad ogni buon conto, va detto che il concetto di diritto vivente si lega intrinsecamente all'intensità della funzione interpretativa nomofilattica esercitata dalla

---

<sup>702</sup> Relazione del Presidente della Corte Costituzionale Paolo Casavola per l'anno 1992, § 5, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 22 febbraio 1993: “Nella sentenza n. 205, red. Granata, il diritto vivente è la consolidata interpretazione della Corte regolatrice. Nella sentenza n. 210, red. Spagnoli, si contesta che una interpretazione della Cassazione costituisca diritto vivente, trattandosi di affermazione non ripresa in seguito e rappresentando non la ratio decidendi, ma un semplice obiter dictum della pronunzia. Infine nella sentenza n. 260, red. Spagnoli, il diritto vivente, formatosi per effetto di una soluzione adottata dalle Sezioni unite della Cassazione, è posto a base della decisione adottata.”

<sup>703</sup> In alcuni sistemi la questione è stata affrontata legislativamente sotto un profilo più strettamente procedurale: è il caso della Spagna (c.d. *doctrina legal*), del Brasile (c.d. *sumula vinculante*) o del Giappone (c.d. *hanreihô*). In questi ordinamenti il legislatore ha stabilito quando un insieme di precedenti conformi giustifica l'impugnazione per errore di diritto della sentenza che se ne discosti; vedi al riguardo SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, (1998), cit., p. 668.

<sup>704</sup> Corte cost. sent. 9 febbraio 2015, n. 11, 4° considerato in diritto.

Corte suprema. In mancanza della possibilità di emettere le c.d. ‘*advisory opinions*’<sup>705</sup>, la Corte di cassazione italiana può esercitare tale funzione solo attraverso i propri precedenti giurisprudenziali.

In coerenza con la procedura delle corti europee, è dato riscontrare una diversa intensità della carica nomofilattica tra precedenti delle Sezioni Unite della Corte e precedenti delle singole sezioni. Inoltre, dalle considerazioni della Consulta emerge come una serie coerente di decisioni presenti una carica nomofilattica maggiore rispetto ad un singolo precedente, ma sempre minore rispetto agli arresti delle Sezioni Unite. Le sentenze n. 1 e n. 3 della Corte Costituzionale confermano quest’ordine di valore. Proprio in relazione alla considerazione che la Consulta dà ai precedenti per rilevare la sussistenza di un diritto vivente, si comprende la rilevanza dell’esercizio della funzione nomofilattica in tale contesto.

Se un’attenta combinazione tra le dottrine dell’interpretazione conforme e del diritto vivente sembrava, in effetti, aver rappresentato un ragionevole “armistizio” fra le due Corti, le sentenze del 2015 dimostrano che il “dialogo” è ancora in fase di evoluzione. Infatti, in entrambi i casi, in presenza di un orientamento giurisprudenziale chiaro della Cassazione che risultava essere, peraltro, costituzionalmente compatibile, la Corte ritiene, comunque, di emettere due sentenze interpretative, l’una di accoglimento e l’altra di rigetto. Tale contributo ermeneutico, a ben vedere, non si è dimostrato determinante per riportare alla costituzionalità le disposizioni legislative contestate, mentre è emersa con maggiore evidenza la volontà di tutelare le posizioni soggettive dei ricorrenti nei casi specifici. Con la prima decisione, infatti, la Corte è ricorsa al più dirompente strumento della dichiarazione d’incostituzionalità per infrangere il vincolo del giudice *a quo* al rispetto della decisione della Cassazione sulla competenza; con la seconda, invece, la Corte respinge il ricorso suggerendo di quali strumenti il giudice comune dispone per meglio tutelare l’interesse delle parti in presenza di una norma costituzionalmente valida che rischia, però, di determinare una situazione di ingiustizia nei loro confronti. Sia nell’uno che nell’altro caso le esigenze di tutela dei diritti dei ricorrenti si sono dimostrate non tanto legate alla costituzionalità della disposizione legislativa, quanto agli inconvenienti derivanti da

---

<sup>705</sup> Come, invece, è previsto per quanto riguarda almeno dieci della Corti Supreme Statali degli Stati Uniti d’America, e dagli ordinamenti di Canada, India, Svezia, Finlandia e Russia; cfr. al riguardo CAPPELLETTI (1989), cit.

una problematica conformazione al diritto vivente rispetto alle esigenze di certezza giuridica. La Corte Costituzionale ha, tuttavia, dimostrato di saper commisurare la propria funzione interpretativa con quella nomofilattica esercitata dalla Corte suprema.

La funzione della nomofilachia a tutela del bene della certezza del diritto, come garanzia dell'eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge, è indubbiamente voluta e garantita dalla Costituzione, così come la certezza del diritto rappresenta un bene del quale oggi la società avverte gran bisogno.

Tuttavia, un tale bene non è più garantito in maniera assoluta, bensì - secondo una scelta che percorre l'impianto costituzionale - in misura da lasciar spazio all'esigenza di «giustizia» del diritto e della legalità, esigenza della quale massima espressione è appunto il potere di attivazione del controllo di costituzionalità delle leggi attribuito paritariamente ad ogni giudice. Ciò significa che il costituente non ha voluto «una certezza ad ogni costo » ma piuttosto ha accettato una legalità in tensione » ed al bene della certezza del diritto sempre ed in ogni caso ha preferito una certezza frutto di verifiche, controlli e dibattito, che sconta quindi come sue fasi prodromiche anche momenti di relativa incertezza nei quali è coinvolta e dai quali è condizionata l'attività della stessa Corte Suprema. Questa riuscirà tanto meglio ad assolvere la propria funzione di nomofilachia quanto più sarà capace di darsi carico di tali momenti, di raccogliere gli interpellanti che al riguardo provengono dai giudici di merito e di modulare i propri interventi in modo da offrirvi risposta. Cosa significa tutto ciò se non che la nomofilachia diventa «tendenziale», «dialettica», e che essa in definitiva sarà tanto più sicura quanto più si atteggerà come risultato di una «sintesi» e non come un'imposizione «autoritaria»?

Che in questa costruzione affiori una contraddizione (non logica ma dialettica) è indubbio; ma essa non è che il riflesso della contraddizione che percorre l'intero ordine giuridico, accennata nel paragrafo precedente, e che si trova rispecchiata nei due commi dell'art. 3 Cost.. Una lettura rigida dell'art. 65 ordinamento giudiziario àncora tale norma solo al 1° comma dell'art. 3 , trascurando il 2°, e la tensione che il combinarsi dell'uno e dell'altro esprime.

Riconoscere l'esigenza di una uniformità nell'interpretazione della legge e, quindi, il ruolo al riguardo attribuito alla Corte, significa recepire la direttiva del 1° comma e al tempo stesso calarla nell'attuale realtà nella quale quella esigenza si

presenta tanto più acuta in ragione dell'accresciuto ruolo del giudice nel processo di integrazione della volontà generale. Ma riconoscere che un compito siffatto può essere assolto oggi solo grazie ad una grande capacità di dialogo, che esalta il valore degli argomenti logico-giuridici della giurisprudenza, la concordanza di questa con i valori della legge fondamentale che resta l'unico perno attorno al quale può tentarsi l'unificazione delle logiche legislative e di quelle giurisprudenziali, significa recepire anche la direttiva costituzionale della «legalità in tensione», desumibile dal 2° comma dell'art. 3. Le due direttive possono armonizzarsi solo al costo di una grande tensione culturale, che rende oggi la funzione della Cassazione assai più ardua, ma anche più raffinata.



## CAPITOLO IV: NATURA DEL VINCOLO E CONSEGUENZE GIURIDICHE DELL'INOSSERVANZA DEL PRECEDENTE

Con riferimento alla natura del vincolo giuridico, Rolando Tarchi ha affermato: «L'obbligatorietà di una norma altro non è che una conseguenza diretta del suo vigore, ed indica il dovere cui sono tenuti tutti i soggetti in qualche modo collegati con l'ordinamento giuridico di riferimento, di rispettare le prescrizioni normative, in modo da adeguare il proprio comportamento a tali previsioni»<sup>706</sup>. Tuttavia, come sottolineato da Vinogradoff e da Derrida, il connotato della obbligatorietà, il *Sollen* di kelseniana memoria, esprime la sua efficacia universale attraverso il presidio della forza pubblica, ovvero attraverso la minaccia dell'utilizzo di quest'ultima, al fine coartare la volontà individuale che non si conformi spontaneamente con quanto viene concepito come obbligatorio<sup>707</sup>. «La norma giuridica», scrive Cardozo, «condivide con la norma morale la caratteristica di esercitare sulla mente dei consociati una pressione troppo forte da accontentarsi della mera riprovazione come sanzione per la sua mancata osservanza. Viene sempre evocata una risposta o una reazione nella forma del sentimento sociale e della condanna in modo tale da rafforzare la sanzione della riprovazione sociale con l'esercizio del pubblico potere»<sup>708</sup>.

Appare, quindi, opportuno in questa sede indagare gli effetti diretti ed indiretti che l'ordinamento ricollega all'arbitrario discostamento dagli orientamenti giurisprudenziali di cassazione. Se, infatti, risulta difficile allontanarsi dalla logica vincolatività/non vincolatività del precedente, la ricerca si deve necessariamente orientare su quali effetti siano qualificabili astrattamente come «sanzioni» ricollegabili alla violazione del precedente e su quali differenze sussistano tra la maggiore intensità dell'obbligatorietà della legge rispetto all'obbligatorietà del precedente.

---

<sup>706</sup> TARCHI, *Di talune necessarie distinzioni in tema di efficacia degli atti normativi nel tempo*, in *Foro it.*, 1986, V, pp. 417-424. Che sia proprio della legge di "obbligare" e quindi di "fungere da norma per il comportamento dei sottoposti e perciò di valere solo per il futuro" è detto da ESPOSITO, *Irretroattività e legalità delle pene*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, 1954, 88, n. 3.

<sup>707</sup> Cfr. VINOGRADOFF, *Common Sense in Law*, Londra: Williams & Norgate, 1914; CORNELL-ROSENFELD-CARLSON (1993) cit.

<sup>708</sup> CARDOZO, *The Paradoxes of Legal Science* (1928) cit., p. 48; cfr. LEFROY, *The Basis of Case Law*, 22 *Law Quart. Rev.*, pp. 293, 302, 303.

Ammesso e non concesso che l'impostazione da seguire sia quella in base alla quale una norma è obbligatoria solo quando sia munita dall'ordinamento di una sanzione in caso di sua violazione, quel che sembra di dover constatare è che il discostamento arbitrario dai precedenti comporta delle conseguenze sotto diversi profili che hanno come destinatari, da un lato, i giudici chiamati ad applicare i principi di diritto giurisprudenziale e, dall'altro, tutti i consociati legittimati a fare affidamento su quei principi.

### 1. La responsabilità dei giudici per errata interpretazione del diritto

Sotto il primo profilo emerge, con tutta evidenza, il regime di responsabilità dei magistrati per mancata osservanza degli orientamenti maggioritari della Corte suprema. In realtà, il tema risulta ancora controverso, ma le evoluzioni successive alla Legge c.d. Vassalli del '88 dimostrano un progressivo adeguamento dell'ordinamento italiano verso il riconoscimento di questo tipo di responsabilità (Pomodoro, Castiglioni, & Pretti, 2013; di Federico, 2012).

Già Andrea Vela, quasi trent'anni fa, aveva ipotizzato di considerare la conformazione ai consolidati orientamenti giurisprudenziali come un «parametro per valutare la *nimia negligentia* o, peggio, l'arbitrio del giudice che ripetutamente e senza giustificazione applichi criteri estranei al nostro diritto»<sup>709</sup>. L'osservanza dei precedenti, quindi, viene pensata come potenzialmente obbligatoria sotto un profilo disciplinare, salvo che non si offrano gravi ragioni che giustifichino l'eventuale discostamento.

Diversamente, altri hanno ipotizzato l'arbitraria inosservanza dei precedenti della Cassazione come fattispecie tipica di responsabilità civile del magistrato per la condotta del quale risponderebbe in solido anche lo Stato.

Un forte *input* in questo senso è provenuto da tre sentenze della Corte Europea di Giustizia, la prima del 2003, la seconda del 2006 e la terza del 2011 (i.e. casi Köbler<sup>710</sup> v. Austria, Traghetti del Mediterraneo<sup>711</sup> v. Italia e Commissione v.

---

<sup>709</sup> VELA, *La Corte Suprema di cassazione, oggi*, (1987), cit.

<sup>710</sup> Corte Europea di Giustizia, Caso 224/01 del 30 settembre 2003.

Italia<sup>712</sup>). Con queste sentenze la Corte di Lussemburgo ha affermato chiaramente che l'Italia non poteva escludere la risarcibilità del danno causato per colpa grave da un magistrato e derivante da un'errata interpretazione delle norme giuridiche.

*i. Il rapporto tra la Legge Vassalli e la forza dei precedenti*

La normativa introdotta dal Parlamento italiano alla fine degli Anni '80, in conseguenza del referendum abrogativo degli artt. 55, 56 e 74 c.p.c.<sup>713</sup>, aveva previsto esplicitamente l'esclusione dell'ipotesi che un magistrato potesse essere chiamato a rispondere in sede civile per "errore" nell'interpretazione del diritto, anche nel caso tale errore fosse stato manifesto (v. art. 2, comma 2, L. n. 117/88, c.d. Legge Vassalli).

Come rilevato opportunamente da Antonio D'Aloia, la c.d. "clausola di salvaguardia interpretativa"<sup>714</sup> contribuiva, insieme alla rigida definizione dei casi di colpa grave<sup>715</sup>, a configurare una forma di responsabilità civile dei magistrati

<sup>711</sup> Corte Europea di Giustizia, Caso 173/03 del 13 giugno 2006.

<sup>712</sup> Corte Europea di Giustizia, Caso 379/10 del 24 novembre 2011.

<sup>713</sup> L'art. **55 c.p.c. (Responsabilità civile del giudice)**, abrogato dal D.P.R. 9 dicembre 1987, n. 497, recitava: «Il giudice è civilmente responsabile soltanto:

- 1) quando nell'esercizio delle sue funzioni è imputabile di dolo, frode o concussione;
- 2) quando senza giusto motivo rifiuta, omette o ritarda di provvedere sulle domande o istanze delle parti e, in generale, di compiere un atto del suo ministero.

Le ipotesi previste nel numero 2 possono aversi per avverate solo quando la parte ha depositato in cancelleria istanza al giudice per ottenere il provvedimento o l'atto, e sono decorsi inutilmente dieci giorni dal deposito».

L'art. **56 c.p.c. (Autorizzazione)**, abrogato dal D.P.R. n. 497/1987, recitava: «La domanda per la dichiarazione di responsabilità del giudice non può essere proposta senza l'autorizzazione del Ministro di grazia e giustizia.

A richiesta della parte autorizzata la Corte di cassazione designa, con decreto emesso in camera di consiglio, il giudice che deve pronunciare sulla domanda.

Le disposizioni del presente articolo e del precedente non si applicano in caso di costituzione di parte civile nel processo penale o di azione civile in seguito a condanna penale».

L'art. **74 c.p.c. (Responsabilità del pubblico ministero)**, abrogato anch'esso dal D.P.R. n. 497/1987, recitava: «Le norme sulla responsabilità del giudice e sull'esercizio dell'azione relativa si applicano anche ai magistrati del pubblico ministero che intervengono nel processo civile, quando nell'esercizio delle loro funzioni sono imputabili di dolo, frode o concussione».

<sup>714</sup> L'art. 2, 2° comma, della L. n. 117/88 disponeva: «nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove».

<sup>715</sup> Cfr. C. Cass. 5 luglio 2007, n. 15227, *Mass. 2007*; C. Cass. 27 novembre 2006, n. 25133, *Mass. 2006*.

irrealizzabile o, per meglio dire, non- concretizzabile<sup>716</sup>, tanto che in 27 anni di vigenza, la Legge 117 non ha mai trovato significativi casi di applicazione. La ricerca di un bilanciamento ragionevole tra indipendenza e responsabilità (e quindi tutela del privato danneggiato dall'uso scorretto del servizio della giustizia) si è risolto in un totale accantonamento del secondo termine.

Eppure, come sostenuto in varie occasioni dallo stesso D'Aloia, l'indipendenza è strettamente correlata alla responsabilità. Si può dire anzi che la responsabilità costituisca un aspetto non secondario della credibilità e dell'autorevolezza della funzione giurisdizionale, proprio in vista della sua 'missione' costituzionale, che è principalmente quella di dare corpo all'idea della difesa effettiva ed inviolabile dei diritti della persona, da garantirsi appunto attraverso la figura imparziale del giudice e la struttura del processo (D'Aloia, 2009, 2012). Se è ovvio, infatti, che autonomia ed indipendenza della magistratura sono obiettivi cruciali dell'ordinamento, tanto che ad essi la Costituzione dedica l'intero titolo IV della parte II, pare altrettanto ovvio che, di fronte alla formulazione dell'art. 28 Cost., debbano considerarsi recessivi gli orientamenti dogmatici volti ad escludere del tutto, magari proprio in nome dell'indipendenza, qualsiasi forma di responsabilità<sup>717</sup>.

Pare, quindi, che si possa concludere, con il benestare della più avveduta dottrina, che non sia la responsabilità *in sé* a limitare, o addirittura ad escludere, l'indipendenza<sup>718</sup>, anche se ovviamente si può immaginare che, *in concreto*, questo possa accadere: se, ad esempio, la responsabilità fosse connessa in modo automatico alla riforma o alla cassazione del provvedimento emesso dal magistrato,

---

<sup>716</sup> Cfr. D'ALOIA, *La "nuova" responsabilità civile dei magistrati*, (11 marzo 2015), reperibile su <http://www.confronticostituzionali.eu/?p=1409>.

<sup>717</sup> L'art. 28 Cost. non ha, purtroppo, una formulazione lessicalmente felicissima (cfr. MERUSI-CLARICH, *Art. 28*, in *Commentario alla Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1991, 356 ss.), né di grande aiuto, per risolvere i problemi che l'interprete deve fronteggiare, risultano i lavori preparatori (per qualche indicazione che, comunque, da essi è ricavabile cfr. ESPOSITO, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 324 ss.); sarebbe errato, però, per ciò solo sottovalutarne la prescrittività: comunque si ha, di fronte al testo, quantomeno il dovere deontologico di non stravolgerne inopinatamente la portata normativa.

<sup>718</sup> Di "conciliabilità in linea di principio dell'indipendenza della funzione giudiziaria con la responsabilità nel suo esercizio" tratta letteralmente Corte cost. n. 385 del 1996.

evidentemente ciò finirebbe col nuocere alla sua indipendenza (e, peraltro, anche a quella del giudice dell'impugnazione<sup>719</sup>).

La Legge Vassalli aspirava proprio ad evitare, attraverso strumenti come la menzionata clausola di salvaguardia o il ristretto filtro di ammissibilità, improprie sovrapposizioni tra il giudizio di impugnazione e quello di responsabilità oltre che a garantire i singoli magistrati, preservandone l'autonomia di giudizio e, per tal via, l'indipendenza.

Su tale legge ebbe molto presto occasione di esprimersi la Corte costituzionale<sup>720</sup>. In particolare la Corte, secondo la quale la legge sarebbe risultata «sorretta dalla considerazione della peculiarità della funzione giudiziaria» e «caratterizzata dalla costante cura di predisporre misure e cautele idonee a salvaguardare l'indipendenza dei magistrati nonché l'autonomia e la pienezza dell'esercizio della funzione giudiziaria», affermò che il pieno rispetto dei principi costituzionali sulla magistratura era assicurato, oltre che dalla «limitatezza e tassatività delle fattispecie in cui è ipotizzabile una colpa grave», proprio dalla c.d. clausola di salvaguardia: «la garanzia costituzionale della sua [del giudice] indipendenza è diretta infatti a tutelare, *in primis*, l'autonomia di valutazione dei fatti e delle prove e l'imparziale interpretazione delle norme di diritto. Tale attività non può dar luogo a responsabilità [...] ed il legislatore ha ampliato la sfera d'irresponsabilità, fino al punto in cui l'esercizio della giurisdizione, in difformità da doveri fondamentali, non si traduca in violazione inescusabile della legge o in ignoranza inescusabile dei fatti di causa, la cui esistenza non è controversa».

Va considerato, però, che la sentenza n. 18 del 1989 venne pronunciata giusto all'indomani dell'introduzione della nuova legge. Si trattò, in altre parole, di un giudizio *quasi astratto*, in cui la Corte ha dovuto necessariamente prescindere dalla verifica dell'impatto effettivo della normativa, poiché dalle valutazioni che su di essa si sarebbero potute esprimere sono state escluse, per forza di cose, limitazioni o

---

<sup>719</sup> Poiché egli non sarebbe più esclusivamente chiamato a decidere della giustizia del provvedimento, «ma anche se è giusto o ingiusto rendersi causa di conseguenze personali» per il collega; cfr. SCARSELLI, *La responsabilità del giudice nei limiti del principio di indipendenza della magistratura*, in *Foro it.*, 2001, I, 3558 ss.

<sup>720</sup> Corte cost. n. 18 del 1989

precisazioni dell'oggetto altrimenti risultanti dall'applicazione della dottrina del diritto vivente.

Proprio questo impatto effettivo, però, come da più parti rilevato, non si è veramente mai verificato per la c.d. legge Vassalli; rarissimi sono, infatti, i casi in cui le domande hanno superato il vaglio di ammissibilità, secondo la giurisprudenza senz'altro volto a verificare anche il carattere non interpretativo della violazione di legge e la natura puramente percettiva dell'errore di fatto<sup>721</sup>, ed ancor più rare sono state le condanne<sup>722</sup>.

Non si può non constatare, quindi, come la Legge 117 sia, nella pratica, risultata oggettivamente inadeguata a rispondere allo scopo per cui era stata approvata in quanto ha finito per escludere, da un punto di vista quantomeno sostanziale, qualsiasi forma di responsabilità civile del magistrato. Il problema veramente ineludibile, infatti, risiedeva nella portata della clausola di salvaguardia dal momento che occorreva dare un senso, per lo meno per ragioni di coerenza, al testo che la prevedeva, ovvero all'esclusione della responsabilità per "l'attività di interpretazione di norme di diritto" e per quella di "valutazione del fatto e delle prove".

È doveroso osservare che se al compendio di attività che definisce l' "esercizio delle funzioni giudiziarie" si sottraggono l'attività interpretativa di norme<sup>723</sup> e l'attività valutativa di fatti e prove, resta davvero ben poco spazio entro il quale far valere la responsabilità.

In questo senso si comprende come la Consulta non si sia trovata nelle condizioni di valutare i profili di "irragionevolezza" della legge derivanti dalla manifesta inidoneità ad essere portata ad attuazione, e altresì dall'elusione del mandato referendario che ne aveva determinato l'approvazione.

---

<sup>721</sup> In questo senso C. Cass. 19 giugno 2003, n. 9811, *Dir. e giust.*, 2003, 99; C. Cass. 3 ottobre 2002, n. 14193, *ID.*, 2002, 38; C. Cass. 23 novembre 2011, n. 14860, *Mass. 2001*; C. Cass. 20 settembre 2001, n. 11880, *Foro it.*, 2001, I, 3356; C. Cass. 12 marzo 1999, n. 2201, *Mass. 1999*; C. Cass. 9 settembre 1995, n. 9511, *Giur. it.*, 1997, I, 838.

<sup>722</sup> Per un'approfondita analisi dei pochi casi verificatisi cfr. CAMPANELLI, *Lo "scudo" giurisprudenziale quale principale fattore della "inapplicabilità" della legge sulla responsabilità civile dei magistrati o quale perdurante sistema di tutela dell'autonomia e dell'indipendenza dei giudici?*, in *ID.* (a cura di), *Indipendenza, imparzialità e responsabilità dei giudici speciali*, Pisa: Pisa University Press, 2013.

<sup>723</sup> Si deve certamente presumere che il legislatore intendesse riferirsi all'interpretazione di *disposizioni*.

Tuttavia, pur essendo doveroso mantenersi nei limiti tracciati dalle caratteristiche salienti del modello di giustizia costituzionale italiano – nell’ambito del quale la Corte non dichiara mai la legittimità costituzionale delle leggi, ma piuttosto l’infondatezza delle questioni – si può senz’altro affermare che l’accoglienza riservata dalla Corte alla c.d. legge Vassalli sia stata, almeno con riguardo al nucleo centrale della disciplina dettata, tutt’altro che tiepida. Nessuna patente di costituzionalità dunque (del resto, la Corte non ne rilascia), ma senz’altro un giudizio complessivamente positivo, con il quale occorrerà quanto meno *fare i conti* ancora oggi, al momento cioè di valutare le nuove modifiche intervenute.

Per quel che qui interessa, giova osservare che la Legge Vassalli sembrava presupporre una netta separazione tra lo spazio della violazione di legge e quello dell’attività interpretativa<sup>724</sup>, con la conseguenza che il primo poteva ravvisarsi solo al di fuori (o al di qua) dell’ambito di svolgimento della seconda o di ogni sua pur minima manifestazione.

In giurisprudenza è stata accreditata nel tempo una lettura fortemente e non del tutto ragionevolmente restrittiva della legge, sicché gli *spazi* per la sua applicazione, già piuttosto modesti *sulla carta*, si sarebbero ulteriormente ridotti non tanto per una cosciente sottovalutazione delle regole imposte dal legislatore, quanto per una loro discutibile interpretazione ed applicazione<sup>725</sup>. In particolare, criticabile è apparsa l’idea che la clausola di salvaguardia dovesse operare sostanzialmente come elemento definitorio negativo dell’illecito e che, quindi, la responsabilità potesse scattare soltanto in presenza di errori di diritto, oltre che gravi e determinati da negligenza non scusabile, anche non causati da erronea interpretazione della legge<sup>726</sup>. Ugualmente, eccessiva è risultata la chiusura della Cassazione di fronte alla possibilità di letture meno rigide della clausola di salvaguardia, che secondo il giudice di legittimità,

---

<sup>724</sup> Per ATTARDI, *Note sulla nuova legge in tema di responsabilità dei magistrati*, in *Giur. it.*, 1989, IV, 306- 307) ad esempio, “l’art. 2 contrappone interpretazione e violazione di legge (...). Se non si vuole constatare una contraddizione nell’art. 2, nella parte in cui esclude che l’attività di interpretazione possa dar luogo a responsabilità e nel contempo riconosce una responsabilità per colpa grave in caso di violazione di legge, ... (bisogna) ritenere che lo stesso art. 2 abbia inteso riferirsi solo alle situazioni nelle quali, a monte della violazione, vi sia una svista o un abbaglio sul testo della legge da applicare”.

<sup>725</sup> Cfr. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell’ordinamento italiano. La progressiva trasformazione di un modello: dalla responsabilità del magistrato burocrate a quella del magistrato professionista*, in *Rivista AIC*, novembre 2007.

<sup>726</sup> C. Cass. 20 settembre 2001, n. 11880, *Foro it.*, 2001, I, 3356; C. Cass. 12 marzo 1999, n. 2201, *Mass. 1999*; C. Cass. 9 settembre 1995, n. 9511, *Mass. 1995*.

invece, costituisce il vero e proprio perno della legge e dunque non tollera interpretazioni riduttive<sup>727</sup>. Ancora, si può osservare che, pur essendo stata elaborata in giurisprudenza la distinzione tra interpretazioni praticabili ed interpretazioni aberranti, affermando in astratto la responsabilità dello Stato-giudice per quest'ultime, concretamente i giudici hanno teso a ritenere (errate, ma) comunque praticabili anche interpretazioni del tutto eterodosse o decisamente cervelotiche<sup>728</sup>.

A ben vedere, riferendosi all'interpretazione-attività (e non all'interpretazione-prodotto), cioè all'interpretare e non al risultato dell'aver (già) interpretato<sup>729</sup>, la clausola di salvaguardia ha finito col coprire, contrariamente a quanto pure la Cassazione, almeno in astratto, si è sforzata di affermare, anche interpretazioni(-prodotto) completamente avulse dal contesto o palesemente non accessibili<sup>730</sup>. Se, quindi, la clausola di salvaguardia ha finito per funzionare quasi da *clausola di impunità*, potrebbe essere troppo affrettato addossare tutte le colpe ai giudici che ne hanno fatto (o, in ipotesi, non ne hanno fatto) applicazione, ed, anzi, si è indotti a concludere che i vizi per così dire genetici della l. n. 117/88 difficilmente avrebbero potuto essere tutti superati in sede giurisprudenziale, ancorché nel contesto di un giudizio di costituzionalità.

Di difficile realizzazione sarebbe risultata, del resto, anche l'ipotesi, suggerita in dottrina, di un'applicazione più sfumata, e limitata ad ipotesi più circoscritte, della clausola di salvaguardia. In particolare, sarebbe stato necessario secondo questa proposta anzitutto distinguere le norme di diritto sostanziale da quelle di diritto processuale e, poiché le seconde non sono, per il giudice, metro di giudizio (ma regole

---

<sup>727</sup> C. Cass. 27 novembre 2006, n. 25123, *La resp. civ.*, 2008, 317.

<sup>728</sup> cfr. C. Cass. 26 maggio 2011, n. 11593, *Foro it.*, 2011, I, 30; C. Cass. 18 marzo 2008, n. 7272, *Id.*, 2009, I, 2946; C. Cass. 7 novembre 2003, n. 16696, *Mass.* 2003; C. Cass. 20 settembre 2001, n. 11859, *Foro it.*, 2001, I, 3357. Per alcune osservazioni critiche rispetto alla traduzione in pratica di simili indicazioni giurisprudenziali cfr. FRATA, *Cronaca di una legge inutile: la cassazione e la responsabilità civile dei magistrati*, in *Danno e resp.*, 2008, 1140 ss.

<sup>729</sup> Il termine "interpretazione" può infatti indicare – e di fatto, nel linguaggio dei giuristi, indica – sia l'attività dell'interprete che il risultato dell'avvenuto svolgimento di questa attività. Cfr. per tutti TARELLO, *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica*, in SCARPELLI (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Giuffrè, 1976. Talvolta può anche accadere che la stessa locuzione possa identificare entrambi i significati al variare del contesto, come avviene esemplarmente per l'espressione "interpretazione conforme".

<sup>730</sup> Insomma "fin troppo facile è notare che l'interpretazione grossolana resta pur sempre un'interpretazione"; cfr. BRIGUGLIO, *Art. 3*, in PICARDI-VACCARELLA (a cura di), *La responsabilità civile dello Stato giudice*, Padova: Cedam, 1990, p. 46.



di condotta) ad esse la clausola di salvaguardia non si sarebbe potuta applicare, così da scongiurare il rischio che il giudice fosse abilitato ad interpretare a suo piacere ed insindacabilmente le norme che ne disciplinavano (e quindi ne limitavano) i poteri. Ancora, l'applicazione della clausola di salvaguardia non avrebbe avuto senso nemmeno rispetto a tutte quelle attività che, pur svolte dal giudice, esulano dal nucleo essenziale della funzione: il riferimento è qui sicuramente all'esecuzione ed alla cautela, ma anche alla c.d. volontaria giurisdizione<sup>731</sup>. Alle sole norme di diritto sostanziale, dunque, e soltanto quando applicate in sede di giurisdizione dichiarativa contenziosa, si dovrebbero applicare speciali tutele, poiché in altri contesti esse diverrebbero, da fondate garanzie della funzione, ingiustificati privilegi di chi la esercita. L'autorevole proposta, per quanto muova da premesse del tutto condivisibili (e ciò, in particolare, per quanto riguarda il rapporto speciale tra giudice e norma processuale), può però valere come indicazione al legislatore che intenda modificare – come è in effetti recentissimamente avvenuto – la l. n. 117/88, e non come spunto utile al suo interprete. La portata letterale della clausola di salvaguardia, infatti, è tanto totalizzante che non sembra proprio residuare lo spazio per una sua interpretazione fondata su pur condivisibili argomentazioni dogmatiche: è l'attività interpretativa che non può dar luogo a responsabilità, quale che sia la sede in cui viene effettuata e quali che siano le disposizioni (sostanziali o processuali) su cui l'attività si svolge<sup>732</sup>.

Per verità, la suprema Corte è arrivata ad affermare che la responsabilità del giudice per violazione di legge sarebbe dovuta scattare in caso di «violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma, ovvero nella lettura di essa in termini contrastanti con ogni criterio logico, nell'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore, nella manipolazione arbitraria del testo normativo, nello sconfinamento nel diritto libero, mentre resta nell'area di esenzione da responsabilità la lettura della legge secondo uno dei significati possibili, sia pure il meno probabile e convincente, quando dell'opzione interpretativa seguita si dia conto e ragione nella motivazione»<sup>733</sup>.

---

<sup>731</sup> Cfr. LUISO, *L'attività interpretativa del magistrato e la clausola di salvaguardia*, in *Corr. giur.*, 2008, pp. 730 ss.

<sup>732</sup> Così, del resto, chiarissimamente C. Cass. 5 dicembre 2002, n. 17259, *Mass. 2002*.

<sup>733</sup> Cfr. C. Cass. 26 maggio 2011, n. 11593, *Foro it.*, 2011, I, 30; C. Cass. 18 marzo 2008, n. 7272, *Id.*, 2009, I, 2946; C. Cass. 7 novembre 2003, n. 16696, *Mass. 2003*; C. Cass. 20 settembre 2001, n. 11859,

Ritorna, quindi, il tema dell'obbligo di motivazione che si rafforza quando lo schema logico argomentativo seguito dal giudice si caratterizzi per un certo grado di originalità ed isolamento rispetto alla "più convincente e probabile" opinione maggioritaria. In altre parole, quando il giudice ritenga di discostarsi dagli orientamenti consolidati di Cassazione, sarebbe tenuto a darne conto in motivazione spiegandone le ragioni. A ben vedere, in sostanza, il dovere di giustificare razionalmente il discostamento deliberato dal precedente configurerebbe, secondo questa ricostruzione, un'ipotesi non dissimile dall'*overruling* di anglosassone tradizione.

Inoltre, si potrebbe anche osservare che l'idea di un giudizio che si estrinsechi in una lettura della norma «in termini contrastanti con ogni criterio logico», in una ricostruzione aberrante della volontà del legislatore, in una «manipolazione arbitraria del testo normativo», ovvero nello «sconfinamento nel diritto libero» richiama ipotesi di inosservanza dei criteri di interpretazione della legge (i.e. logico, storico o teleologico e sistematico) e lo sganciamento da qualsiasi riferimento a fonti di cognizione normativa tra cui i precedenti. Come è stato accennato, una decisione giudiziaria che "sconfina nel diritto libero" ovvero si estrinseca in un giudizio arbitrario è, prima di tutto, una decisione che non cita i precedenti.

Per aversi responsabilità era, quindi, necessario che la decisione del giudice si profilasse come incomprensibile, e non, semplicemente, come non giustificabile, tanto che in dottrina si è parlato provocatoriamente di «decisioni giudiziarie folli, che chiamano in causa la psichiatria piuttosto che la tecnica legale».

Quel che pare di maggiore interesse è, però, che, nel contesto della valutazione del carattere aberrante di un giudizio, sia entrato il fattore della conformità ai precedenti. Infatti, secondo la pur colorita impostazione della giurisprudenza, l'attività

---

*Foro it.*, 2001, I, 3357. Per alcune osservazioni critiche rispetto alla *traduzione in pratica* di simili indicazioni giurisprudenziali cfr. FRATA, *Cronaca di una legge inutile*, cit., p. 1140 ss. ; inoltre si noti che nella sentenza del Reichgericht tedesco del 14 novembre 1922, RGZ 105, 356, la Corte ha sostenuto che un'opinione errata su una questione di diritto non è mai ragionevole se la stessa questione è stata diversamente risolta in una "decisione della corte suprema". Allo stesso modo, si comprende come un giudizio errato basato sulla "giurisprudenza della Corte Suprema" costituisca un classico esempio di decisione formata ragionevolmente. Approccio confermato anche in Tribunale Federale Supremo del Lavoro, sent. 12 novembre 1992, 71 BArbGE 350, 353, in SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *op. cit.*, p. 683.

di interpretazione delle norme di diritto non poteva dar luogo a responsabilità del giudice fin tanto ch  avesse rispettato determinati canoni di logicit  e ragionevolezza verificabili dalla suprema Corte.

Nel corso degli anni il dibattito su questo tema non   cessato. Pare, anzi, opportuno dare conto degli ulteriori passaggi che hanno portato alla disciplina attuale.

*ii. L'ineludibilit  della responsabilit  per errata interpretazione del diritto e le successive proposte anteriori alla riforma del 2015*

La ragioni che hanno indotto il legislatore a tornare sulla normativa dettata all'indomani del referendum del 1987 non vanno per  verosimilmente ricercate in considerazioni per cos  dire tutte interne all'ordinamento nazionale, ma piuttosto, come   stato accennato, nelle sollecitazioni provenienti dal diritto dell'Unione europea. In particolare, alcune importanti pronunce della Corte di giustizia, che si sono susseguite a partire dagli anni '90 del secolo scorso, hanno segnato le tappe di un cammino nel quale molti ineludibili limiti della normativa italiana, per pi  versi gi  sufficientemente vistosi, sono progressivamente emersi soprattutto per le criticit  che essi comportano rispetto ad alcuni principi affermati in ambito eurounitario.

Una prima fondamentale *tappa*   rappresentata dalla sentenza *Brasserie du pecheur*<sup>734</sup>, che aggiunge al corpus di principi e regole affermati nel caso *Francovich* del 1991<sup>735</sup> due importanti precisazioni: la prima   che "le condizioni fissate" per il risarcimento del danno a livello statale non possono essere «meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna», e neppure «*possono essere tali da rendere impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento*»; la seconda   che «il principio della responsabilit  dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario [...] ha valore in riferimento a qualsiasi ipotesi di violazione [...], *qualunque sia l'organo di quest'ultimo [dello Stato] la cui azione od omissione ha dato origine alla trasgressione*». Considerato quanto affermato dalla Corte, si comprende come gi  nel 1996, tutti gli elementi per considerare del tutto critica la compatibilit  della l. n. 117/88 con il diritto comunitario fossero gi  ampiamente emersi.

---

<sup>734</sup> Corte Europea di Giustizia, sent. 5 marzo 1996, C-46/93 e C-48/93.

<sup>735</sup> Corte Europea di Giustizia, sent. 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90.

Tuttavia, la Corte di giustizia non si era ancora, all'epoca, espressa sulla specifica ipotesi della violazione determinata dallo Stato attraverso un proprio giudice; essa era, cioè, certamente compresa nella portata delle più generali affermazioni della sentenza *Brasserie*, ma si poteva ciò nonostante immaginare che, posta di fronte all'occorrenza concreta, la Corte di Lussemburgo avrebbe colto l'occasione di precisare come il generale principio della responsabilità statale per violazione del diritto comunitario avrebbe potuto (dovuto) conciliarsi con le innegabili peculiarità della funzione giurisdizionale.

Esattamente questa precisazione, del resto, è arrivata nel 2003 con la sentenza *Kobler*<sup>736</sup>, che ha in un certo senso *chiuso il cerchio* aperto con la prima delle sentenze qui ricordate<sup>737</sup>. È infatti con *Kobler* che la Corte di giustizia afferma la configurabilità della responsabilità dello Stato anche per il caso in cui la violazione del diritto comunitario provenga da un organo giurisdizionale di ultimo grado. Anzi, in simili casi ben si può ritenere che la previsione della responsabilità è ancor più essenziale, poiché – osserva la Corte – le pronunce di questi organi sono per definizione inoppugnabili e, dunque, diviene davvero cruciale che, in caso di violazione del diritto UE, il privato possa (se non altro) ottenere tutela risarcitoria; sono, del resto, ragioni analoghe ad ispirare la previsione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale per i giudici nazionali di ultima o unica istanza.

Non si deve però ritenere che la Corte di giustizia mostri scarsa consapevolezza della particolarità della funzione giudiziaria; al contrario, è la Corte stessa a precisare che, al momento di verificare quali violazioni debbano dar luogo a responsabilità, “occorre tener conto della specificità della funzione giurisdizionale nonché delle legittime esigenze della certezza del diritto”. Proprio in considerazione di ciò, dunque, bisogna precisare che la responsabilità, quando la violazione proviene da un giudice, “può sussistere solo nel caso [che la Corte espressamente definisce] *eccezionale* in cui il giudice abbia violato in maniera *manifesta* il diritto vigente”; per riconoscere le violazioni manifeste, poi, occorre fare applicazione di alcuni indici, quasi un *decalogo* che la Corte stessa si affretta a compilare, suggerendo al giudice nazionale di valutare

---

<sup>736</sup> Corte Europea di Giustizia, sent. 30 novembre 2003, C-224/01.

<sup>737</sup> In questo senso, già in sede di commento alla sentenza *Kobler*, cfr. SCODITTI, “*Francovich*” presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale, in *Foro it.*, 2004, IV, 4 ss.

“in particolare il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere intenzionale della violazione, la scusabilità o l’inescusabilità dell’errore di diritto, la posizione adottata eventualmente da un’istituzione comunitaria nonché la mancata osservanza, da parte dell’organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale [...] In ogni caso, una violazione del diritto comunitario è sufficientemente caratterizzata quando la decisione di cui trattasi è intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in questa materia”.

Le indicazioni della Corte di giustizia non hanno tardato, peraltro, a tradursi in pratica: è del giugno del 2006, infatti, la nota pronuncia *Traghetti del Mediterraneo*<sup>738</sup>, con la quale la Corte per la prima volta affronta direttamente la questione della compatibilità della l. n. 117/88 con il diritto dell’Unione e, affermata la “necessità di garantire ai singoli una protezione giurisdizionale effettiva dei diritti che il diritto comunitario conferisce loro”, dichiara l’incompatibilità con il diritto dell’Unione di un assetto in cui l’attività interpretativa resti in ogni caso esclusa dell’area della responsabilità. Da un lato, infatti “l’interpretazione delle norme di diritto rientra nell’essenza vera e propria dell’attività giurisdizionale”, e dunque escludere che dall’interpretazione possa conseguire responsabilità comporta un sacrificio eccessivo del diritto al risarcimento dei singoli, mentre dall’altro “non si può escludere che una violazione manifesta del diritto comunitario vigente venga commessa, appunto, nell’esercizio di una tale attività interpretativa”; anzi – si potrebbe aggiungere – questo è esattamente quello che normalmente avviene (Zanon & Biondi, 2006)<sup>739</sup>.

Ultima, in ordine di tempo, viene in considerazione la sentenza resa, in una procedura di infrazione intrapresa dalla Commissione trascorsi (inutilmente) due anni dalla pronuncia *Traghetti del Mediterraneo*, dalla Corte di giustizia nel 2011<sup>740</sup>, che ha decisamente fugato ogni dubbio sui rapporti tra diritto dell’Unione e legge italiana

---

<sup>738</sup> Corte giust. 13 giugno 2006, C-173/03.

<sup>739</sup> Parte della dottrina, del resto, non aveva tardato a rilevare come già fosse più che sufficiente la pronuncia *Kobler* a mettere in discussione la l. n. 117/88, senza che fosse strettamente necessario attendere una *condanna* più specifica, poi arrivata per l’appunto con la pronuncia *Traghetti*; in questo senso cfr. ZANON, *La responsabilità dei giudici*, Relazione al convegno A.I.C. del 2004, in questa rivista; BIONDI, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, 220 ss.; Non sono neppure mancate, peraltro, ipotesi in cui sono stati i giudici, all’indomani della pronuncia *Kobler*, a ritenere incompatibili con essa alcune previsioni della l. n. 117/88, giungendo anche alla loro disapplicazione *inter partes*; per un’ipotesi relativa alla clausola di salvaguardia cfr. Trib. Roma, 29 settembre 2004, *Dir. e giust.*, 2004, 40, 80 ss.

<sup>740</sup> Corte Europea di Giustizia, sent. 24 novembre 2011, C-379/10.

sulla responsabilità civile dello Stato-giudice. All'esito dell'analisi della legge e, soprattutto, della sua applicazione da parte dei tribunali nazionali (questo, in fondo, interessa davvero alla Corte di Lussemburgo), la Corte ha infatti statuito, in modo invero chiarissimo, che l'Italia «è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del principio generale di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado», sia «escludendo qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o da valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo», sia «limitando tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave» per come definiti dalla l. n. 117/88.

Va tenuto presente, comunque, che se talvolta è molto forte la tentazione di scaricare sull'ordinamento dell'Unione europea la responsabilità anzitutto politica di alcune scelte, occorre qui circoscrivere la portata della giurisprudenza di Lussemburgo nel contesto dei trattati.

A tal fine, è utile distinguere tra la responsabilità che consegue alla violazione, da parte di un giudice, del diritto nazionale e la responsabilità che consegue invece alla violazione del diritto dell'Unione europea; in tutti i casi considerati, infatti, la Corte di giustizia si è occupata esclusivamente del secondo profilo, e non anche del primo. Quel che preme al giudice di Lussemburgo è infatti che il tasso di penetrazione del diritto comunitario nel tessuto dei singoli ordinamenti nazionali non risulti impropriamente ostacolato dalle normative interne, e non altro; solo questo obiettivo, del resto, è conforme al ruolo che i Trattati assegnano alla Corte. Ovviamente si può obiettare che, nell'attuale assetto ordinamentale, non sempre è possibile distinguere in modo sufficientemente preciso l'interpretazione del diritto nazionale da quella del diritto comunitario, così come si deve certamente osservare che ben potrebbe risultare irragionevole ed artificiosa una distinzione tra le due violazioni se ad essa si guarda *dal lato* del danneggiato, il cui diritto soggettivo non dovrebbe poter avere intensità variabile a seconda delle prescrizioni violate; ancora, è stato opportunamente osservato che il legislatore italiano non potrebbe, pena la violazione dell'art. 54 Cost.,

preoccuparsi più delle violazioni del diritto dell'Unione europea che di quelle del diritto nazionale<sup>741</sup>.

In conseguenza di questi chiari e forti input provenienti dalla Corte Europea, il dibattito parlamentare italiano si è arricchito di una discreta varietà di proposte di riforma. Nel febbraio 2012, per esempio, l'Assemblea della Camera dei Deputati approva, con il parere contrario del Governo, l'emendamento 30.052 (c.d. emendamento Pini, dal nome del suo proponente) al disegno di legge comunitaria 2011. Tale emendamento avrebbe modificato significativamente il dettato della Legge Vassalli introducendo l'ipotesi tipica di responsabilità diretta del magistrato per "violazione manifesta del diritto" ed ammettendo esplicitamente la responsabilità per errata interpretazione delle norme. Tuttavia, la retorica che ha accompagnato la presentazione di tale emendamento si è dimostrata del tutto poco convincente, se non altro perché si intendeva giustificarlo proprio suggerendo che fosse l'ordinamento dell'Unione ad obbligare l'Italia all'introduzione della responsabilità diretta<sup>742</sup> sebbene, come è stato visto, così non fosse. Curiosamente, peraltro, se un'indicazione sul punto si può trarre dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, essa va in senso esattamente contrario: nella sentenza *Kobler* si legge infatti (punto n. 42) che «per quanto riguarda l'indipendenza del giudice, occorre precisare che il principio di responsabilità [...] riguarda non la responsabilità personale del giudice, ma quella dello Stato. Ora, non sembra che la possibilità che sussista, a talune condizioni, la responsabilità dello Stato per decisioni giurisdizionali incompatibili con il diritto comunitario comporti rischi particolari di rimettere in discussione l'indipendenza di un organo giurisdizionale di ultimo grado». Non ha sorpreso, pertanto che l'emendamento Pini sia stato stralciato dalla legge europea nel corso della XVII legislatura.

Restavano comunque numerosi i disegni di legge modificativi della Legge Vassalli depositati presso le assemblee legislative. In particolare, è degno di nota il DDL n. 1070 modificativo, oltretutto della Legge n. 117, anche dell'ordinamento

---

<sup>741</sup> PACE, *Le ricadute sull'ordinamento italiana della sentenza della Corte di giustizia dell'UE del 24 novembre 2011, sulla responsabilità dello Stato-giudice*, in *Giur. cost.*, 2011, 4724 ss.

<sup>742</sup> Cfr. proposta emendativa 30.052 al d.d.l. C. 4623-A. Per alcuni rilievi critici relativi proprio al supposto carattere punitivo dell'emendamento cfr. C.S.M., *Parere, ai sensi dell'art. 10 legge n. 195/58, sulla modifica dell'art. 2 L. 117/1988 a seguito dell'emendamento n. 30.052 al DDL 4623-A, approvato il 2 febbraio 2012 dalla Camera dei Deputati, in tema di responsabilità civile dei magistrati*, reperibile sul sito istituzionale ed in *Foro it.*, 2012, IV, 230 ss.

giudiziario (R.D. 30 gennaio 1941, n. 12). In particolare il DDL citato avrebbe previsto esplicitamente che «salvo il caso di ignoranza inevitabile, come definita dalla sentenza della Corte Costituzionale 24 marzo 1988, n. 364<sup>743</sup>, gli atti ed i provvedimenti dei [...] giudici ordinari, civili e penali, che nell'esercizio delle rispettive funzioni si discostino dalla interpretazione della legge, espressa [*mediante l'espletamento della funzione nomofilattica da parte della Corte Suprema di Cassazione*], legittimano la proposizione dell'azione risarcitoria secondo la disciplina ordinaria». Rispetto a questa audace proposta, il DDL approvato dal Consiglio dei Ministri del 29 agosto 2014 si è dimostrato decisamente meno innovativo.

*iii. L'innovazione della riforma del 2015: la responsabilità per errata interpretazione del diritto europeo*

Nel contesto sinora descritto è intervenuta la l. n. 18/15, recante *Disciplina della responsabilità civile dei magistrati*, e volta all'introduzione di alcune significative modifiche alla normativa entrata in vigore nel 1988, al dichiarato fine “di rendere effettiva la disciplina che regola la responsabilità civile dello Stato e dei magistrati, anche alla luce dell'appartenenza dell'Italia all'Unione europea” (art. 1, 1° comma)<sup>744</sup>.

Sulla legge già si sono espressi, in termini sostanzialmente positivi, esponenti del governo e alcune voci di dottrina<sup>745</sup>, mentre ben più critica (per usare un eufemismo) appare la reazione di buona parte della magistratura<sup>746</sup>; una divergenza di vedute, dunque, che suggerisce un'analisi più specifica delle novità.

<sup>743</sup> Si tratterebbe di uno dei non rari casi in cui il legislatore fa proprie statuizioni giurisprudenziali.

<sup>744</sup> La legge, composta nel testo finale da 8 articoli, è il risultato dei lavori parlamentari relativi a tre disegni di legge presentati al Senato (S. 315, S. 374, S. 1070) e 4 disegni di legge presentati alla Camera (C. 990, C. 1735, C. 1850, C. 2140, C. 2738); il testo è stato approvato dalla Camera nel novembre 2014 e dal Senato, da ultimo, il 24 febbraio 2015.

<sup>745</sup> Cfr. D'ALOIA, *La “nuova” responsabilità civile dei magistrati*, in [www.confronticostituzionali.it](http://www.confronticostituzionali.it).

<sup>746</sup> Nella delibera dello stato di mobilitazione approvata dall'Associazione Nazionale Magistrati il 22 febbraio 2015 si legge, ad esempio, che “la legge sulla responsabilità civile che sta per essere votata dal Parlamento (pur emendata di ancor più macroscopiche violazioni) continua a presentare aspetti di incostituzionalità, che l'ANM ha più volte denunciato [...]. Abbiamo il dovere di segnalare con forza che questi meccanismi non producono efficienza, sono inutilmente punitivi nei confronti dei magistrati e appesantiscono il sistema. La soluzione di tali questioni va da subito affidata a iniziative non di mera testimonianza, ma che consentano ad ogni magistrato di sentirsi tutelato nel suo *status* e nel quotidiano esercizio delle proprie funzioni” (testo completo disponibile sul sito istituzionale). Di analogo tenore,



In estrema sintesi, le modifiche alla Legge Vassalli investono il danno risarcibile, i presupposti della responsabilità dello Stato, la disciplina sostanziale e processuale del giudizio di rivalsa, la portata della clausola di salvaguardia e l'eliminazione del *filtro* di ammissibilità delle domande; per quel che interessa in questa sede ci si limiterà ad alcune osservazioni su alcuni dei punti più salienti della riforma, ovvero la definizione dei profili soggettivi di responsabilità e la nuova formulazione della clausola di salvaguardia.

Con riferimento a questi due aspetti, va detto preliminarmente che la nuova normativa (art. 2) fondamentalemente esclude dalla clausola di salvaguardia i casi di dolo e colpa grave, consentendo, quindi, che i giudici possano essere chiamati a rispondere (indirettamente) anche per le attività di interpretazione delle norme di diritto e di valutazione dei fatti e delle prove.

Con riguardo ai presupposti della responsabilità, formalmente questi rimangono quelli previsti sin dal 1988 (art. 2); cambia, però, in modo significativo la definizione normativa di *colpa grave*, la quale non viene più circoscritta ai soli casi di inescusabilità e di gravità della negligenza del magistrato. In altre parole, al di là della ipotesi dolosa, il legislatore sembra accogliere implicitamente l'impostazione che caratterizzava il DDL n. 1070 riespandendo in via generale la responsabilità colposa del magistrato. Si deve ritenere, però, che, in conformità con quanto previsto nel DDL 1070, dalla nuova responsabilità colposa non possa non esulare l'ipotesi di ignoranza inevitabile esplicitamente delineata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 364/88, se non altro per evitare di incorrere nel rischio di un profilo di incostituzionalità. A ben vedere, qualsiasi tentativo di interpretazione conforme sul punto condurrebbe a questa ipotesi ermeneutica. Tutt'al più si tratterebbe di verificare quando un caso di "ignoranza inevitabile" sia concretamente realizzabile secondo l'impostazione data dalla Consulta. Nella nota sentenza-trattato del 1988, infatti, la Corte Costituzionale delinea l'esigenza di una ponderazione della condotta che contempli criteri "oggettivi" e "soggettivi" attraverso cui addivenire ad una valutazione il più possibile equa e giusta dei profili di responsabilità, evitando di

---

se non ancor più critiche, le osservazioni mosse dalla corrente di Magistratura Democratica, secondo la quale la riforma della responsabilità civile costituirebbe, nella sua più intima essenza, uno strumento di intimidazione del giudicante posto nelle mani della parte economicamente più forte del giudizio (cfr. MD, comunicato 22 febbraio 2015, disponibile sul sito dell'Associazione).

incorrere in assolutismi normativi come quello che la giurisprudenza maggioritaria aveva ricondotto all'art. 5 cod. pen.. I giudici della Consulta arrivano, quindi, ad affermare che chi, «attenendosi scrupolosamente alle "richieste" preventive dell'ordinamento, agli obblighi di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., adempia a tutti i predetti doveri [*di informazione giuridica*], strumentali, nella specie prevedibili e ciò non ostante venga a trovarsi in stato d'ignoranza della legge [...], non può esser trattato allo stesso modo di chi deliberatamente o per trascuratezza violi gli stessi doveri»<sup>747</sup>.

Nella ricostruzione offerta dalla Corte, discenderebbe dall'ideologia contrattualistica l'assunzione da parte dello Stato dell'obbligo di non punire senza preventivamente informare i cittadini su che cosa è vietato o comandato. Tuttavia, da tale ideologia discende anche la pretesa corrispondente che i singoli s'informino sulle leggi, si rendano attivi per conoscerle, prima d'agire. In altre parole, se non v'è stata alcuna violazione del dovere di prestare alle leggi dello Stato la dovuta attenzione, se il cittadino, nei limiti possibili, si è dimostrato ligio al dovere (ex art. 54, primo comma Cost.) e, ciò malgrado, continui ad ignorare la legge, deve concludersi che la sua ignoranza sia "inevitabile" e, pertanto, scusabile. A maggior ragione tale regime non può non valere anche per i giudici, i quali, secondo l'impostazione della Consulta sarebbero certamente assimilabili a tecnici del diritto, ovvero a professionisti del mondo giuridico ai quali, per quanto sia richiesto un particolare grado di diligenza, non può imporsi di conoscere la *omnia scientia juridica*, specie in campi che esulano dalla loro esperienza<sup>748</sup>.

La Corte Costituzionale è, quindi, arrivata ad affermare, in termini generali, che l'inevitabilità dell'errore sul diritto (e, conseguentemente, l'esclusione della colpevolezza) non vada misurata alla stregua di criteri c.d. soggettivi puri (ossia di parametri che valutino i dati influenti sulla conoscenza del precetto esclusivamente alla luce delle specifiche caratteristiche personali dell'agente) bensì secondo criteri

---

<sup>747</sup> Cfr. Corte cost. n. 364/88.

<sup>748</sup> Non si deve, peraltro, arrivare alla affrettata conclusione che questa ultima considerazione contrasti con il principio di natura processuale in base al quale *jura novit Curia*. Quest'ultimo principio costituisce, infatti, una evidente *fiction* volta prevalentemente a svincolare in certa misura il giudice dai limiti delle allegazioni delle parti qualora da queste non sia possibile trarre gli argomenti per la *ratio decidendi* della decisione<sup>748</sup>. Da tale principio, però, non è ragionevolmente possibile far discendere una presunta infallibilità del giudice nella conoscenza di tutto il diritto.

oggettivi: ed anzitutto in base a criteri (c.d. oggettivi puri) secondo i quali l'errore sul precetto è inevitabile nei casi d'impossibilità di conoscenza della legge da parte d'ogni consociato. «Tali casi», afferma la Corte, «attengono, per lo più, alla (oggettiva) mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa<sup>749</sup> (ad es. assoluta oscurità del testo legislativo) oppure ad un gravemente caotico [...] atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari, ecc.».

Ecco che riemerge il consolidato orientamento degli organi giudiziari come strumento attendibile per veicolare informazioni giuridicamente rilevanti e, al contempo, come parametro sicuro di valutazione del grado di "riconoscibilità" delle norme così come hartianamente inteso.

Tuttavia, il dovere di raccogliere e considerare le informazioni giuridicamente rilevanti si intensifica, come pare ovvio, nei confronti di soggetti qualificati per la propria esperienza come tecnici, ovvero professionisti del diritto. Aggiunge, infatti, la Corte che «[l]a spersonalizzazione che un giudizio formulato alla stregua di criteri oggettivi pur necessariamente comporta va, tuttavia, compensata dall'esame di eventuali, particolari conoscenze ed "abilità" possedute dal singolo agente»<sup>750</sup>. In questo senso, si espande il dovere dei giudici di considerare anche la giurisprudenza come fonte attendibile di conoscenza del diritto e si riduce, conseguentemente, lo spazio di scusabilità dell'ignoranza o dell'errore per questa particolare categoria di soggetti.

Anche quando, sempre allo scopo di stabilire l'inevitabilità dell'errore sul diritto, ci si valga di "altri" criteri (c.d. "misti") secondo i quali la predetta inevitabilità può esser determinata, fra l'altro, da particolari, positive, circostanze di fatto in cui s'è formata la deliberazione dell'agente (es. "assicurazioni erronee" di persone istituzionalmente destinate a giudicare sui fatti da realizzare; precedenti [giudiziari], ecc.) occorre tener conto, secondo i giudici della Consulta, della "generalizzazione" dell'errore nel senso che qualunque consociato, in via di massima sarebbe caduto nell'errore sul diritto ove si fosse trovato nelle stesse particolari condizioni

---

<sup>749</sup> Cfr. sul punto le teorie di Hart sulla c.d. "rule of recognition" (Hart, 1961, cit).

<sup>750</sup> Cfr. Corte cost. n. 364/88, punto 27.

dell'agente<sup>751</sup>. Ancora una volta, però, la spersonalizzazione del giudizio va compensata dall'indagine attinente alla particolare posizione del singolo agente che, in generale, ma soprattutto quando eventualmente possiede specifiche "cognizioni" (ad es. conosca o sia in grado di conoscere l'origine lassistica o compiacente di assicurazioni di organi anche ufficiali, ecc.) è tenuto a "controllare" le informazioni ricevute. Il fondamento costituzionale della "scusa" dell'inevitabile ignoranza della legge vale soprattutto per chi versa in condizioni soggettive d'inferiorità e non può certo esser strumentalizzata per coprire omissioni di controllo, indifferenze, ecc., di soggetti dai quali, per la loro elevata condizione sociale e tecnica, sono esigibili particolari comportamenti realizzativi degli obblighi strumentali di diligenza nel conoscere le norme dell'ordinamento, quali sono i giudici.

In questi termini, si spiega la riformulazione meno rigida della responsabilità colposa dei magistrati. Tale modifica, infatti, non potrebbe essere compresa se non in relazione alla giurisprudenza costituzionale in tema di ignoranza od errore sulla legge. In tale contesto viene messa esplicitamente in evidenza la funzione dei precedenti (*rectius*: degli orientamenti degli organi giudiziari) rispetto alla conoscibilità del diritto. In particolare l'assenza di orientamenti consolidati e conformi costituisce un criterio oggettivo per valutare l'effettivo grado di conoscibilità delle norme e, pertanto, la scusabilità o meno dell'errore nell'interpretazione delle norme di diritto o nella valutazione dei fatti e delle prove. Si tratta, in sintesi, di una impostazione che esclude automatismi e presunzioni in favore di una valutazione più ampia che tenda a conciliare le ragioni di equità con l'esigenza di evitare quanto più possibile giudizi arbitrari.

Quanto all'ipotesi di travisamento del fatto e delle prove, non è mancato chi ha intravisto nella nuova formulazione il rischio di improprie sovrapposizioni sostanziali tra l'impugnazione ed il giudizio di responsabilità<sup>752</sup>. In altre parole, secondo questa dottrina, le eccezioni alla clausola di salvaguardia consentirebbero di collegare impropriamente gli esiti delle impugnazioni nel merito delle sentenze con il giudizio

---

<sup>751</sup> Cfr. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile, I Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino: Giappichelli, 2012, p. 99.

<sup>752</sup> Si veda NISTICÒ, *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Inquadramento storico-sistematico e profili problematici*, Osservatorio costituzionale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, maggio 2015.

sulla responsabilità del magistrato. Ci si permette, in questa sede, di osservare sul punto che i limiti della colpa grave circoscrivono il sindacato sul travisamento dei fatti e delle prove ad ipotesi macroscopiche che non esauriscono del tutto il giudizio di impugnazione. D'altra parte, il ribaltamento di una sentenza costituisce un'ipotesi patologica nell'amministrazione della giustizia che può in alcuni casi essere dovuta ad una condotta negligente del magistrato. Tuttavia, l'esame imposto dalla Consulta con la sentenza n. 364 consente di escludere che vi possa essere una reale sovrapposizione tra l'esito del giudizio di impugnazione e il giudizio sulla responsabilità per travisamento dei fatti e delle prove in virtù della particolare ponderazione richiesta che, come è stato visto, non può basarsi solo su elementi oggettivi.

Per quel che riguarda, invece, l'ipotesi di violazione manifesta della legge, occorre svolgere due osservazioni principali. In primo luogo, viene esplicitato il dovere di "tenere conto" del «grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza» (Art. 2, comma 3bis, l. cit.). Se per certi aspetti questa esplicitazione può apparire persino ridondante in relazione a quanto già osservato, va detto che essa si pone in assoluta armonia con un'impostazione del giudizio sulla responsabilità civile del magistrato basata su di una ampia ponderazione in cui si deve tenere conto, appunto, di elementi "oggettivi" (i.e. il grado di chiarezza e di precisione delle norme) così come di elementi "soggettivi" (i.e. l'inescusabilità e la gravità dell'inosservanza). Emerge, in altre parole, un sostanziale accoglimento dell'impostazione sancita dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 364.

Tuttavia, si deve ritenere che l'esplicitazione della rilevanza dei suddetti criteri di ponderazione con esclusivo riferimento all'ipotesi di manifesta violazione della legge sia giustificabile in relazione alla particolare delicatezza di questo profilo di responsabilità. Infatti, la valutazione sulla manifesta violazione della legge è fuoriuscita, nella nuova formulazione, dalla clausola di salvaguardia (v. Art. 2, comma 2, l. cit.) lasciando forse intendere che oggi anche l'adozione di determinate opzioni ermeneutiche possa, in ipotesi, integrare questo tipo di responsabilità. Sembra che il legislatore abbia inteso in qualche modo infrangere (o quanto meno limitare) il taboo della libertà di interpretazione spettante al giudice ponendo, a tal fine, particolari cautele. Non sorprende, pertanto, che, per determinare se una legge sia stata violata

dal magistrato, venga specificato di tenere conto «del grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza». D'altra parte, sebbene i giudici siano tenuti sicuramente a rispettare quanto stabilito dalla Corte Costituzionale, è anche vero che è più facile osservare un breve precetto normativo che estrapolare una *ratio decidendi* da una sentenza. In conseguenza, non appare irrazionale od illogica la particolare nuova formulazione adottata dal legislatore.

In secondo luogo, merita osservare che il nuovo art. 2 della Legge Vassalli contempla oggi esplicitamente anche il diritto dell'Unione Europea (v. commi 3 e 3bis). Per ragioni sostanzialmente analoghe a quanto detto poc'anzi, si ritiene si possa accogliere con favore questa innovazione apportata dal legislatore, se non altro per aver dato in qualche modo risposto alle sollecitazioni provenute dalle giurisdizioni europee. Quel che merita qui di essere messo in evidenza è l'ultimo periodo del comma 3bis ove, al fine di valutare l'ipotesi di manifesta violazione del diritto dell'Unione, si deve tenere conto anche «del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea». In altre parole, la mancata osservanza dei precedenti della Corte di giustizia è idonea ad integrare un'ipotesi di violazione del diritto europeo ai fini della determinazione della responsabilità civile del magistrato.

Tuttavia, anche in questo caso il legislatore è attento ad escludere automatismi o presunzioni, imponendo "solo" di tenere conto di tale contrasto nel contesto della più ampia ponderazione di cui si è detto più sopra. Infatti, se da un lato è fuori discussione il valore giuridico dei precedenti della Corte di Lussemburgo (vedi Cap. III, § 3), dall'altro sono pur sempre ipotizzabili profili di contraddittorietà (quantomeno apparente) negli orientamenti dei giudici europei. Pertanto, anche il giudice italiano più attento potrebbe incorrere per errore (scusabile) nella violazione del diritto europeo. Soccorre, comunque, anche in questi casi la garanzia del rinvio pregiudiziale (altro elemento di ponderazione previsto dal comma 3bis) attraverso cui al giudice nazionale è offerto un irrinunciabile strumento per fugare ogni dubbio circa l'applicazione del diritto europeo.

Sembra, quindi, doversi concludere che l'eventuale contrasto con un precedente europeo isolato non debba necessariamente comportare una responsabilità del

magistrato per manifesta violazione del diritto dell'Unione, con buona pace di certa dottrina<sup>753</sup>.

*iv. Una nuova responsabilità del magistrato per inosservanza dei precedenti?*

Dal generale impianto della nuova normativa emerge come il legislatore abbia cercato di bilanciare le logiche del compromesso parlamentare con la giurisprudenza Costituzionale e con le sollecitazioni provenienti dall'Unione Europea.

Tuttavia, non ci si può non riservare qualche dubbio circa la reale applicabilità della nuova clausola di salvaguardia, posto che la legge prevede oggi che l'attività interpretativa di norme e quella valutativa di fatti e prove non possano dar luogo a responsabilità "fatti salvi", però, "i commi 3 e 3bis ed i casi di dolo". Come è stato visto, da questa formulazione apparentemente banale la clausola ne esce dissacrata.

Quanto ai casi di dolo, l'esclusione espressa della clausola di salvaguardia è del tutto condivisibile, e doveva ritenersi doverosa anche nella vigenza del *vecchio* testo: davvero troppo artificioso sarebbe infatti apparso il voler qualificare come "interpretazione" un'applicazione consapevolmente e volontariamente errata della legge a danno di una parte del giudizio. L'ipotesi di scuola sarebbe quella nella quale il giudice dia atto nella sentenza della presenza di una disposizione normativa o di una decisione della Corte europea applicabili ma che decida di non applicare offrendo giustificazioni insufficienti o non motivando affatto tale scelta. Si tratterebbe in questo caso di una condotta consapevole che diventerebbe dolosa qualora emergesse che il fine altro non era che quello di danneggiare una parte. Pare, in ogni caso, si tratti di ipotesi assolutamente marginali che non costituiscono oggetto di scandalo in dottrina.

Il riferimento alle ipotesi disciplinate dai commi 3 e 3bis determina, invece, l'inapplicabilità della salvaguardia a tutte le ipotesi di colpa grave, nelle quali la violazione della legge è riconducibile ad una condotta non (del tutto) consapevole del magistrato seppur in presenza di uno specifico dovere di informazione. Si apre quindi l'ampio ventaglio di ipotesi in cui il giudice arrivi a violare la legge omettendo di considerare fonti di cognizione del diritto ineludibili fra le quali si è indotti ad annoverare anche i precedenti. È, infatti, a questi che la Corte Costituzionale fa

---

<sup>753</sup> Cfr. NISTICÒ (2015) cit.

riferimento per valutare in concreto la scusabilità dell'errore. Sempre la disponibilità di precedenti consente, altresì, di valutare la gravità della condotta negligente, escludendo dalla responsabilità tutte le ipotesi in cui l'adozione dell'ordinaria diligenza non avrebbe consentito di evitare l'errore.

Non si condivide, pertanto, l'opinione in base alla quale si sarebbe di fronte ad una sostanziale «sterilizzazione» della clausola di salvaguardia dal momento che, nell'ambito di applicazione della ordinaria diligenza richiesta al giudice, essa rimarrebbe pienamente operativa a tutela della attività di interpretazione del diritto e della valutazione dei fatti e delle prove in conformità all'orientamento affermato dalla Consulta a partire dal 1989<sup>754</sup>.

Si è indotti, invece, a condividere l'accostamento di questa impostazione della responsabilità civile dei magistrati con il modello già utilizzato in sede di tipizzazione degli illeciti disciplinari, ove si afferma cioè la salvaguardia come regola generale e al tempo stesso individuando un sistema di eccezioni alla stessa<sup>755</sup> che esclude arbitri ed automatismi e che presuppone una complessa ponderazione di fattori.

Ad ogni buon conto, quel che emerge con una certa chiarezza è il ruolo dei precedenti nel contesto di tale ponderazione. Infatti, a prescindere dall'esplicito riferimento che il legislatore fa alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo (che ha natura diversa), lo specifico dovere costituzionale di informazione giuridica finisce per imporre al giudice diligente di "tenere conto" dei precedenti quando gli orientamenti degli organi giudiziari non lascino spazio a dubbi, ovvero siano sufficientemente conformi. Anche sotto questo profilo, quindi, si manifesta la natura del precedente quale strumento ineludibile di conoscenza di informazioni giuridicamente rilevanti.

---

<sup>754</sup> Cfr. *Ibidem*.

<sup>755</sup> Prevede infatti l'art. 2, 2° comma, d.leg. n. 109/06, che “fermo quanto previsto dal comma 1, lettere g), h), i), l), m), n), o), p), c) ed f), l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare”, sicché in ambito disciplinare il rapporto tra clausola di salvaguardia ed errore di diritto è più articolato, poiché la prima vale solo come regola di portata generale, ma il legislatore ha contestualmente previsto più ipotesi di illecito in cui essa non deve trovare applicazione.



## **2. Le conseguenze giuridiche dell'inosservanza del precedente in ambito processuale**

Quando coloro che sono chiamati a prendere delle decisioni realizzano che la loro capacità di raccogliere ed assimilare informazioni è limitata, tendono a elaborare procedure e meccanismi volti a stabilire un legame tra l'insieme delle informazioni esistenti di cui possono agevolmente fare uso e le decisioni che devono prendere<sup>756</sup>. I precedenti costituiscono uno dei principali strumenti che possono essere utilizzati dai giudici a questo fine<sup>757</sup>.

Infatti, la conformità alla giurisprudenza maggioritaria di una determinata ricostruzione ermeneutica del diritto viene assunta dall'ordinamento in tre casi principali come sintomo attendibile della correttezza di tale ipotesi interpretativa. Pare quindi opportuno analizzare questi due casi per comprendere come la considerazione del precedente finisca per essere ineludibile non solo per i giudici, ma anche per tutta la generalità dei consociati.

### *i. La conformità ai precedenti come "filtro" delle impugnazioni*

Una certa dottrina ritiene che la mole di casi che una corte suprema è in grado di decidere ogni anno possa influenzare la legittimazione e la trasparenza delle sue decisioni<sup>758</sup>. Per questa ragione, i meccanismi di filtro che vengono predisposti per contenere la mole di lavoro di queste corti potrebbero avere una notevole importanza rispetto al buon funzionamento del sistema.

---

<sup>756</sup> V. HEINER, *Imperfect Decisions and the Law: On the Evolution of Legal Precedent and Rules*, (1986) 15 Jnl Leg. Studs 227- 61; DUXBURY, *op. cit.*

<sup>757</sup> *Ibid.* p. 229. Una svolta in questa giustificazione dell'osservanza dei precedenti è stata elaborata da Shapiro, il quale, utilizzando una teoria delle comunicazioni, difende lo stare decisis come una forma di ripetizione o di "ridondanza" che funziona per controbilanciare il "rumore" (i.e., i messaggi potenzialmente confliggenti) generato da una organizzazione con la complessità di un ordinamento giuridico, sì da consentire agli avvocati e ai giudici di ricevere accurate informazioni su come le corti hanno in passato deciso questioni giuridiche. "Un sistema che inevitabilmente genera una gran quantità di rumore", spiega Shapiro, "è uno nel quale di errore casuale metterebbero in pericolo la coordinazione, fa pieno uso delle tecniche standard per la riduzione dell'errore di trasmissione causato dal rumore... LO stare decisis visto come una ridondanza è un metodo assolutamente razionale, se non indispensabile, per risolvere il problema del rumore sintattico in un sistema con un elevato carico di messaggi – come qualsiasi sistema che procede caso per caso è inevitabilmente". SHAPIRO, *Toward a Theory of Stare decisis*, (1972) 1 Jnl Leg. Studs 125-34 p. 132, 133.

<sup>758</sup> Cfr. HULS-ADAMS-BOHMOFF, *op. cit.*, p. 176.

D'altra parte, la crescente ondata di contenzioso che negli ultimi decenni ha investito le corti ha reso questi meccanismi di filtro indispensabili anche e, forse soprattutto, per ottimizzare l'utilizzo delle risorse disponibili rispetto alle primarie esigenze di assicurare un ampio accesso alla giustizia e una ragionevole durata dei processi.

Il problema che si pone è, quindi, quello di individuare un metodo ragionevole per discriminare le istanze ammissibili da quelle che non meritano di essere considerate. Esistono diversi tipi di meccanismi volti a filtrare i casi meritevoli da quelli che non lo sono e generalmente vengono suddivisi in due categorie principali, ovverosia: a) meccanismi di tipo oggettivo e b) meccanismi di tipo soggettivo<sup>759</sup>.

I meccanismi o sistemi di tipo soggettivo si ritrovano generalmente nei paesi di common law. La Corte Suprema statunitense, per esempio, non riconosce la propria giurisdizione d'appello come un diritto soggettivo e coloro che intendono accedervi sono tenuti a presentare un'istanza per la concessione di un writ of certiorari. La Corte decide discrezionalmente se concederlo o meno<sup>760</sup>, ma soltanto in caso positivo la questione verrà esaminata con cognizione piena. La Rule n. 10 del Regolamento della Corte indica i presupposti necessari per la concessione del writ of certiorari e specifica che, in linea generale, verrà negato in caso di "misapplication of a properly stated rule". In altri termini, la funzione della Corte Suprema degli Stati Uniti non consiste nell'assicurare l'uniforme applicazione del diritto entro i confini della sua giurisdizione. Se nei sistemi che si ispirano al modello statunitense i meccanismi di filtro sono tendenzialmente soggettivi, in quelli che si ispirano al modello francese, come l'Italia, questi meccanismi sono generalmente di tipo oggettivo.

In prima battuta va subito evidenziato che la prima causa di selezione teorica è costituita dalla limitazione delle giurisdizioni supreme di questi sistemi alle questioni di diritto<sup>761</sup>. Qualsiasi questione di merito, in linea teorica, non può essere oggetto di valutazione da parte delle corti di cassazione per ragioni che sono già state rilevate nel corso della trattazione. A ben vedere, però, la distinzione tra queste due dimensioni di giudizio si è dimostrata un criterio del tutto inefficiente e poco chiaro, ma soprattutto

---

<sup>759</sup> *Ibid.*, p. 182.

<sup>760</sup> V. La Rule 10 delle *Rules of the Supreme Court of the United States*, 17 luglio 2007: 'Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but a matter of judicial discretion'.

<sup>761</sup> Articolo L. 411-2 *Code de l'organisation judiciaire*.

non in grado di limitare il numero di cause da trattare ogni anno. Decisamente più affidabile, seppur imperfetto, si è, invece, rivelato il criterio della conformità ai precedenti che, come si vedrà più avanti, è stato introdotto in modo più o meno generalizzato in gran parte dei paesi dell'Europa continentale.

Nell'ambito della procedura civile italiana, l'impugnabilità delle sentenze davanti alla corte d'appello e davanti alla Cassazione è, infatti, sottoposta ad un preliminare giudizio di ammissibilità che contempla, fra le altre cose, una valutazione sulla conformità agli orientamenti giurisprudenziali maggioritari. Tale giudizio preliminare, sebbene già ipotizzato in tempi ormai risalenti dalla dottrina<sup>762</sup>, ha trovato collocazione nell'ordinamento positivo a partire dalla riforma del 2009<sup>763</sup>. Uno dei dichiarati scopi della novella, infatti, era quello di restringere l'accesso al giudizio di seconda istanza e a quello di legittimità e, al contempo, valorizzare il giudizio di primo grado.

Con riferimento alla Corte d'Appello, il requisito di ammissibilità è stato esplicitamente previsto agli artt. 348-bis<sup>764</sup> e 348-ter<sup>765</sup> del Codice di procedura civile, mentre, con riguardo alla Corte di cassazione, il requisito è stato introdotto dall'art. 360-bis c.p.c.<sup>766</sup>. In estrema sintesi, il soggetto che intende proporre impugnazione avverso una sentenza è tenuto ad allegare il (presunto) irragionevole discostamento

---

<sup>762</sup> Cfr. per tutti DENTI, *L'art. 111 della Costituzione*, cit., , 228-233.

<sup>763</sup> V. art. 47, L. 18 giugno 2009, n. 69, Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile (GU n.140 del 19-6-2009 - Suppl. Ordinario n. 95 ).

<sup>764</sup> Art. 348-bis c.p.c.: **(Inammissibilità dell'appello)** Fuori dei casi in cui deve essere dichiarata con sentenza l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'appello, l'impugnazione è dichiarata inammissibile dal giudice competente quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolta.

Il primo comma non si applica quando:

- a) l'appello è proposto relativamente a una delle cause di cui all'articolo 70, primo comma;
- b) l'appello è proposto a norma dell'articolo 702-quater.

<sup>765</sup> Art. 348-ter, § 1, c.p.c.: **(Pronuncia sull'inammissibilità dell'appello)** All'udienza di cui all'articolo 350 il giudice, prima di procedere alla trattazione, sentite le parti, dichiara inammissibile l'appello, a norma dell'articolo 348-bis, primo comma, con ordinanza succintamente motivata, anche mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e il riferimento a precedenti conformi. Il giudice provvede sulle spese a norma dell'articolo 91.

<sup>766</sup> Art. 360-bis c.p.c.: **(Inammissibilità del ricorso)** Il ricorso è inammissibile:

- 1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa;
- 2) quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo.

dagli orientamenti maggioritari della corte di legittimità, pena la pronuncia di inammissibilità dell'impugnazione.

Va preliminarmente osservato che, da un punto di vista costituzionalistico, il diritto all'impugnazione che ha suscitato maggiori contrasti è certamente quello avanti la Corte di cassazione in virtù della natura peculiare di quest'organo rispetto alla configurazione che ne dà la Carta costituzionale. Tali contrasti si sono manifestati soprattutto nella dottrina ove ancora oggi si contrappongono coloro che pongono maggiore enfasi sulla funzione interpretativa nomofilattica della Cassazione e coloro che ne evidenziano il ruolo di ultima istanza dello *ius litigatoris*<sup>767</sup>.

Anche se la storia istituzionale della Corte suprema italiana è piuttosto peculiare in relazione ai riflessi dei diversi problemi derivanti dal processo di unificazione dello Stato, l'apparentamento con la *Cour de cassation* francese è fuor di dubbio<sup>768</sup>. Conseguentemente, la Corte italiana sembrava, quanto meno in un primo momento, avere mutuato la natura prevalente di organo di controllo sulle interpretazioni giudiziarie che aveva caratterizzato sin dall'origine la sorella d'oltralpe.

Come noto, però, i Costituenti italiani trasformarono, con l'introduzione dell'art. 111, 2° comma (oggi 7° comma) un'istituzione pensata per assicurare l'uniforme interpretazione del diritto e il perseguimento della certezza giuridica in uno strumento di ultima istanza per la risoluzione delle controversie. Da questa trasformazione in chiave garantista sono derivate le numerose difficoltà di stabilire meccanismi di filtro per accedere alla giurisdizione di cassazione, la quale, con il progressivo allargamento delle maglie dell'art. 360 c.p.c., ha finito per attrarre le speranze delle parti processuali risultate soccombenti negli altri gradi di giudizio.

È condivisa opinione che sulla abnorme dilatazione dell'ambito di applicazione dell'art. 111, 7° comma, abbia influito la collocazione, del tutto casuale, del ricorso in Cassazione contro le «sentenze» nella stessa proposizione normativa che prevede il ricorso contro i «provvedimenti sulla libertà personale».

---

<sup>767</sup> Cfr. sul punto, da un lato, PROTO PISANI, *Sulla garanzia costituzionale del ricorso per cassazione sistematicamente interpretata*, in *Foro it.*, 2009, V, 381 e ss., ID., *Crisi della cassazione: la (non più rinviabile) necessità di una scelta*, *Foro it.*, 2007, V, 122 e ss., DENTI, (1986) cit., e, dall'altro lato, CARRATTA, *Il "filtro" al ricorso in Cassazione fra dubbi di costituzionalità e salvaguardia del controllo di legittimità*, in *Giur. it.*, 2009, 1563 ess., ID. *La Corte costituzionale ed il ricorso per cassazione quale "nucleo essenziale" del «giusto processo regolato dalla legge»: un monito per il legislatore ordinario*, in *Giur. it.*, 2010, 627 e ss.

<sup>768</sup> Si veda sul punto VALIO, *La Corte di Cassazione in Italia*, Londra: Forgotten Books, 2013 (1879).

La prima parte della norma risale alla proposta di Calamandrei, mentre la seconda parte risale ad una proposta di Giovanni Leone, mirante a generalizzare la tutela contro i provvedimenti limitativi della libertà personale, rafforzando le garanzie sancite dall'art. 13 (si veda art. 17 del Progetto Leone)<sup>769</sup>. In realtà, dai resoconti della seconda sottocommissione dell'Assemblea Costituente emerge un aspro dibattito sul ruolo della Cassazione. Pare di particolare interesse che, quando Giovanni Leone, per timore che i cittadini potessero essere privati delle garanzie giurisdizionali con legge ordinaria, propose nel dibattito l'inserimento in Costituzione del diritto a tre gradi di giudizio dei quali l'ultimo sarebbe dovuto essere quello di Cassazione, Piero Calamandrei intervenne, dichiarando: *«di essere contrario a che si parli nella Costituzione di un terzo grado di giurisdizione, perché la Cassazione non è un grado. Ricorda in proposito all'onorevole Leone che nella Costituzione uscita dalla Rivoluzione francese — che è stata quella che ha proclamato il principio del doppio grado — tale norma non era contemplata. Chiede quindi che sia consacrato a verbale che egli è contrario a che si inserisca nella Costituzione l'articolo 17 proposto dall'onorevole Leone, pur riconoscendo che esso contiene un principio fondamentale dell'ordinamento giudiziario e della procedura sia civile che penale»*.

Mentre, nella formulazione Leone l'ipotesi del ricorso contro le sentenze e quella del ricorso contro i provvedimenti sulla libertà personale erano oggetto di due commi separati, la commissione pervenne a fonderle in un'unica proposizione, senza probabilmente avvertire la possibile confusione concettuale che ne sarebbe derivata tra i due tipi di garanzia<sup>770</sup>.

Già alla fine degli anni '80 Vittorio Denti aveva proposto una rilettura dell'art. 111 in funzione di garanzia oggettiva a presidio dell'interesse generale<sup>771</sup> prima che dello *ius litigatoris*. L'Autore sosteneva che una garanzia soggettiva non potesse essere adeguatamente realizzata attraverso un controllo di mera legittimità anche a causa

---

<sup>769</sup> Resoconti della seconda sottocommissione (sezione seconda- potere giudiziario) dell'Assemblea Costituente italiana, 5 dicembre 1946- 27 gennaio 1947, reperibili negli archivi della Camera dei Deputati all'indirizzo: <http://legislature.camera.it/frameset.asp?content=%2Faltre%5Fsezionism%2F304%2F8964%2Fdocumentotesto%2Easp%3F>.

<sup>770</sup> Secondo questa prospettiva devono essere lette le sentenze della Corte cost. n. 395 del 2000 e n. 297 del 2009.

<sup>771</sup> Cfr. il commento di DENTI all'art. 111 nel *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna, 1987, p. 1 ss.

delle limitazioni intrinseche al giudizio di cassazione, bensì potesse attuarsi soltanto con la generalizzazione del doppio grado di giurisdizione come presupposto del formarsi del giudicato. Tale soluzione, però, non ha sinora avuto il conforto della Corte Costituzionale<sup>772</sup> che ha, invece, prescelto la via opposta, legittimando così le discutibili limitazioni dell'appello da parte del legislatore e confermando il diritto al ricorso in Cassazione quale strumento residuale di tutela.

Se, invece, si riconoscesse, secondo la prospettiva dentiana, che il ricorso ex art. 111, 7° comma, Cost. è previsto a garanzia della funzione di nomofilachia attribuita alla Corte di cassazione, la previsione costituzionale, secondo cui il ricorso stesso «è sempre ammesso», andrebbe inteso nel senso che la definitività dei provvedimenti giurisdizionali, secondo lo status processuale loro proprio, non esclude il controllo del Supremo collegio sulla violazione di legge, anche se non previsto dalle norme ordinarie<sup>773</sup>.

In questo senso, il ricorso ex art. 111 si profilerebbe come una sorta di «ricorso nell'interesse della legge», ovviamente ancorato al generale requisito della soccombenza e produttivo, se accolto, di effetti non solo per le parti (seguendo, d'altronde, un filone non estraneo allo stesso ricorso «ordinario», come dimostra l'istituto della correzione della motivazione in diritto previsto dall'art. 384, 4° comma, c.p.c.).

Se si accoglie questa rilettura dell'art. 111, 7° c., Cost., si spiega meglio l'introduzione dell'art. 360bis c.p.c. suesposta, sebbene gran parte della dottrina processualistica l'abbia accolta con diffidenza<sup>774</sup>. L'articolo formula due ipotesi presuntive di inammissibilità, i presupposti delle quali devono essere vagliati da apposita sezione filtro della Corte. Tali presupposti sono: a) la conformità della sentenza impugnata agli orientamenti maggioritari della Corte (e l'assenza nei motivi di impugnazione di elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa); b)

---

<sup>772</sup> Cfr. Corte cost. sent. nn. 17/1971; 22/1973; 117/1973; più di recente si riscontrano in senso conforme ordinanze nn. 42 del 2014; 190 del 2013; 410 del 2007; 84 del 2003 e la sent. n. 243/2014.

<sup>773</sup> Cfr. PROTO PISANI, *Sulla garanzia costituzionale del ricorso per cassazione*, cit.; TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna: Il Mulino, 1991, p. 12 e ss.

<sup>774</sup> Cfr., per esempio, BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, in *Giusto proc. civ.* (2009), § 18; RICCI G. F., *La riforma del processo civile*, Torino: Giappichelli, 2009, p. 65 ss.; Id, *La riforma del giudizio di cassazione tra funzione nomofilattica e tutela del diritto di difesa*, in *Prev. Forense*, 2009, § 4.

la manifesta infondatezza della censura relativa alla violazione dei principî regolatori del giusto processo.

Quel che merita di essere osservato è che buona parte della dottrina è concorde nel ritenere che la scelta di un «filtro» di questo tipo non pone questioni di costituzionalità con riferimento alla garanzia oggettiva dell'art. 111, 7° comma, Cost.

D'altra parte, Gino Gorla ebbe modo di osservare che la motivazione dei giudici del merito che neghi la sussistenza di ragioni idonee a giustificare un mutamento della giurisprudenza del tribunale supremo funziona praticamente come un parere contrario ad un eventuale ricorso in cassazione<sup>775</sup>. Già nel 1976 veniva rilevata una certa affinità tra questo meccanismo e il c.d. "leave to appeal" necessario per accedere alla giurisdizione di ultima istanza della Camera dei Lords<sup>776</sup> (v. *infra*). È interessante osservare come l'Andrioli, pur senza affrontare il tema degli effetti di un simile meccanismo, parli di un «dovere di correttezza dei giudici di merito consistente nel dirottare dalle massime (*rectius*, dai principî di diritto) della Cassazione sol quando la loro difformità dalle norme di diritto, quali, a giusto avviso del giudice di merito, sono da interpretare, apparisce manifestamente infondata»<sup>777</sup>.

Si potrebbe, tuttavia, andare più oltre e chiedersi se, oltre alla valutazione preliminare di inadeguatezza dei motivi rispetto ai moduli legali e della loro manifesta infondatezza, sia possibile anche profilare un giudizio di irrilevanza di principio delle questioni poste ad oggetto del ricorso, analogo a quello demandato al *Bundesgerichtshof* della Germania (v. *infra*).

In effetti, una sorta di giudizio di irrilevanza potrebbe essere desunto dal primo presupposto di inammissibilità previsto dall'art. 360bis c.p.c., ovvero la conformità agli orientamenti di cassazione. Tale presupposto, infatti, mal si confà ad un giudizio preliminare di infondatezza ed, anzi, manifesta l'interesse a cogliere l'opportunità dei ricorsi per aggiornare o, se del caso, modificare i principî di diritto formulati dalla Corte.

Vittorio Denti, molti anni prima che l'art. 360bis fosse introdotto, auspicò l'adozione di un filtro di irrilevanza di principio basato sulla conformità agli

<sup>775</sup> Cfr. GORLA, *Postilla*, cit., p. 139.

<sup>776</sup> Cfr. la nota di ALBISINNI-MOCCIA, in *Foro it.*, 1975, IV, p. 134.

<sup>777</sup> Così l'ANDRIOLI in *Appunti di diritto processuale civile*, 1964, p. 174; cfr. anche p. 94: «sol quando l'erroneità - dei precedenti della Cassazione - se ne appalesi più che probabile».

orientamenti giurisprudenziali, distinguendolo da qualsiasi valutazione preliminare di infondatezza<sup>778</sup>. L'Autore in parola ne rilevava, però, la problematicità nel contesto italiano a causa del disordine e della contraddittorietà degli orientamenti giurisprudenziali della Cassazione. D'altra parte, non si condivide quella parte della dottrina che critica la scelta da parte del legislatore della sanzione di inammissibilità come conseguenza di una valutazione di conformità ai precedenti della Suprema Corte in quanto detta valutazione non si risolve in un giudizio sul merito (ovvero sulla fondatezza)<sup>779</sup>. Infatti, se è insegnamento ormai risalente e diffuso che il vizio di inammissibilità del mezzo di impugnazione attiene all'insussistenza dei presupposti indicati dal legislatore per il corretto esercizio del diritto di impugnazione e non, invece, al merito della questione proposta, è anche vero che il giudizio di legittimità svolto dalla Cassazione presuppone una valutazione sulla corretta applicazione del diritto operata dai giudici del merito più che la risoluzione della controversia tra le parti. Tanto è vero che, una volta individuato il principio di diritto da applicarsi, la Corte ai sensi dell'art. 383 c.p.c. rinvia la causa al giudice che ha emesso la sentenza cassata affinché risolva la controversia sulla base del principio individuato.

In altre parole, ciò che costituisce il presupposto del giudizio di cassazione non è l'errore del giudice inferiore nella valutazione delle prove, quanto la errata applicazione delle norme e, pertanto, è legittimo ritenere la conformità ai precedenti della Corte Suprema e l'assenza di elementi idonei a giustificare un mutamento di orientamento un sintomo attendibile dell'insussistenza di detto presupposto anche e soprattutto in relazione al legittimo affidamento che discende dall'applicazione dell'art. 3, 1° c., Cost. Lo stesso Denti riteneva che una valutazione preliminare sulla conformità ai precedenti di cassazione come «filtro» di accesso alla giurisdizione di legittimità non avrebbe presentato particolari difficoltà da un punto di vista costituzionale. È, in conseguenza, con minor rigore che dovrebbero essere giudicate la scelta del legislatore del 2009 e quella dei giudici di Cassazione che hanno ritenuto di ribadire che occorre attuare, «in nome del principio di effettività della tutela giurisdizionale, un adeguato bilanciamento tra diritto delle parti al ricorso per

---

<sup>778</sup> Cfr. DENTI, (1986) cit.

<sup>779</sup> Cfr. CARRATTA, (2009) cit.



cassazione per violazione di legge, affermato dall'art. 111 Cost., e concreta possibilità di esercizio della funzione di giudice di legittimità»<sup>780</sup>.

Per il momento, non si può che prendere atto dell'introduzione nell'ordinamento processual- civilistico italiano di un, seppur grezzo, filtro di ammissibilità al giudizio di Cassazione basato sulla conformità ai precedenti. È auspicabile che tale constatazione conduca certa dottrina ad abbandonare inconferenti approcci scettici basati sulla sostanziale inefficacia di detto strumento, piuttosto che su questioni "estetiche", e ad orientarsi verso uno studio di esso più costruttivo che tenga conto dell'evoluzione del valore della giurisprudenza di Cassazione.

Vero è che non si riscontrano analoghi meccanismi di filtro in ambito penale o amministrativo benché la legge attribuisca esplicitamente una funzione nomofilattica anche alle Sezioni Unite penali della Cassazione (v. art. 618 c.p.p.) e all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (v. art. 45, R.D. 26 giugno 1924, n. 1054). Tale distinzione, in effetti, può essere dovuta al limite derivante dalle riserve di legge di cui agli artt. 13, commi 2° e 3°, 23, 25, 28 e 97 Cost., dalle quali emergerebbe la preminenza degli interessi pubblici perseguiti dall'ordinamento penale e da quello amministrativo, rispetto alla disciplina dei rapporti privatistici.

Tale spiegazione parrebbe avallata dalla nota pronuncia della Corte Costituzionale n. 230 del 2012<sup>781</sup> ove è stata affrontata una complicata questione di bilanciamento tra il rispetto dei principî di eguaglianza e retroattività dei trattamenti punitivi più favorevoli e la funzione nomofilattica esercitata dalle Sezioni Unite della Cassazione. Infatti, in tale caso i ricorrenti che avevano sollevato la questione di legittimità sostenevano che l'art. 673 c.p.p. violasse l'art. 7 della CEDU e, con esso, l'art. 117, 1° c., Cost., nella misura in cui tale disposizione nega ogni rilievo ai mutamenti giurisprudenziali che alterino le fattispecie di reato, sia in senso favorevole che sfavorevole all'imputato. Veniva argomentato nell'ordinanza di remissione che, in base alla norma denunciata, così come costantemente interpretata dalla Corte di Cassazione, una persona avrebbe potuto essere privata della libertà (o esposta ad un'ulteriore privazione di essa) in relazione ad un fatto che, reputato in origine

---

<sup>780</sup> Cfr. C. Cass. ord. 6 settembre 2010 n. 19051.

<sup>781</sup> Corte cost. sent. 8 ottobre 2012, n. 230, in *Gazz. uff.* 17 ottobre 2012, n. 41.

penalmente illecito, non era più considerato tale, successivamente alla condanna definitiva, dalla giurisprudenza «che si consolida nel diritto vivente».

La Consulta risolve la questione dichiarando la questione infondata sulla base di una serie di argomenti, il principale dei quali pone in evidenza la distinzione - di fondamentale rilievo per l'ordinamento italiano - tra il principio di legalità penale e quello di riserva di legge (nell'accezione recepita dall'art. 25, 2° c., Cost.). Infatti, tale ultimo principio, secondo quanto reiteratamente puntualizzato dalla stessa Corte Costituzionale, «demanda il potere di normazione in materia penale - in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo e, segnatamente, sulla libertà personale - all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica, ovverosia al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale»<sup>782</sup>, il quale esprime le sue determinazioni all'esito di un procedimento - quello legislativo - che «implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione»<sup>783</sup>.

Il precedente penale non è, quindi, ritenuto idoneo a costituire uno *ius novum superveniens* in virtù del presidio posto dalla Costituzione nella forma della riserva di legge a tutela di un bene fondamentale come la libertà personale degli individui. In conseguenza si comprende come la manifesta infondatezza dei motivi che giustifica l'inammissibilità del ricorso in Cassazione ex art. 606, 3° c., c.p.p. non possa essere fatta derivare in via presuntiva dalla conformità della sentenza impugnata agli orientamenti della Suprema Corte.

Analoghe considerazioni possono essere svolte anche con riferimento al precedente amministrativo del Consiglio di Stato in relazione al principio di legalità che deve informare l'organizzazione e il funzionamento della Pubblica Amministrazione ai sensi degli artt. 97, commi 2° e 3°, e 28 Cost.<sup>784</sup>.

---

<sup>782</sup> Cfr. Corte cost. sent. n. 394 del 2006 e n. 487 del 1989. Analoga impostazione si ritrova peraltro anche in PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, cit., pp. 20 e ss. ove si distinguono la materia civile da quella penale per quel che concerne gli effetti retroattivi di un mutamento giurisprudenziale.

<sup>783</sup> Cfr. 7° considerato in diritto, § 6, sentenza n. 230 del 2012.

<sup>784</sup> OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, Milano: CEDAM, 2011, pp. 165 e ss.

Se si accoglie questa prospettiva, si spiega come il particolare valore processuale del precedente possa connotare l'ordinamento civile più degli altri. Quel che merita di essere sottolineato, comunque, è che le norme processuali su richiamate rappresentano l'esito di una tendenza riformista volta ad una forte valorizzazione della funzione del precedente a fini di efficientamento della giustizia. Come si vedrà, infatti, l'esperienza italiana si colloca sulla scia di altre esperienze analoghe in ambito europeo e non solo, tutte volte a sfruttare la conformità al precedente come barriera di accesso al giudizio di impugnazione per favorire un sistema di amministrazione della giustizia più sostenibile che escluda in via preliminare le istanze non meritevoli.

*ii. La conformità ai precedenti come parametro di giudizio ai fini della condanna alla lite temeraria*

Il secondo caso in cui l'ordinamento ha ricondotto la conformità ai precedenti ad un sintomo attendibile di correttezza dell'ipotesi ermeneutica si riscontra con riferimento all'applicazione dell'art. 96 c.p.c.. Infatti, il Tribunale di Padova è arrivato nel 2015 a condannare una parte per lite temeraria ai sensi dell'art. 96, 3° comma, c.p.c. in quanto, al fine di sostenere artificiosamente la tesi in proprio favore, l'attore aveva offerto una ricostruzione ermeneutica basata su di un precedente della Cassazione ove, in realtà, era affermata una cosa completamente diversa e contrastante<sup>785</sup>.

La condotta processuale della parte che agiva in giudizio è stata ritenuta sorretta da una intenzione gravemente colposa se non addirittura dolosamente preordinata per “ingannare” l'organo giurisdizionale adito al fine di conseguire l'accoglimento delle istanze attoree in violazione del complesso delle leggi e dei principi di diritto propri dell'ordinamento giuridico. Tale convincimento veniva desunto essenzialmente dal fatto che la tesi prospettata in tema di usurarietà del tasso di mutuo concesso sarebbe stata talmente distante dal tenore letterale e dal senso ragionevole della normativa applicabile e della pronuncia giurisprudenziale citata, che chi la proponeva non avrebbe potuto che essere in mala fede e, dunque, intenzionato ad ingannare il giudice adito ovvero avrebbe manifestato una propria ignoranza delle

---

<sup>785</sup> Cfr. Trib. di Padova, II Sez., sent. del 10 marzo 2015.

leggi e dei dogmi giuridici non meritevole di comprensione e conseguentemente di scusante alcuna<sup>786</sup>.

Riducendo in termini generali ed astratti il principio affermato con la pronuncia in parola, la condotta connotata dall'intenzione di una delle parti di pervenire al riconoscimento delle proprie ragioni attraverso l'impiego di argomentazioni manifestamente infondate o la proposizione di interpretazioni di norme e/o principi di diritto divergenti ed incompatibili con quanto risultante dai precedenti della Cassazione integra un'ipotesi di responsabilità gravemente colposa se la causa della condotta deriva da una non-conoscenza del significato e della portata delle norme e delle pronunce giurisprudenziali, mentre integrerà un'ipotesi di responsabilità dolosa quando la causa della condotta deriva dall'intenzione di arrecare un danno ad una delle parti.

La dottrina prevalente si è, peraltro orientata nel senso di ritenere la previsione di cui al 3° comma dell'art. 96 c.p.c.<sup>787</sup> una fattispecie autonoma rispetto agli altri due commi. Ciò può facilmente dedursi dall'esplicito richiamo alla figura dei “*punitive damages*”, che viene ritenuta applicabile «in considerazione del danno arrecato al

---

<sup>786</sup> Così la sentenza in commento: “Che le due voci debbano essere sommate è invece fantasiosa deduzione della parte che non trova alcun riscontro nel testo della decisione e sostenere il contrario, ostinandosi a sostenerlo nonostante la precisa e puntuale presa di posizione della banca che ha fatto proprio tale deduzione nel costituirsi, è sintomo di ignoranza inescusabile del dettato normativo e dell'evoluzione della giurisprudenza in *subiecta* materia che viene citata a sproposito o di dolo processuale nel tentativo di indurre in errore il giudicante sul fatto che una certa sentenza della Suprema Corte abbia detto una cosa che in realtà non ha mai detto. In entrambi i casi l'intera impostazione che la parte ha dato alla presente causa è sintomo di grave negligenza a fronte della totale vaghezza delle deduzioni dimesse, peraltro introdotte con atto fatto sostanzialmente in serie rispetto a tanti procedimenti simili, all'unico scopo di ottenere una CTU che sopperisca al vuoto argomentativo dell'atto di citazione”.

<sup>787</sup> L'art. 96 c.p.c. così recita: «Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni che liquida, anche di ufficio, nella sentenza.

Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziaria, o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore precedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente.

In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata».

sistema giudiziario che, inteso nella sua complessità, è già gravato da milioni di procedimenti pendenti»<sup>788</sup>.

Il precedente richiamato conferma, pertanto, l'esistenza di una finalità pubblicistica nella disposizione di legge in esame e di una volontà del legislatore della riforma del 2009 di punire e scongiurare «l'aggravamento del carico complessivo con procedimenti introdotti per finalità strumentali e dilatorie», in quanto «comportamento abusivo che merita di essere adeguatamente sanzionato con il pagamento di una somma equitativamente individuata». Si è ben consapevoli che si tratta di un mero precedente di un tribunale di merito che potrebbe rimanere un caso isolato, ma la tendenza ad aggravare le conseguenze dell'irragionevole discostamento dagli orientamenti giurisprudenziali sembra scongiurare questa ipotesi.

Come espressamente ricordato dal 2° comma dell'art. 96, incombe, quindi, su tutti i consociati un generale dovere di usare la "normale prudenza" nel presentare istanze all'autorità giudiziaria. Un dovere che non può non vedersi direttamente connesso con il generale dovere costituzionale di informazione richiamato nella sentenza costituzionale n. 364 del 1988, ovverosia quel dovere che impone di rintracciare le norme dell'ordinamento attraverso tutte le fonti attendibili di informazioni giuridicamente rilevanti, tra le quali sono certamente inclusi i precedenti.

In conseguenza, anche le categorie di responsabilità indicate dal 1° comma dell'art. 96 c.p.c. devono essere lette attraverso la lente offerta dalla sentenza della Consulta dal momento che si riferiscono ad una condotta che si estrinseca in un'attività ermeneutica relativa a norme giuridiche. Anche in questo caso si impone l'esigenza di applicare categorie dogmatiche omogenee con riferimento alla responsabilità derivante dal dovere di conoscere le norme giuridiche. La verifica della diligenza nell'adempimento di tale dovere, per dirla con Guastini, non può più prescindere oggi dalla considerazione dei precedenti<sup>789</sup>.

---

<sup>788</sup> Cfr. per quanto riguarda la responsabilità dell'avvocato per ignoranza o fraintendimento della giurisprudenza in Germania Landgericht Braunschweig, sentenza 28 novembre 1984; Oberlandesgericht Koblenz, sentenza 9 giugno 1989.

<sup>789</sup> GUASTINI, *In tema di "conoscenza del diritto"*, in *Foro it.*, 1987, V, c. 376-386.

*iii. La conformità ai precedenti come limite alla dottrina dell'interpretazione conforme*

Il terzo caso in cui il precedente ha assunto nel diritto positivo un significato processuale riguarda la Corte Costituzionale. In effetti, con riferimento a quest'organo il concetto di precedente giurisprudenziale ha finito per costituire uno strumento chiave con una duplice funzione: da un lato, l'elaborazione della c.d. dottrina del diritto vivente ha consentito di limitare l'obbligo di interpretazione conforme in capo ai giudici comuni al fine di preservare la funzione costituzionale di nomofilachia propria della Corte di cassazione, mentre, dall'altro lato, la conformità ai precedenti è stata assunta come criterio per respingere le questioni di costituzionalità non meritevoli di esame in maniera non dissimile dai meccanismi di "filtro" previsti per accedere alla giurisdizione di Cassazione o a quella della Corte di Giustizia Europea.

*a) La dottrina del diritto vivente e l'obbligo di interpretazione conforme*

La dottrina del diritto vivente nasce nella giurisprudenza costituzionale, all'esito di una contrastata e difficile evoluzione nel corso della quale il giudice delle leggi ha avuto occasione di misurarsi con l'esistenza di una *communis opinio* giurisprudenziale. Si è parlato di "guerra tra le due Corti" per indicare il contrasto ideologico tra la definitività dell'interpretazione del diritto offerta dalla Cassazione e il monopolio interpretativo della Carta Costituzionale spettante alla Consulta<sup>790</sup>.

Un primo accenno di scontro risale ad una delle primissime pronunce della Corte costituzionale concernente la legittimità dell'art. 2 della legge di Pubblica Sicurezza nella parte in cui attribuiva al prefetto il potere di adottare in caso di urgenza o di grave necessità pubblica i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine e della sicurezza. La questione venne dichiarata infondata sulla scorta dell'interpretazione offerta dal Giudice delle leggi per escludere l'esistenza del vizio denunciato<sup>791</sup>. Questa esegesi non fu, però, accolta in modo unanime e quando la Corte

---

<sup>790</sup> cfr., tra tutte, Corte cost. sent. n. 120 del 1984, cons. in dir. n. 3; n. 242 del 2008, cons. in dir. n. 4; n. 41 del 2006, cons. in dir. n. 2.1. Vedi inoltre PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*. *Genesis, uso, implicazioni*, Milano: Giuffrè, 1994, pp. 368 e ss.

<sup>791</sup> Corte cost. sent. 2 luglio 1956 n. 8.

ebbe una seconda occasione di sindacare la norma, non esitò a dichiararne l'illegittimità<sup>792</sup>.

Il successivo più significativo e forte contrasto maturò alla metà degli Anni '60, in riferimento alla legittimità dell'interpretazione dell'art. 392 c.p.p. nella misura in cui veniva inteso come preclusivo dell'applicabilità nell'istruttoria sommaria delle garanzie difensive introdotte dalla legge 18 giugno 1955 n. 517. Il Tribunale di Varese sollevò la questione di legittimità costituzionale di detta disposizione in relazione agli artt. 304bis, 304ter e 304quater c.p.p. in quanto, «secondo l'indirizzo della prevalente giurisprudenza confortato da sentenze della Corte di cassazione a Sezioni Unite», la norma doveva essere intesa nel senso sopra precisato ed, in conseguenza, il «punto centrale» dell'indagine della Corte costituzionale era stabilire «se veramente si po[tesse] ritenere esatta la interpretazione restrittiva che è stata data ai tre articoli ripetutamente citati». Nello svolgere tale indagine il Giudice delle leggi esclude di potersi ritenere vincolato dall'interpretazione, sia pure stabilizzata, dell'organo della nomofialchia, affermando:

«[è] evidente che della legittimità costituzionale di una norma non si può giudicare senza prima avere stabilito quali della norma siano il contenuto e la portata. A questo fine non è escluso che la Corte costituzionale possa anche avvalersi di una precedente interpretazione, sempre però che, a seguito di piena adesione, questa sia divenuta anche la interpretazione propria. Stabilire infatti quale sia il contenuto della norma impugnata è inderogabile presupposto del giudizio di legittimità costituzionale; ma esso appartiene al giudizio della Corte non meno della comparazione, che ne consegue, fra la norma interpretata e la norma costituzionale, l'uno e l'altro essendoparti inscindibili del giudizio che è propriamente suo. Che poi frequentemente la parte del giudizio della Corte relativa all'interpretazione della

---

<sup>792</sup> Corte cost. sent. 27 maggio 1961 n. 26. A ben vedere si è trattato di un contrasto dai toni attenuati in quanto la sentenza precisa che, con la pronuncia che l'aveva preceduta, «non nascondendosi che la forma dell'art. 2, nella sua ampia dizione, avrebbe potuto dare adito ad arbitrarie applicazioni se si fossero affermate interpretazioni diverse da quella rilevata dalla Corte stessa, avvertì che, in tal caso, la questione sarebbe stata riesaminata. La corte, infine, auspicò che, nell'intento di porre al'rt. 2 al riparo da ogni interpretazione contraria allo spirito della Costituzione, il legislatore provvedesse ad inserire nel testo della disposizione l'espressa enunciazione dei detti canoni, ai quali i provvedimenti dovessero conformarsi, auspicando altresì che nella nuova formulazione, si enunciasse l'obbligo della motivazione ed anche quello della pubblicazione nel caso in cui il provvedimento non avesse carattere individuale. Nel tempo che è trascorso da quella sentenza il testo legislativo è rimasto inalterato e, come si rileva dalle numerose copie depositate nel presente giudizio, molti prefetti hanno emesso provvedimenti che, a parte il loro contenuto, tendono ad avere carattere di permanenza. É, inoltre sopraggiunta qualche pronuncia giurisprudenziale che non sembra conforme all'indirizzo della giurisprudenza della Magistratura ordinaria e di quella amministrativa su cui si basò la sentenza del 1956 per dare all'art. 2 l'interpretazione sopra richiamata».

norma ordinaria non assuma un particolare rilievo, per la evidenza del contenuto della norma stessa, o per effetto, appunto, di una precedente interpretazione sicuramente consolidata, non è cosa che valga a mutare la posizione logica dei due momenti, né l'appartenenza di entrambi all'unitario giudizio della Corte. D'altra parte, una precedente interpretazione della norma impugnata sarebbe idonea ad assumere l'efficacia in un certo senso impegnativa che l'ordinanza e la difesa sostengono solo allorché, per generale e costante adesione e della dottrina e della pratica, essa si sia sicuramente e lungamente consolidata attraverso il tempo»<sup>793</sup>.

Da tale premessa la Corte nella sentenza n. 11 del 1965 desunse la possibilità di offrire della norma censurata un'interpretazione estensiva, in grado di porla al riparo dai sollevati dubbi di legittimità, pronunciando, in conseguenza, una sentenza interpretativa di rigetto.

L'estratto della sentenza riportato dimostra chiaramente l'esclusione di un monopolio interpretativo della Corte di legittimità. Proprio la natura e la portata della menzionata decisione consentì, tuttavia, ai giudici ordinari di non ritenersi vincolati dall'interpretazione costituzionale offerta, con la conseguenza che la norma continuò a vivere nel significato da questi ritenuto, anziché in quello auspicato dal Giudice delle leggi, a detrimento del diritto di difesa.

Per questa ragione, quando venne sollevata nuovamente la questione di legittimità costituzionale, la Corte, dopo soli quattro mesi dalla precedente pronuncia, avendo preso atto che «l'esperienza immediatamente successiva ha [...] rivelato che la giurisprudenza della magistratura ordinaria» continua a negare l'applicabilità all'istruttoria sommaria «delle garanzie del diritto di difesa introdotte nel Codice con gli artt. 304bis, ter e quater», dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 392 c.p.p. come interpretato dai giudici ordinari. La Consulta ribadiva, peraltro, di «rimane[re] però ferma nel convincimento della inesistenza di una naturale incompatibilità dell'istruzione sommaria con l'esercizio del diritto di difesa»<sup>794</sup>, manifestando la propria contrarietà all'idea di un presunto monopolio interpretativo del giudice ordinario.

Si ebbe, quindi, una tregua del conflitto pur se solo temporanea. La controversa questione generata dalla norma del Codice di rito penale continuò a porsi in

---

<sup>793</sup> Corte cost. sent. 19 febbraio 1965 n. 11.

<sup>794</sup> Cfr. Corte cost. sent. 26 giugno 1965 n. 52.



riferimento all'ulteriore questione concernente l'efficacia retroattiva della dichiarazione di incostituzionalità, negata dalle Sezioni Unite penali della Corte di cassazione<sup>795</sup> ed affermata, invece, dalla Corte costituzionale<sup>796</sup>. Quest'ultima, dopo avere poi contestato che il contrario principio era stato confermato da parte dei giudici comuni, da un lato, ribadì il proprio convincimento in ordine all'esattezza di quello da essa enunciato, mentre, dall'altro, realizzò una sorta di arretramento, precisando che la questione involgeva un problema eminentemente interpretativo, non di legittimità costituzionale, riservato, appunto in quanto tale, ai giudici comuni<sup>797</sup>.

Tuttavia, se la guerra tra le Corti aveva già cominciato ad emergere dalle sentenze menzionate, è soltanto con la n. 276 del 11 dicembre 1974 che la Consulta fa esplicito riferimento al concetto di "diritto vivente" proprio allo scopo di esplicitare con opportuna chiarezza la volontà di adottare un approccio di *self-restraint*. In altri termini, la Corte costituzionale arriva ad autolimitare la propria libertà di interpretazione, ritenendo di essere titolare solo del potere di accertare la legittimità costituzionale di una data norma, nel significato in cui questa vive attraverso le pronunce dei giudici comuni ed, in particolare, dell'organo della nomofilachia.

A partire dalla sentenza del 1974 sono numerose le pronunce alle quali traspare questa autolimitazione in quanto viene posto in luce con chiarezza che oggetto dello

---

<sup>795</sup> C. Cass. sent. 11 dicembre 1965 n. 5, ove si affermò che nel nostro ordinamento, in virtù del principio *tempus regit actum*, l'atto processuale, una volta compiuto, resta fermo nel corso dell'intero giudizio, anche dopo la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma in base alla quale era stato compiuto.

<sup>796</sup> Corte cost. sent. 29 dicembre 1966 n. 127, ove la Corte approfondì gli argomenti svolti dalle Sezioni Unite penali contestandone la correttezza e pervenendo ad enunciare il contrario principio secondo cui «le disposizioni circa il diritto di difesa, non soltanto sono applicabili all'istruttoria sommaria, com'è stato già deciso, ma lo sono altresì agli atti istruttori compiuti con tale rito, prima della pubblicazione della sentenza di questa Corte più volte menzionata (n. 52 del 1965), come effetto della dichiarazione di illegittimità dell'art. 392, primo comma, del Codice di procedura penale, salvi i limiti già precisati».

<sup>797</sup> Corte cost. sent. 2 aprile 1970 n. 49, ove venne affermato in relazione al primo dei profili della questione richiamati nel testo: «[n]è si può dire sussistano al riguardo serie divergenze nella dottrina e nella prevalente giurisprudenza ordinaria ed amministrativa, motivi di dubbio e di dissenso manifestandosi soltanto in ordine ai limiti che, per effetto di altre norme dell'ordinamento, si oppongono, nei singoli casi, alla cosiddetta retroattività delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale. Ma i problemi che possono sorgere in quest'ordine di idee sono, evidentemente, problemi di interpretazione e devono pertanto essere risolti dai giudici comuni, nell'ambito delle rispettive competenze istituzionali: nella più rigorosa osservanza, beninteso, dei principi costituzionali che presidono al sindacato di legittimità costituzionale delle leggi, ai quali – come sopra rilevato – nulla toglie e nulla aggiunge il terzo comma dell'art. 30 della legge n. 87».

scrutinio di costituzionalità è appunto la norma come emerge dalla giurisprudenza<sup>798</sup>. Alcune decisioni si spingono sino ad affermare che il criterio che governa il riparto del potere interpretativo tra le due Corti è direttamente stabilito dalla Costituzione<sup>799</sup>.

Non mancano, tuttavia, decisioni dalle quali, soprattutto nei primi anni '80, sono desumibili chiari segnali nel senso di una rivendicazione del potere di interpretare la norma<sup>800</sup> o, almeno, dell'intento della Corte costituzionale di riservare

---

<sup>798</sup> Corte cost. sent. 11 dicembre 1974 n. 276: «Il sistema di diritto vivente, elaborato dalla giurisprudenza [...] non contrasta con precetti o principi costituzionali»; sent. 1 febbraio 1982 n. 7: «Se però il diritto vivente (e non semplici deviazioni applicative) dovesse formarsi in violazione del principio del giusto procedimento [...] muterebbero i termini normativi delle questioni attualmente sottoposte all'esame di questa Corte»; sent. 19 gennaio 1984 n. 1: «Da un lato, ad esimere la Corte da ogni altro sindacato circa l'attuale vigenza della norma impugnata, vale il rilievo che nel diritto vivente si considera pacifica la vigenza stessa»; sent. 7 giugno 1984 n. 167: «Acceduta alla sostanza della questione, la Corte deve prendere le mosse dagli orientamenti della Corte di Cassazione in materia pur non nascondendosi che alcuni autori e non pochi giudici di merito – pur senza sospingere il dibattito sullo scrutinio di costituzionalità – si sono impegnati. Ma poiché il diritto “vivente” non è sempre conforme ai dettami della Carta Costituzionale, è da scrutinare se il sistema operativo, quale risulta dagli orientamenti del Giudice cui compete la nomofilachia, esibisca carte in regola con gli artt. 3 e 24, e la risposta non può non essere negativa»; sent. 8 marzo 1985 n. 56: «Si può, perciò, ripetere ancora una volta (v., da ultimo, sentenze n. 72 e n. 325 del 1983, n. 104 del 1984) che la presenza di un “diritto vivente”, anche se consolidatosi in un tempo successivo all'ordinanza di rimessione, vale a privare di fondamento questioni di costituzionalità insorte sulla base di interpretazioni ed applicazioni opposte al “diritto vivente” stesso»; sent. 28 giugno 1985 n. 190: «Scrittori e giudici di merito (non escluso il Consiglio di Stato) non hanno esitato ad estendere la direttiva desumibile dall'art. 700 alla giurisdizione esclusiva dei TAR, ma, se il tentativo non ha riscosso l'assenso del giudice della nomofilachia, quel che è precluso dal diritto vivente ben può e deve essere realizzato dalla Corte»; sent. 17 dicembre 1985 n. 350: «La Corte, perciò, non può che prendere atto che il diritto vivente esclude la possibilità di dare soluzione al problema sul piano interpretativo»; sent. 30 dicembre 1985 n. 369: «Ma poiché le ordinanze in esame, adeguandosi al diritto vivente [...] questa Corte è tenuta a pronunciarsi sulla asserita violazione degli invocati principi costituzionali da parte delle norme impugnate»; sent. 6 aprile 1995 n. 110: «ciò che non può richiedersi, attraverso il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, è una sorta di “revisione in grado ulteriore dell'interpretazione offerta dalla Cassazione”(sentenze nn. 271 del 1991, 456 del 1989; ordinanza n. 410 del 1994), “attribuendo a questa Corte un ruolo di giudice dell'impugnazione che non le compete” (ordinanza n. 44 del 1994); mentre quando – come nella specie – il giudice a quo assuma tale interpretazione in termini di “diritto vivente”, allora è “consentito richiedere l'intervento di questa Corte affinché controlli la compatibilità dell'indirizzo consolidato con i principi costituzionali” (sentenza n. 456 del 1989 cit.)»; sent. 1 ottobre 1997 n. 307: «è ben possibile che la norma, come interpretata dalla Corte di legittimità e dai giudici di merito, venga sottoposta a scrutinio di costituzionalità, poiché la norma vive ormai nell'ordinamento in modo così radicato che è difficilmente ipotizzabile una modifica del sistema senza l'intervento del legislatore o di questa Corte».

<sup>799</sup> Corte cost. sent. 5 novembre 1986 n. 231: «Come questa Corte non può sovrapporsi alla Corte di Cassazione, cui compete ai sensi dell'art. 111, comma secondo, Cost. la filachia delle norme sottordinate, nell'applicazione dei criteri dettati nell'art. 14 disp. prelim. c.c., così il “diritto vivente”, quale risulta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, non preclude a questa Corte il vaglio delle norme sottordinate, che ne hanno formato oggetto, alla stregua della Carta Costituzionale».

<sup>800</sup> Corte cost. sent. 26 maggio 1981 n. 71: «Non varrebbe, d'altra parte, nemmeno osservare che la norma impugnata è stata costantemente considerata, nel diritto vivente ad opera della giurisprudenza, come un precetto idoneo a derogare, quando si tratti di debiti pecuniari dello Stato e degli anzidetti altri enti pubblici, il regime posto nel codice civile in tema di interessi moratori. A tacer d'altro, qui soccorre il rilievo che la Corte di cassazione ha con varie decisioni ultimamente negato il fondamento di una

comunque a sé il compito, sia pure eventuale, di controllare se sia o meno corretta quell'interpretazione pure assurta a diritto vivente<sup>801</sup>.

La possibilità di ulteriori contrasti non sembrava, quindi, esclusa con certezza e ciò proprio in considerazione del potere, espressamente rivendicato dal Giudice delle leggi di stabilire se e quando sussista un diritto vivente, anche in riferimento al profilo quantitativo. Appare, infatti, chiaro come, nel procedere a tale ricognizione, sussistano ampi margini per la Corte costituzionale di disattendere un'esegesi che pure sembrerebbe accolta dal giudice della nomofilachia<sup>802</sup>.

Nelle prime pronunce in cui compare il concetto di diritto vivente, infatti, la Consulta non spiega chiaramente se tale espressione potesse essere utilizzata esclusivamente in riferimento all'interpretazione offerta dalla giurisprudenza ovvero se rilevasse, invece, anche quella offerta dalla dottrina. In relazione a questo particolare aspetto, una delle più remote sentenze sembrava esprimere un certo favore verso un ruolo partecipativo della dottrina nella formazione del diritto vivente<sup>803</sup>.

---

simile deroga: nel prospettare la presente questione si sarebbe, quindi, in ogni caso denunciata una norma, ormai spoglia del contenuto o dell'efficacia precettiva, che si vorrebbero far scaturire dall'interpretazione giurisprudenziale»; sent. 1 febbraio 1982 n. 7: «Se però il diritto vivente (e non semplici deviazioni applicative) dovesse formarsi in violazione del principio del giusto procedimento, esercitandosi dall'autorità regionale poteri a discrezionalità non limitata, allora, al di là delle opinabili distinzioni tra carattere autorizzatorio o concessorio dei provvedimenti, muterebbero i termini normativi delle questioni attualmente sottoposte all'esame di questa Corte [...]».

<sup>801</sup> In tal senso potrebbe essere letta la precisazione, altrimenti superflua, contenuta nella sentenza 26 febbraio 1981 n. 33 nella parte in cui indica come il testo della disposizione «conforti pienamente l'interpretazione prevalsa», nonché nella sentenza 15 luglio 1985 n. 202: «Ma, pur non mancando voci favorevoli a tale interpretazione restrittiva, essa, in assenza di un diritto vivente nel senso suggerito dall'Avvocatura dello Stato, non può essere sovrapposta all'interpretazione accolta dall'ordinanza di rimessione, che è, per giunta, la più aderente alla lettera della legge» e, ancora, nella sentenza 3 aprile 1997 n. 77: «poiché una simile statuizione, oltre a costituire un approdo interpretativo pressoché incontrastato in giurisprudenza, risulta anche rispondente alla lettera delle disposizioni sottoposte al vaglio di questa Corte». Analogamente sembrerebbero interpretabili incisi volti ad evidenziare la concordia di interpretazioni offerte dalle due Corti, ord. 2 febbraio 1988 n. 128: «che, pertanto, il “diritto vivente” oggi venutosi a realizzare è nel senso della citata giurisprudenza costituzionale».

<sup>802</sup> Emblematica in tal senso è la sentenza 3 marzo 1997 n. 58 ove viene affermato che l'interpretazione accolta per giudicare non fondata la questione è consentita dall'inesistenza di un diritto vivente, negando che possa essere ritenuto tale quello espresso da «due sentenze della sesta sezione penale della Corte di cassazione che – in linea con quanto sostenuto anche nell'ordinanza introduttiva del presente giudizio -> erano giunte ad una differente conclusione. Sembra, infatti, chiaro che il potere di identificare le condizioni di esistenza di un diritto vivente conservano alla Corte costituzionale il potere di verificare la correttezza dell'esegesi offerta dall'organo titolare del potere della nomofilachia, soprattutto per l'incertezza che caratterizza l'identificazione del presupposto quantitativo del diritto vivente.

<sup>803</sup> Corte cost. sent. 16 luglio 1979 n. 71. V. inoltre sent. 14 luglio 1986 n. 184 e sent. 29 giugno 1995 n. 286.

Questa idea sembra essere stata accolta da alcune pronunce degli anni '80 in cui sono rinvenibili affermazioni sufficientemente chiare in ordine alla possibilità e necessità di considerare anche la dottrina per trovare conferma della validità degli orientamenti giurisprudenziali<sup>804</sup>. Nondimeno, già in questa prima fase dell'uso della espressione "diritto vivente, il riferimento alla dottrina ricorre tendenzialmente a conforto o a conferma dell'interpretazione giurisprudenziale<sup>805</sup>, ovvero per valutarne la stabilità<sup>806</sup>, o per sottolineare l'esistenza di dubbi ed incertezze nella materia<sup>807</sup>, o anche per verificare se, in presenza di divergenti orientamenti dei giudici, sussistano i presupposti per una interpretazione adeguatrice della disposizione<sup>808</sup>. Il Giudice delle leggi sembra, quindi essersi orientato nel senso di escludere che l'interpretazione dottrina possa condurre a negare la natura di diritto vivente di una data giurisprudenza della Cassazione di segno contrario<sup>809</sup>. Tuttavia, i termini di definizione del diritto vivente rimanevano ancora incerti.

Un nuovo contrasto tra le Corti emerge alla fine degli anni '90, ancora una volta con riguardo all'interpretazione di norme del codice di rito penale (del nuovo codice di rito, in questa seconda occasione), in riferimento ad una complessa questione in materia di computo del termine di custodia cautelare, risolta dalla Corte costituzionale con una sentenza interpretativa di rigetto, che aveva diffusamente censurato l'esegesi del giudice *a quo* allo scopo di dimostrare la possibilità di una diversa interpretazione della norma impugnata<sup>810</sup>.

La questione veniva successivamente riproposta alla luce «dell'efficacia che occorre riconoscere alle decisioni interpretative di rigetto secondo la giurisprudenza delle Sezioni Unite penali della Corte di cassazione» e la Consulta, con una prima

---

<sup>804</sup> Corte cost. 12 maggio 1982 n. 92 ove si legge: «Ciò posto,, osserva la Corte che non sussistendo sul problema un'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale (c.d. diritto vivente), occorre procedere direttamente all'interpretazione della complessa normativa». Si v. anche sent. 22 febbraio 1984 n. 40 e, più recentemente, sent. 22 ottobre 2014 n. 239.

<sup>805</sup> Cfr. Corte cost. sent. 23 marzo 1983 n. 72, sent. 8 marzo 1985 n. 56, sent. 12 giugno 2009 n. 178 e sent. 22 ottobre 2014 n. 239.

<sup>806</sup> Cfr. Corte cost. ord. 5 maggio 1983 n. 135, sent. 22 febbraio 1984 n. 40, sent. 8 marzo 1985 n. 57, sent. 28 marzo 1985 n. 86, sent. 2 novembre 1996 n. 369 e sent. 21 novembre 1997 n. 350.

<sup>807</sup> Cfr. Corte cost. sent. 23 luglio 1987 n. 278.

<sup>808</sup> Cfr. Corte cost. ord. 6 luglio 2001 n. 237, ord. 16 novembre 2001 n. 365.

<sup>809</sup> Si trova conferma di questa impostazione in Corte cost. sent. 30 aprile 1984 n. 120, sent. 28 giugno 1985 n. 190, sent. 22 luglio 1985 n. 213.

<sup>810</sup> Corte cost. sent. 18 luglio 1998 n. 292.

ordinanza, affermò che «non essendo stati adottati argomenti di concludenza tali da indurre questa Corte a mutare le affermazioni poste a fondamento della citata sentenza n. 292 del 1998, la questione ora proposta deve essere dichiarata manifestamente infondata»<sup>811</sup>, ribadendo poi questa conclusione in una seconda<sup>812</sup> e poi anche in una terza ordinanza<sup>813</sup>.

Il contrasto si radicalizzò allorché la questione fu nuovamente sollevata e questa volta dalle Sezioni Unite penali. Non è necessario approfondire termini e contenuto della complessa questione affrontata, ma è sufficiente ricordare che la Corte costituzionale in tale occasione procedeva ad affrontare espressamente la questione dell'ambito del potere interpretativo spettante ad essa ed alla Corte di cassazione. Nella parte conclusiva dell'ordinanza che dichiarava la manifesta inammissibilità della questione, anche con toni abbastanza forti, veniva infatti sottolineato che: «tanto meno può essere ritenuto ammissibile un simile approccio alla giustizia costituzionale se si considera che l'ordinanza delle Sezioni Unite, oltre ad apparire perplessa (in una motivazione tutta protesa, nella sostanza, a dimostrare l'infondatezza della questione, il denunciato contrasto si riduce ad un laconico “forse”), si chiude con l'esplicito invito al “rispetto delle reciproche attribuzioni”, come se questa Corte fosse consentito affermare i principi costituzionali soltanto attraverso sentenze caducatorie e le fosse negato, in altri tipi di pronunce, interpretare le leggi alla luce della Costituzione»<sup>814</sup>.

---

<sup>811</sup> Corte cost. ord. 19 novembre 1999 n. 429.

<sup>812</sup> Corte cost. ord. 19 giugno 2000 n. 214.

<sup>813</sup> Corte cost. ord. 22 novembre 2000 n. 529 ove iniziava ad emergere un contrasto interpretativo con la Corte di cassazione: «che a un simile errore non può certo avere indotto la sentenza n. 292 del 1998 di questa Corte, giacché, contrariamente a quanto ritenuto dalla stessa Corte di cassazione a sezioni unite (19 gennaio 2000 n. 4), in quella sentenza, come risultava chiaramente dalla stessa esposizione dei fatti, si trattava di imputato che aveva visto regredire il suo procedimento e aveva subito custodia cautelare in fasi non omogenee, e proprio in ragione di ciò la relativa questione era stata ritenuta rilevante e decisa nel merito mediante una soluzione interpretativa coerente con i principi di proporzionalità della pena e di inviolabilità della libertà personale».

<sup>814</sup> Corte cost. ord. 15 luglio 2003 n. 243, sostanzialmente ribadita in un primo momento dall'ordinanza 7 novembre 2003 n. 335 ove si dichiarò manifestamente inammissibile la stessa questione sollevata dalla Corte di cassazione e da un tribunale, osservando «che l'ordinanza della Corte di cassazione e la prima di quelle emesse dal Tribunale di Milano, nel motivare la non manifesta infondatezza della questione, si limitano a fare rinvio alle argomentazioni svolte dalle Sezioni Unite nella ordinanza n. 28 del 2002, che dichiarano di condividere e di fare proprie; che, secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, la motivazione dell'ordinanza di rimessione deve essere, invece, autosufficiente, non potendosi il giudice a quo limitarsi a richiamare per relationem il contenuto di altri atti o provvedimenti, anche se, in ipotesi, acquisiti agli atti del procedimento principale (ordinanze n. 60 del 2003 e n. 8 del

Le due Corti sono addivenute a una qualche sorta di armistizio solo a distanza di anni, con la sentenza 22 luglio 2005 n. 299 ove la Consulta, da un lato, ha rivendicato e riaffermato il proprio potere di astenersi dal dichiarare l'illegittimità costituzionale di una disposizione quando sia possibile ricavare dalla stessa una norma conforme a Costituzione<sup>815</sup>, mentre, dall'altro lato, ha affermato che «l'indirizzo delle Sezioni Unite debba ritenersi ormai consolidato, sì da costituire diritto vivente, rispetto al quale non sono più proponibili decisioni interpretative», precisando, inoltre, che «sulla base di tali principi, ai quali questa Corte si è costantemente richiamata per interpretare la disciplina censurata in modo conforme a Costituzione, e preso atto che si è formato un diritto vivente incompatibile con l'interpretazione sinora sostenuta, la Corte stessa non può che dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 303, comma 2, cod. proc. pen. per contrasto con gli artt. 3 e 13 Cost. ».

Qualche residuo dell'antico contrasto è emerso anche in anni più recenti in ordine all'interpretazione delle norme della legge fallimentare concernenti la fissazione del limite temporale dell'anno entro cui può essere dichiarato il fallimento dell'imprenditore cessato o defunto. La questione aveva avuto origine dalla possibilità, accolta dalla Consulta ma non dai giudici comuni, di applicare detto termine all'ex socio di una società di persone illimitatamente responsabile e dall'individuazione del *dies a quo* in riferimento all'imprenditore individuale che, secondo il Giudice delle leggi, doveva coincidere con il momento di cessazione dell'attività. La Corte, dopo avere riscontrato che l'interpretazione costituzionalmente orientata non aveva avuto

---

2002); che anche a prescindere dal suddetto rilievo, la questione sollevata con le ordinanze richiamate è stata dichiarata manifestamente inammissibile da questa Corte con ordinanza n. 243 del 2003, proprio in ragione delle argomentazioni in essa contenute, che i giudici a quibus dichiarano di fare proprie». In un secondo momento l'ordinanza è stata anche confermata anche dall'ordinanza 30 gennaio 2004 n. 59 la quale è caratterizzata da una motivazione sostanzialmente coincidente con quella svolta nell'ordinanza 335 del 2003.

<sup>815</sup> La sentenza è chiara nella parte in cui afferma: «Tale garanzia non risulterebbe assicurata neppure dal criterio – del cosiddetto credito di libertà – secondo cui sarebbe possibile recuperare e accreditare nella successiva fase di competenza il periodo di custodia cautelare trascorso nella fase intermedia. Il recupero è, infatti, una evenienza non solo futura e incerta (posto che l'imputato potrebbe essere prosciolto o medio tempore scarcerato o comunque il procedimento potrebbe non pervenire, per le più varie cause, a fasi o gradi ulteriori), ma non può verificarsi proprio nel caso più ricorrente di regressione del procedimento, e cioè in caso di annullamento di una sentenza di appello confermativa di una condanna di primo grado: situazione per la quale non valgono più termini custodiali “di fase”, ma esclusivamente quelli complessivi di cui all'art. 303, comma 4, c.p.p., giusto il disposto del comma 1, lettera d), ultimo periodo, del medesimo articolo».

seguito, dichiarò l'incostituzionalità delle norme che avevano dato luogo al contrasto interpretativo<sup>816</sup>.

Peraltro, va segnalato come anche nell'arco temporale compreso tra la fine degli anni '90 e i primi anni 2000 numerose decisioni abbiano confermato l'atteggiamento di *self restraint* della Corte costituzionale<sup>817</sup>, sia pure con una certa flessibilità desumibile soprattutto dalle pronunce che più chiaramente hanno rivendicato il controllo in ordine ai presupposti per ritenere esistente un diritto vivente.

In estrema sintesi, si può concludere che l'aspro confronto riscontrato tra le due Corti ha condotto ad una precisa declinazione dell'obbligo in capo al giudice comune di tentare un'interpretazione costituzionalmente conforme delle norme sospette di illegittimità in relazione alla sussistenza o meno di un diritto vivente. «[I]n presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato», hanno ribadito i giudici costituzionali nella sent. n. 242/2014, «il giudice a quo – se è pur libero di non uniformarsi e di proporre una sua diversa esegesi, essendo la “vivenza” della norma una vicenda per definizione aperta, ancor più quando si tratti di adeguarne il significato a precetti

---

<sup>816</sup> Corte cost. sent. 21 luglio 2000 n. 319: «Nella sentenza n. 66 del 1999 questa Corte ha osservato che, così come l'assoggettabilità a fallimento dell'imprenditore cessato o defunto postula, in applicazione del generale principio di certezza delle situazioni giuridiche, la fissazione di un limite temporale entro cui debba seguire la dichiarazione di fallimento – limite fissato negli artt. 10 e 11 della legge fallimentare in un anno dalla cessazione dell'impresa (o dalla morte dell'imprenditore) -, analogamente ed a maggior ragione deve essere circoscritta entro un prestabilito limite temporale l'ammissibilità del fallimento dell'ex socio, la cui sottoposizione alla procedura fallimentare prescinde del tutto dalla sussistenza dei presupposti di cui agli artt. 1 e 5 della legge fallimentare, che vanno accertati solo nei confronti della società. In coerenza all'affermazione, costante nella giurisprudenza di questa Corte, secondo cui le leggi “in linea di principio non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne) ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali” (così, ex plurimis, sentenze n. 200 del 1999 e n. 65 del 1999) si è individuato in via interpretativa, il limite temporale all'ammissibilità del fallimento dell'ex socio all'interno della stessa legge fallimentare, e precisamente nella norma dettata dagli artt. 10 e 11, attribuendo quindi ad essa, in considerazione della sua *ratio* una portata generale e non limitata al solo imprenditore individuale. La giurisprudenza dei giudici ordinari, successiva alla citata sentenza di questa Corte, ha tuttavia mostrato un'evidente contrarietà ad abbandonare l'interpretazione restrittiva da lungo tempo consolidata in sede di legittimità. Gli stessi rimettenti – come si è detto – muovono dal presupposto che l'art. 10 della legge fallimentare non sia suscettibile di diretta applicazione al di fuori della fattispecie espressamente esaminata nella sentenza n. 66, con ciò stesso implicitamente negando il carattere generale della norma, affermato invece nella predetta sentenza. Da qui l'opportunità – onde evitare il perpetuarsi di una grave incertezza interpretativa – che l'esame delle sollevate questioni di legittimità costituzionale, per molti versi connesse a quelle affrontate nella richiamata sentenza n. 66 del 1999, venga questa volta condotto sulla base della diversa interpretazione della denunciata normativa, consolidata nella giurisprudenza di legittimità ed assunta dai rimettenti quale diritto vivente». La sentenza dichiarò, quindi, l'illegittimità costituzionale degli artt. 10 e 147 l. fall. Nei termini nella stessa precisati.

<sup>817</sup> Tra le varie pronunce meritano di essere ricordate le sentenze 24 luglio 1998 n. 322, 21 luglio 2000 n. 319, 6 luglio 2004 n. 206.

costituzionali – ha alternativamente la facoltà di assumere l’interpretazione censurata in termini di “diritto vivente” e di richiederne su tale presupposto il controllo di compatibilità con parametri costituzionali [...]»<sup>818</sup>.

Tuttavia, giova ribadirlo, tali opzioni si configurano per il giudice comune solo allorquando sussista un diritto vivente riconoscibile dal momento che, come è stato ricordato nella recente sentenza n. 11/2015 in materia di assegno divorzile, qualora la giurisprudenza sia contraddittoria o del tutto assente, l’obbligo di tentare un’interpretazione conforme resta «ineludibile»<sup>819</sup>. È necessario, quindi, che il rimettente svolga una espressa motivazione sul punto<sup>820</sup> che deve essere almeno non implausibile e dare conto della certezza in ordine alla sicura esistenza di un diritto vivente, restando comunque escluso che sia possibile omettere di argomentare circa le ragioni dell’eventuale dissenso dalla giurisprudenza consolidata. Peraltro, la stessa Corte di cassazione, alla quale pure spetta il compito di fornire quella stabilizzazione dell’interpretazione in grado di consolidare un diritto vivente, qualora faccia trasparire il dubbio in ordine alla persuasività della stessa, ha l’onere, proprio in quanto organo titolare del potere di nomofilachia, di verificare se gli ordinari criteri ermeneutici permettano di operare un *revirement* che sia idoneo a dare alla disposizione un significato costituzionalmente orientato<sup>821</sup>. La prevalente dottrina non ha potuto, pertanto, non riconoscere che «la verbalizzazione del formante giurisprudenziale nella dottrina del diritto vivente» è derivata in Italia proprio dalla «riflessione condotta dalla Corte costituzionale che con la propria giurisprudenza ha riconosciuto espressamente il suo valore»<sup>822</sup>.

---

<sup>818</sup> Corte cost. sent. 22 ottobre 2014, n. 242, 2° considerato in diritto; cfr. sullo stesso passaggio anche Corte cost. sent. nn. 91/2004, 299/2005, 266/2006, 64/2008, 317/2009, 258 e 117/2012, 191/2013, 11/2015, 14/2015 ed inoltre cfr. anche Corte cost. ord. n. 201/2015. Sul punto si veda inoltre SORRENTI, *La “Costituzione sottintesa”*, Seminario annuale svoltosi a Roma – Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, cortecostituzionale.it, p. 10 e ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo ... anzi d’antico*, cit..

<sup>819</sup> Corte cost. sent. 9 febbraio 2015, n. 11, 3° considerato in diritto.

<sup>820</sup> Corte cost. ord. 15 aprile 2011 n. 139.

<sup>821</sup> Corte cost. ord. 27 luglio 2001 n. 322.

<sup>822</sup> V. CAVINO, *Diritto vivente* [aggiornamento], voce in Digesto. pubbl., 2010. Cfr. inoltre ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente» - Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in *Sociologia dir.*, 2008, p. 47; ANZON, *Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell’interpretazione conforme a costituzione e dottrina del diritto vivente (nota a Corte cost., 23 aprile 1998, n. 138)*, in *Giur. Cost.*, 1998, p. 1082; ID., *La corte costituzionale e il «diritto vivente»*, ivi, 1984, I, p. 300; ASCARELLI, *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, p. 352; ID., *Giurisprudenza costituzionale e teoria della interpretazione*, ivi, 1958, p. 14; AA. VV.,



Da quanto osservato si comprende come il potere ermeneutico dei giudici comuni sul testo legislativo di per sé non escluda che la Corte Costituzionale possa esercitare un analogo potere nel giudizio incidentale. A differenza di quanto avviene nel giudizio in via principale, però, l'autonomia interpretativa del Giudice delle leggi si dimostra non assoluta, bensì correlata all'interpretazione adottata dal giudice *a quo* ed alle altre interpretazioni presenti nella giurisprudenza comune. Questa soluzione, come ribadito dalla stessa Consulta<sup>823</sup>, risponde «ad un'esigenza di rispetto del ruolo spettante ai giudici comuni – e segnatamente all'organo giudiziario depositario della funzione di nomofilachia – nell'attività interpretativa. La regolazione dell'esercizio del potere interpretativo della Corte rispetto a quello dei giudici comuni è, infatti, affidata alla dialettica tra la giurisprudenza costituzionale e quella ordinaria, e, in definitiva, a un patto istituzionale (inespresso) tra il Giudice delle leggi e la Magistratura<sup>824</sup>.

---

*Tradizioni e diritto vivente*, Padova, 2003; BROGGINI, *Comprensione e formazione del diritto: storia e diritto vivente*, in *Jus*, 1997, p. 139; CAMPANELLI, *Incontri e scontri tra Corte Suprema e Corte Costituzionale in Italia e Spagna*, Torino, 2005; CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, p. 41; COMBA, *La Corte costituzionale tra diritto vivente e diritto in embrione*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, p. 396; ESPOSITO, *Diritto costituzionale vivente*, a cura di NOCILLA, Milano, 1992; ID., *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 1962, I, p. 605; EVANGELISTA-CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 82; GAMBINI, *Un'ipotesi di conflitto fra Corte e giudice sull'esistenza del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 2000, I, p. 195; MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Napoli, 2008; GRANATA, *Corte di cassazione e Corte costituzionale nella dialettica tra controllo ermeneutico e controllo di legittimità – Linee evolutive della giurisprudenza costituzionale (nota a Corte cost. 21 novembre 1997 n. 354)*, in *Foro it.*, 1998, I, c. 14; LIEBMANN, *Legge e interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 568; MANGIAMELI, *Sentenze interpretative, interpretazione giudiziale e «diritto vivente» (in margine ad una decisione sul procedimento di determinazione dell'indennizzo espropriativo nel sistema alto-atesino)*, in *Giur. cost.*, 1989, II, p. 22; MENGONI, *Diritto vivente*, voce in *Digesto civ.*, Torino, 1990; MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in AA. VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, p. 149; MICHELETTI, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in *Criminalia*, 2012, p. 619; MESSNER, «Diritto vivente» - *Performativo, non discorsivo*, in *Politica del diritto*, 2011, p. 413; MORELLI, *Il «diritto vivente» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1995, II, p. 169; PERINI, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione fra Corte costituzionale ed autorità giudiziaria*, in *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, a cura di MALFATTI-ROMBOLI-ROSSI, Torino, 2002, p. 64; PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, Milano, 1994; ID., *Il riferimento al diritto vivente*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 366; ID., *La problematica del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale del 1994: uso e matrici (nota a Corte cost. 28.11.1994 n. 410)*, ivi, 1995, I, c. 474; ID., *Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive*, in *Giur. cost.*, 1992, I, p. 3672; ID., *Corte costituzionale e diritto vivente superveniens*, ivi, 1991, I, p. 641; ID., *Riflessioni interlocutorie sul diritto vivente*, in *Annali Università di Ferrara*, V, III, 1989, p. 100; RESTA, *Diritto vivente*, Bari, 2008; ROLLI R., *Overruling del diritto vivente vs. jus superveniens*, in *Contratto e impr.*, 2013, p. 577; SANTORO PASSARELLI, *A proposito del «diritto vivente»*, in *Iustitia*, 1993, p. 54; ZAGREBELSKY G., *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1986, I, p. 1148;

<sup>823</sup> Corte cost. sentenza 12 ottobre 2012 n. 230.

<sup>824</sup> ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo...anzi d'antico*, cit.

In base a tale patto, la Corte Costituzionale rinuncia a (re-) interpretare la disposizione legislativa (potendo solo, se necessario, annullarla) quando, riguardo ad essa, esista una interpretazione consolidata nella giurisprudenza della Suprema Corte. In tal caso, «(...) *la norma vive ormai nell'ordinamento in modo così radicato che è difficilmente ipotizzabile una modifica del sistema senza l'intervento del legislatore [o] di questa Corte*»<sup>825</sup>.

Circa la nozione di "diritto vivente", peraltro, la Consulta ha avuto modo di precisare che alcune pronunce adottate in sede di merito non sono idonee ad integrarlo in quanto non connotate dall'ordinamento come affidabili riferimenti per assicurare l'unità del diritto nazionale (cfr. sent. 78/2012); diversamente, una interpretazione costituisce regola di diritto vivente quando è enunciata dalle Sezioni Unite nell'esercizio della propria funzione nomofilattica e viene, in seguito, costantemente ribadita (cfr. sent. n. 117/2012; sent. nn. 107 e 291/2013)<sup>826</sup>. Si tratta, quindi, di una particolare tipologia di precedenti caratterizzata da due forme di legittimazione funzionale, ovverosia: a) l'estrinsecarsi di una particolare funzione interpretativa costituzionalmente attribuita ad uno specifico organo giurisdizionale, e b) la coerente ripetizione nel tempo.

Non sono, comunque, mancati casi nei quali l'orientamento della giurisprudenza di merito è stato valorizzato, sia pure allo scopo di attribuire valore di diritto vivente ad un'isolata pronuncia della Cassazione<sup>827</sup>, oppure per confortare l'indirizzo della giurisprudenza di legittimità al quale è stato riconosciuto tale carattere<sup>828</sup>. In una pronuncia la Corte, benché con qualche incertezza, è apparsa incline a condizionare la qualificazione di una data interpretazione come diritto vivente alla verifica dell'esistenza di una conformità tra giurisprudenza di merito e

---

<sup>825</sup> Così la sentenza n. 350 del 1997; cfr. anche Corte cost. 364/88, punti 21 e 22, ove la Corte già constatava l'impossibilità per il giudice comune di accedere ad una interpretazione della legge conforme a Costituzione in presenza di un "diritto vivente" contrastante.

<sup>826</sup> Cfr. sul punto ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Torino: Giappichelli, 2014, pp. 86 e ss.

<sup>827</sup> V. Corte cost. sent. 15 febbraio 1984 n. 25 ove si legge «Nonostante la netta prevalenza del rigoroso indirizzo interpretativo sopra ricordato, non si può tuttavia parlare di diritto vivente, benché proprio di "norma vivente" parli il Tribunale di Torino. A parte, infatti, una, peraltro esigua, giurisprudenza pretorile che ha ammesso la prova testimoniale – tra cui la pronuncia sub iudice dinanzi al Tribunale di Torino e di cui all'ordinanza in epigrafe (r.o. 827/1980) –, vi osta una recente sentenza della stessa Corte di cassazione (sez. lavoro 7 marzo 1980 n. 1537)».

<sup>828</sup> V. Corte cost. sent. 11 aprile 1984 n. 104, sent. 21 luglio 2000 n. 319, ord. 19 novembre 2002 n. 463.

giurisprudenza di Cassazione<sup>829</sup>. Si riscontrano, inoltre, pronunce caratterizzate da un più ampio ed indistinto riferimento alla «predominante giurisprudenza ordinaria»<sup>830</sup> che contribuiscono ad ingenerare qualche dubbio circa la rilevanza degli orientamenti dei giudici di merito.

Ad ogni buon conto, l'interpretazione che risulti ampiamente condivisa dalla generalità dei giudici e fatta propria dalla Cassazione tende ad essere assunta come significato "obiettivo" della legge<sup>831</sup>, diventando impermeabile al potere interpretativo della Corte costituzionale. In questo senso si comprende come la dottrina del diritto vivente abbia elevato la dignità del precedente giurisprudenziale a limite del potere ermeneutico nel sindacato di legittimità costituzionale.

*b) La conformità al precedente come "filtro" del giudizio di costituzionalità*

La seconda funzione che la Corte Costituzionale ha attribuito al precedente giurisprudenziale si fonda sulla ben nota esigenza di sgravare il lavoro dei Giudici delle questioni ripetitive ovvero dei quesiti che sono stati in via di principio già risolti in precedenti pronunce. Infatti, l'art. 26, 2° c., della L. 11 marzo 1953 n. 87 e l'art. 9 delle successive norme integrative approvate il 16 marzo 1956 hanno previsto un procedimento per convocazione in camera di consiglio idoneo a definire rapidamente il giudizio di costituzionalità qualora il Presidente «ravvisi che possa ricorrere il caso di manifesta infondatezza». La Corte ha successivamente esteso, in via interpretativa, tale procedimento privo dell'udienza pubblica anche al caso di "manifesta inammissibilità" ritenendo che la mancanza dei presupposti dell'incidente

---

<sup>829</sup> Cfr. Corte cost. sent. 4 maggio 1984 n. 133 ove si legge: «Una siffatta pronuncia richiederebbe, peraltro, secondo l'orientamento di questa Corte che l'interpretazione asseritamente conforme a Costituzione fosse universalmente accolta o almeno prevalente nella giurisprudenza dei giudici chiamati ad applicarla e, soprattutto, della Corte di cassazione (diritto vivente)».

<sup>830</sup> Cfr., *ex multis*, Corte cost. sent. 15 dicembre 1986 n. 268, ord. 31 maggio 1988 n. 594, ord. 19 luglio 1996 n. 266.

<sup>831</sup> Va detto però che nelle più remote pronunce in cui si fa uso del concetto di diritto vivente vi sono alcuni segnali favorevoli verso una maggiore valorizzazione della giurisprudenza di merito. Si veda sul punto Corte cost. sent. 17 dicembre 1985 n. 350, sent. 27 febbraio 1996 n. 55, sent. 26 febbraio 1981 n. 33. Cfr. inoltre GUASTINI, *In tema di conoscenza del "diritto"*, cit. Con riferimento, invece, al successivo orientamento che esclude la natura di diritto vivente della giurisprudenza di merito v. Corte cost. sent. 30 gennaio 2002 n. 1, sent. 5 aprile 2012 n. 78, sent. 17 giugno 2010 n. 217 e ord. 12 marzo 2010 n. 98.

di costituzionalità non dovesse impegnare il collegio più di quanto non richieda un caso manifestamente infondato<sup>832</sup>.

È interessante notare come la Corte abbia considerato la sussistenza di un precedente valido ed idoneo a risolvere la questione di costituzionalità quale criterio sufficiente ad integrare un'ipotesi "tipica" di manifesta infondatezza. Un chiaro esempio di questa impostazione è rintracciabile nella recente ordinanza n. 232 del 2015 ove la Corte ha rigettato la questione ritenendola manifestamente infondata in quanto «il rimettente non ha prospettato, nel merito, profili od argomentazioni diversi rispetto a quelli già esaminati da[lla] Corte con [altra] sentenza o comunque idonei ad indurre ad una differente pronuncia sulla sollevata questione di legittimità costituzionale». L'oggetto del sindacato riguardava gli artt. 160 e 182ter del regio decreto 16 marzo 1942 n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa) nella parte in cui, secondo il diritto vivente, stabiliscono che la proposta di concordato, con riguardo all'imposta sul valore aggiunto, possa prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento e non anche la riduzione, come previsto rispetto alla generalità della massa debitoria. In conseguenza veniva addotta una presunta violazione degli artt. 3 e 97 Cost. in quanto, da un lato, si derogava alla *par condicio creditorum* in sede di domanda di concordato a prescindere dal grado di privilegio, e, dall'altro lato, si impediva che le pretese dell'erario potessero essere soddisfatte seppur parzialmente invece che del tutto disattese in conseguenza di una procedura di fallimento.

La Corte dimostra sostanzialmente di accogliere le osservazioni svolte dall'Avvocatura di Stato per la Presidenza del Consiglio dei Ministri laddove riconosce che «la questione di legittimità costituzionale è stata sollevata con riguardo alle medesime disposizioni - nel testo risultante dalle stesse modifiche legislative e dalla stessa interpretazione giurisprudenziale, ritenuta costituire "diritto vivente" - in riferimento ai medesimi parametri costituzionali e sulla base dei medesimi argomenti, valutati da questa Corte con la sentenza n. 225 del 2014, che ha dichiarato non fondata la questione». Pertanto, non avendo il rimettente offerto alcun elemento per indurre la

---

<sup>832</sup> Cfr. in riferimento al tema della manifesta inammissibilità anche le recentissime ordinanze n. 4 e n. 16 del 2016, ove in applicazione dell'art. 26, 2° c., L. n. 87/53 e dell'art. 9 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte Costituzionale, sono stati ritenuti manifestamente inammissibili due casi diversi in cui le medesime questioni erano state già risolte con precedenti dichiarazioni di illegittimità.

Corte a mutare il proprio orientamento, i giudici costituzionali concludono che «la sollevata questione deve essere dichiarata manifestamente infondata», senza ulteriori motivazioni. Pare indubbio il richiamo implicito delle ben più ampie motivazioni svolte nella sentenza n. 225 del 2014 ove il particolare regime riservato ai debiti IVA veniva giustificato sostanzialmente sulla base della natura comunitaria di tale imposta. Tale richiamo viene ritenuto, quindi, sufficiente ad integrare la succinta motivazione imposta dall'art. 18, 4° c., L. n. 87 del 1953 per le ordinanze di manifesta infondatezza. Va sottolineato, peraltro, che la Corte Costituzionale è ricorsa all'applicazione di questo meccanismo incentrato sul precedente in altre occasioni ed, in particolare, vengono esplicitamente richiamate «ex plurimis» le ordinanze n. 280, n. 240, n. 180 e n. 113 del 2014, ove i richiami *per relationem* ad altre più estese argomentazioni contenute in precedenti risultano meno sintetici rispetto all'ordinanza in parola.

Non sfugge come un siffatto meccanismo ponga un problema rispetto alla validità delle motivazioni *per relationem* delle sentenze. Al di là delle peculiarità del giudizio sulle leggi, la questione resta ancora oggi oggetto di discussione. La dottrina processualistica e la giurisprudenza di Cassazione tendono ad ammettere, in via di principio, la motivazione *per relationem* in ambito endo-procedimentale ovvero al fine di giustificare il richiamo ad argomenti contenuti in altri atti dello stesso processo o finanche in atti dei gradi inferiori del giudizio nel contesto di impugnazioni<sup>833</sup>. Tuttavia la legittimità della motivazione implicita è generalmente soggetta alla condizione che il provvedimento che contiene le argomentazioni richiamate sia conosciuto o conoscibile dal soggetto destinatario del giudizio implicitamente motivato<sup>834</sup>. Inoltre, il giudice non deve limitarsi a un mero rinvio, bensì è tenuto a richiamare gli argomenti adottati in modo da far emergere che essi siano stati criticamente valutati e recepiti al fine di scongiurare qualsiasi automatismo astratto.

É evidentemente la funzione legittimante della motivazione che si intende preservare nei confronti dei soggetti che sono destinatari dei provvedimenti sottoposti all'obbligo generalizzato di cui al comma 6° dell'art. 111 Cost.. Tale funzione

---

<sup>833</sup>Si veda sul punto C. Cass. SS.UU. civili, sentenza 16 gennaio 2015, n. 642; cfr. anche NAPPI, *Il controllo della Corte di Cassazione sul ragionamento probatorio del giudice del merito*, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura (2013) reperibile su [http://www.csm.it/quaderni/quad\\_98/qu\\_98\\_13.pdf](http://www.csm.it/quaderni/quad_98/qu_98_13.pdf). Vedi inoltre, ANTICO, *La motivazione per relationem. Il vaglio della Cassazione*, in "il fisco" n. 7/2008, fascicolo n. 1, p. 1196.

<sup>834</sup>C. Cass. pen., sez. I, 23 febbraio 1994; C. Cass. pen., sez. I, 7 febbraio 1995.

legittimante si estrinseca, infatti, sotto due profili, ovverosia: a) sotto il profilo della garanzia effettiva del diritto di difesa<sup>835</sup>, e b) in relazione alla funzione di controllo democratico da parte della pubblica opinione sulle sentenze pronunciate "in nome del popolo". In questo senso si comprende come la dottrina prevalente tenda a considerare invalida la motivazione di una sentenza che richiami quella di un provvedimento adottato da giudici diversi, che nulla hanno a che fare con la controversia del soggetto interessato<sup>836</sup> in quanto si finirebbe per presumere una identità delle valutazioni di merito.

Un diverso discorso deve essere fatto con riferimento al giudizio di Cassazione e a quello costituzionale. Si tratta in questo caso di giurisdizioni dedicate non tanto alla risoluzione delle controversie, quanto alla verifica della corretta applicazione delle norme giuridiche. A ben vedere le peculiari funzioni che l'ordinamento costituzionale attribuisce alla Suprema Corte e alla Consulta connettono i rispettivi giudizi e ne rendono le pronunce - sebbene attraverso modalità del tutto diverse - atti "integrativi" dell'ordinamento giuridico. Pertanto, se si è arrivati a non ammettere la scusabilità dell'ignoranza di questi atti nella condotta processuale<sup>837</sup> - al di là delle ipotesi di ignoranza inevitabile -, è legittimo concludere che si tratti in entrambi i casi di atti imprescindibili, oltre che per le parti destinatarie, anche per l'intera comunità dei consociati. Con particolare riferimento alla Corte Costituzionale, a fianco del valore *erga omnes* riconosciuto alle sentenze di incostituzionalità, va dato opportuno rilievo alla portata delle sentenze interpretative di rigetto in relazione alla peculiare combinazione summenzionata tra obbligo di interpretazione conforme e limiti derivanti dal diritto vivente. In questo modo si comprende come il precedente costituzionale possa essere legittimamente richiamato al fine di motivare *per relationem* una pronuncia<sup>838</sup>.

---

<sup>835</sup> EVANGELISTA, *Motivazione della sentenza civile*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano 1977, p. 146 e s.

<sup>836</sup> AMODIO E., *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano 1977, p. 231.

<sup>837</sup> Cfr. Trib. di Padova, II Sez., sent. del 10 marzo 2015.

<sup>838</sup> D'altra parte si legge in ECHR, *Hiro Balani e Ruiz Torija v. Spain*, n. 4 at § 27: 'The Court reiterates that Article 6 para. 1 obliges the Court to give reasons for their judgments... The extent to which this duty to give reasons applies may vary according to the nature of the decision. It is moreover necessary to take into account, inter alia, the diversity of the submissions that a litigant may bring before the courts and the differences existing in the Contracting States with regard to statutory provisions, customary rules, legal opinion and the presentation and drafting of judgments. That is why the question whether a court has failed to fulfil the obligation to state reasons, deriving from article 6 of the

In sintesi, si può ritenere che la sussistenza di un precedente in cui la Corte abbia già svolto ampie argomentazioni per risolvere la stessa questione di legittimità costituzionale giustifica *ex se* il ricorso alla procedura di cui all'art. 26, 2° c., L. n. 87 del 1953 risparmiando ai giudici l'onere di riargomentare la propria decisione.

### **3. Il precedente come limite processuale in prospettiva comparata**

La tendenza riformista in ambito processuale di cui si è detto nel paragrafo precedente non rappresenta un esempio isolato nel panorama internazionale. Infatti, diversi altri ordinamenti sia di *civil law* che di *common law* hanno introdotto riforme del diritto processuale volte a sgravare il carico di lavoro delle corti attraverso una verifica di conformità rispetto ai precedenti. In questa sede si darà conto degli esempi più importanti al fine di far apprezzare la portata della tendenza di cui si è detto.

#### *i. Il valore del precedente nell'ordinamento spagnolo*

##### *a) La conformità ai precedenti come filtro di accesso alle giurisdizioni superiori*

Nella storia della procedura civile spagnola è sempre esistito un diritto soggettivo ad accedere alla giustizia di appello senza restrizioni<sup>839</sup>. Tuttavia, l'approccio liberale al diritto ad impugnare le sentenze è stato, non di rado, oggetto di abuso al fine ritardare la definitività delle decisioni. Questa forma di abuso è stata favorita anche dalla singolare concezione dell'esecuzione provvisoria della sentenza civile di primo grado che, in pratica, non poteva essere eseguita fino alla sua conferma da parte della Corte Provinciale (*Audiencia Provincial*).

L'intenzione del legislatore spagnolo del 2000 di ridurre i tempi della giustizia attraverso meccanismi di filtro emerge chiaramente dal nuovo procedimento di cassazione (*casación*). In effetti, il sovraccarico della Corte suprema costituiva un ostacolo per l'efficace esercizio della principale specifica funzione dell'organo

---

Convention, can only be determined in the light of the circumstances of the case.' citato in HULS-ADAMS-BOHMOFF, *op. cit.*, p. 175.

<sup>839</sup> Cfr. Articolo 382 del vecchio Codice di Procedura Civile spagnolo (Legge sui procedimenti civili introdotta con Regio Decreto del 3 febbraio 1881).

apicale, ovvero il perseguimento della certezza giuridica e della stabilità degli orientamenti. Al fine di affrontare il problema, il Parlamento ha introdotto alcune misure di natura processuale.

Innanzitutto, il nuovo Codice ha previsto che i casi nei quali sorgano questioni interpretative di norme giuridiche sostanziali (*funcion nomofilactica*), restino nell'ambito della giurisdizione della Corte suprema. Tali casi, pertanto, vengono ancora risolti in Cassazione<sup>840</sup>.

In secondo luogo, i casi concernenti esclusivamente questioni procedurali sono stati deviati sotto la giurisdizione del Tribunale Regionale Superiore di Giustizia. Questi casi procedurali vengono ora, quindi, decisi attraverso un procedimento di appello straordinario per violazioni processuali (*recurso extraordinario por infracción procesal*)<sup>841</sup>.

In terzo luogo, non è più consentito di azionare gli strumenti di impugnazione appena descritti in un'unica causa al tempo stesso.

Infine, è stato stabilito che sia possibile accedere al giudizio di cassazione soltanto se sussistono alcuni presupposti, ovverosia: 1) il valore della causa deve essere superiore ad € 150.000; 2) il caso sottoposto alla Corte suprema deve essere non irrilevante per l'ordinamento o perchè la corte inferiore si è discostata da un consolidato orientamento della Cassazione o perchè una disposizione di diritto sostanziale, entrata in vigore da meno di cinque anni, è stata male interpretata dalla corte inferiore<sup>842</sup>.

In altre parole, anche in questo caso sono stati valorizzati i precedenti di Cassazione al fine di escludere i ricorsi immeritevoli che non inciderebbero sulla coerenza dell'ordinamento. Una sezione "filtro" della Corte è infatti incaricata dall'art. 483, 3° comma, di rigettare in quanto inammissibili i ricorsi che non presentano i presupposti suindicati. Le decisioni che risultano conformi alla giurisprudenza di legittimità possono, quindi, non essere prese in considerazione dalla Corte Suprema, mentre le controversie di minor valore sono *ex se* inammissibili<sup>843</sup>. Va detto,

---

<sup>840</sup> Cfr. Articoli 468 e 477- 493, nuovo Codice di Procedura Civile (Ley N° 1/2000, del 7 gennaio 2000, de Enjuiciamiento Civil).

<sup>841</sup> Cfr. Articoli 486 - 476, nuovo Codice di Procedura Civile.

<sup>842</sup> Art. 477, commi 2° e 3°, e 483, 2° comma, n. 3), nuovo Codice di Procedura Civile.

<sup>843</sup> Cfr. art. 483, 2° c., nuovo Codice di Procedura Civile.



comunque che il concetto di «conformità alla giurisprudenza di cassazione» non è apparso fin dall'inizio come un criterio oggettivo.

b) *La conformità ai precedenti del Tribunal Constitucional*

Un meccanismo di filtro basato sulla conformità ai precedenti ha caratterizzato per un certo periodo il Tribunale Costituzionale spagnolo<sup>844</sup>. Tuttavia, il passato è d'obbligo in questo caso in quanto successive riforme del regolamento di procedura del Tribunale hanno inteso irrobustire ancora di più il filtro attraverso un meccanismo decisamente più discrezionale. A ben vedere, però, la valorizzazione del precedente giurisprudenziale continua a caratterizzare l'ordinamento spagnolo più di quanto la odierna disciplina del suo *Tribunal Constitucional* lasci intendere.

Infatti, già nel 1838 un Regio Decreto consentì gli appelli in annullamento davanti alla Corte suprema spagnola non solo per violazioni della legge ma anche per deviazione dalla c.d. *doctrina legal*<sup>845</sup>, ovvero dalla «dottrina consolidata dai tribunali» come l'ha ridefinita il Codice di Procedura Civile del 1855<sup>846</sup>. La Corte suprema interpretò poi questa terminologia per intendere regole elaborate attraverso almeno due diverse decisioni coerenti pronunciate dalla giurisdizione di vertice e non, quindi, da giudici inferiori.

Dal momento che il diritto civile spagnolo non venne codificato prima del 1889, questa regola venne accettata di buon grado dalla comunità dei giuristi in quanto

---

<sup>844</sup> GUILLEN LOPEZ, *Judicial Review in Spain: The Constitutional Court*, 41 Loy. L.A. L. Rev. 529 (2008). Reperibile all'indirizzo: <http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol41/iss2/3>

<sup>845</sup> Cfr. PACHECO, *Comentario al Decreto de 4 Noviembre de 1838 sobre recursos de nulidad*, 2° ed., Madrid: Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipogràfica, 1845, pp. 28-29 ove si legge: "El hecho es que existen ciertas doctrinas recibidas universalmente como principios, ciertos dogmas de jurisprudencia consignados en todos los escritores, ciertas prácticas observadas por todos los tribunales; por cuyos medios, como si fueran leyes, y aún à veces mas que siendo leyes, se deciden gran cantidad de negocios. Estos negocios puede decirse que de derecho son; y sin embargo, también se puede afirmar que respecto de ellos no cabe infraccion de ley, porque verdaderamente no hay ley, ley escrita en los còdigos, ley verdaderamente tal, que los decida [...] Veamos pues, sin ningùn género de duda, que el decreto reconoce dos casos, y que para ambos concede el medio en cuestiòn. La ley y la doctrina legal no son una misma cosa: aquella está en los còdigos, y la segunda en los comentadores y en la practica. Una y otra reasumen lo que se llama el derecho."; cfr. anche SARIÑENA, *La doctrina legal y el silenciamiento de los juristas en una España sin Código*, in *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, QUADERNI FIORENTINI per la storia del pensiero giuridico moderno, Vol. 40, Tomo I, Milano: Giuffrè, 2011, p. 135 e ss.

<sup>846</sup> SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *op. cit.*, p. 668.

fornì uno strumento per il perseguimento della certezza giuridica attraverso le consuetudini in mancanza di un intervento organico del legislatore<sup>847</sup>.

Successivamente, con l'introduzione del nuovo Codice, vennero riconosciute all'art. 6 soltanto tre fonti del 'diritto': il diritto scritto (*ley*), gli usi (*costumbres*) e i principi generali del diritto. Le decisioni giudiziali non erano enumerate in questo elenco.

Il quesito circa la misura in cui le nozioni di «principî generali del diritto» e di «*doctrina legal*» coincidessero o, piuttosto, confliggesse, ha dato adito ad affascinanti dibattiti dottrinali. Felipe Sanchez Romàn si è limitato a rilevare che al fine di determinare i principî generali del diritto non si può ricorrere ai precedenti giurisprudenziali<sup>848</sup>, ma la questione continua ad essere molto controversa. Più in generale, gli studiosi del diritto spagnoli hanno sempre trovato difficile riconciliare il concetto di dottrina legale con la teoria generale delle fonti giuridiche contenuta nei codici.

Nel 1974, l'intero titolo preliminare del Codice Civile fu oggetto di revisione e la formulazione del vecchio art. 6 - rinumerato come art. 1 - venne considerevolmente ampliata. La nuova versione menziona la *doctrina* (ossia «la dottrina che la Corte suprema stabilisce in maniera reiterata»), ma non la riconosce come una delle fonti del diritto. La precisa natura e lo status della *doctrina legal* (ora *doctrina jurisprudencial* nel Codice di Procedura Civile e *doctrina* nel Codice Civile) rimane, pertanto, incerta.

Sebbene il legislatore spagnolo abbia tentato di delineare una soluzione pratica al problema del valore della fonte giurisprudenziale, si è dimostrato evidentemente ancora troppo immerso nell'ortodossia positivista per ammettere apertamente un nuovo ruolo del precedente. Oggi, l'art. 1 § 6 del Codice Civile spagnolo prevede che la *jurisprudencia* «complementará» (o integra) l'ordinamento giuridico «con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

---

<sup>847</sup> SERRANO, *Die "Doctrina legal" des spanischen "Tribunal Supremo" in der rechtshistorischen Analyse des Justizbegriffs*, 16 *Ius Commune* 219, 219-20, 241 (1989).

<sup>848</sup> Cfr. SANCHEZ ROMAN, *Derecho Civil*, pp. 79-81; MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, p. 80. This is a correct quotation from a respected and influential treatise; but the question has long been highly controversial among legal writers in Spain. V. BROWN, *The Sources of Spanish Civil Law*, 5 *Int'l & Comp. L. Q.* 364, 367-72 (1956). V. anche SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *op. cit.*, p. 180.

In assoluta coerenza con questa impostazione si è posta la originaria disciplina del Tribunale Costituzionale introdotta con la Ley Orgànica del 3 ottobre 1979 n. 3 (BOE 5.10, 23186) ove all'art. 50, comma 2, lett. c) si consentiva ai giudici costituzionali di respingere per inammissibilità le questioni di costituzionalità o i *recursos de amparo* nel caso in cui vi fossero già precedenti con caratteristiche sostanzialmente analoghe che avevano respinto la questione. In base a questa regola, quindi, la pronuncia di rigetto si trasformava in una sorta di certificazione di costituzionalità in modo non dissimile da quanto si verifica ancora oggi, come si vedrà, in Germania.

Successivamente, la revisione del Codice di Procedura Civile del 1984 sostituì il termine *doctrina legal* con quello di *jurisprudencia* come presupposto per le impugnazioni davanti alla Corte suprema<sup>849</sup>. Tuttavia, Manuel Serra Dominguez<sup>850</sup> ha fortemente criticato questa sostituzione di un «termine genuinamente spagnolo» dal momento che il concetto di «*doctrina*» meglio rappresentava, nell'opinione dell'autore, il principio di diritto retrostante la decisione di cassazione, evitando di riconoscere una funzione pseudo-normativa della Corte. In altre parole, la *doctrina legal* si presumeva rappresentasse un sistema di principi giuridici riconosciuti e sistematicamente applicati dalla Corte di vertice, mentre la *jurisprudencia* rappresentava inequivocabilmente un insieme di pronunciamenti giudiziari<sup>851</sup>.

In seguito, il dibattito sul valore dei precedenti e sui meccanismi di selezione dei ricorsi al Tribunale Costituzionale non cessò e, anzi, si inasprì ulteriormente. Lo strumento che avrebbe dovuto essere di supporto e di semplificazione per la classe dei giuristi fu oggetto di una eterogenesi dei fini da parte di una certa dottrina e il carattere tendenzialmente apodittico delle ordinanze di inammissibilità del *Tribunàl Constitucionàl* non solo non contribuì a legittimarne la funzione, ma risultò anche del tutto insufficiente a sgravarne il carico di lavoro<sup>852</sup>.

---

<sup>849</sup> Cfr. Articolo 1692(5) del Codice di Procedura Civile. Si veda anche CORTES (a cura di), *Comentarios a la Reforma del ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid: Tecnos, 1985, pp. 828, 852.

<sup>850</sup> *Ibid.*

<sup>851</sup> Cfr. PACHECO, *Comentario al Decreto de 4 Noviembre de 1838*, cit., pp. 28-29; cfr. anche SARIÑENA, *La doctrina legal y el silenciamiento de los juristas*, cit., pp. 135 e ss.

<sup>852</sup> Cfr. SEMPERE Y GUARINOS, *Historia del derecho Español*, 2° ed., Madrid: Imprenta de la Sociedad literaria y tipográfica, 1844, p. 350.

In conseguenza, con la Ley Orgànica del 9 giugno 1988 n. 6 venne modificato l'art. 50 summenzionato, esplicitando che se una sezione della Corte (composta di tre giudici) avesse ritenuto unanimemente che esisteva un precedente sulla cui base l'impugnazione avrebbe potuto essere rigettata, l'ordinanza avrebbe dovuto «citare espressamente la sentenza o le sentenze sulle quali il rigetto si basava»<sup>853</sup>. In altre parole, con questo intervento riformatore si tentò, più che di limitare ulteriormente l'accesso alla piena cognizione del Tribunal, di migliorare piuttosto la funzione legittimante della motivazione specie laddove questa era per sua natura sintetica e *per relationem*. Inoltre, con la Ley n. 1/2000 sul Enjuiciamiento Civil, si intese porre un argine ai contrasti dottrinali sul valore del precedente attraverso l'adozione del termine di compromesso "*doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*".

Seguendo la medesima impostazione della Legge Organica sul Tribunale Costituzionale e del Codice di Procedura Civile, la nuova formulazione dell'art. 885 della Legge Processuale Penale spagnola conferì alla Corte Suprema il potere di rigettare, in sede di impugnativa, quei ricorsi che fossero risultati manifestamente infondati e quelli sostanzialmente uguali ad altri già rigettati.

Restava, tuttavia, il problema di gestire in qualche modo la sempre crescente massa di *recursos de amparo* dato che la verifica della conformità ai precedenti di rigetto si era rivelata insufficiente a prevenire l'ingolfamento del *Tribunal*. Così nel 2007 il legislatore spagnolo è ritornato ancora una volta sulla Legge Organica di disciplina del giudizio di costituzionalità per modificarne i criteri di accesso<sup>854</sup> con il dichiarato fine di "*dar respuesta a los problemas y exigencias que se derivan de la realidad práctica del funcionamiento y organización del Tribunal Constitucional*". La novella introduce una configurazione del procedimento di *amparo* che, tra le altre cose, elimina la verifica necessaria di eventuali precedenti negativi ed impone agli istanti, come requisito di ammissibilità, di allegare le ragioni di "*especial*

---

<sup>853</sup> V. *Ley Orgànica n. 6/1988, de 9 de junio, por la que se modifican los artículos 50 y 86 de la ley Orgànica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*. (BOE núm. 140, de 11 de junio) ove si legge tra i presupposti per pronunciare l'inammissibilità indicati all'articolo 50, c. 1, lett. d): "*Que el Tribunal Constitucional hubiera ya desestimado en el fondo un recurso o cuestión de inconstitucionalidad o un recurso de amparo en supuesto substancialmente igual, señalando expresamente en la providencia la resolución o resoluciones desestimatorias.*"

<sup>854</sup> V. *Ley Orgànica del 27 maggio 2007 n. 6 di modifica della Ley Orgànica n. 2/1979*.

*trascendencia constitucional*" che giustificherebbero una pronuncia del Tribunale<sup>855</sup>. La verifica della "speciale trascendenza costituzionale" che deve connotare la questione si estrinseca, come esplicitamente indicato dalla nuova disposizione, in una valutazione di importanza del quesito in relazione all'interpretazione della Costituzione, alla sua applicazione od efficacia generale, e alla determinazione del contenuto e della portata dei diritti fondamentali. Attraverso questa modifica dell'art. 50 si è, quindi, invertito il giudizio di ammissibilità passando dalla prova dell'assenza di precedenti negativi alla verifica della sussistenza di una "*relevancia constitucional*" del *recurso*. Non ci si deve illudere, tuttavia, che il ruolo dei precedenti costituzionali esca da questa riforma svilito o comunque ridimensionato. L'importanza di una data questione costituzionale non di rado deriva dalla difficoltà di ricondurre fattispecie nuove alla *doctrina jurisprudencial* consolidata. Tale criterio di valutazione della "trascendencia" finisce per apparire come uno dei più oggettivi nel contesto di una valutazione di ammissibilità fortemente connotata da un elevato grado di discrezionalità dei giudici del *Tribunal*.

ii. *Il valore del precedente nell'ordinamento tedesco*

a) *La conformità ai precedenti come filtro di accesso alle giurisdizioni superiori*

Le cinque corti supreme federali tedesche decidono in via quasi esclusiva ricorsi basati su questioni di diritto, senza cognizione sul merito. Il giudizio di legittimità è accessibile in due ipotesi: a) quando tale impugnazione è esplicitamente consentita dalla legge, come è previsto per tutte le cause penali<sup>856</sup>; b) quando l'impugnazione è autorizzata espressamente da un'autorità giudiziaria (c.d. «permesso di impugnazione» o '*verlassen Berufung zu*').

Il permesso di impugnazione può essere concesso dalla corte di seconda istanza che ha emesso la decisione impugnanda, o direttamente dalla rispettiva corte suprema federale; è previsto così, per esempio, nelle cause di diritto amministrativo<sup>857</sup>, in quelle

---

<sup>855</sup> V. articolo 50, comma 1°, lett. b) della *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*.

<sup>856</sup> Cfr. § 333, Codice di Procedura Penale – *Strafprozeßordnung* (StPO).

<sup>857</sup> Cfr. § 132, Codice di Procedura delle Giurisdizioni Amministrative – *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO).

di diritto del lavoro<sup>858</sup>, in quelle di diritto previdenziale<sup>859</sup>, e in quelle tributarie<sup>860</sup> così come nella maggioranza delle cause civili<sup>861</sup>.

I presupposti sulla base della cui sussistenza l'impugnazione deve essere consentita sono specificati nei rispettivi codici di procedura. I presupposti più importanti ed interessanti<sup>862</sup> sono: a) il caso deve essere di una fondamentale importanza di principio (*'grundsätzliche Bedeutung'*)<sup>863</sup>, e b) la decisione non si è conformata ad un precedente fissato dalla rispettiva corte suprema federale, o dal Collegio Congiunto delle Corti Supreme Federali, o dalla Corte Costituzionale Federale.

Anche nel contesto tedesco, quindi, i precedenti giurisprudenziali sono stati valorizzati per ragioni procedurali. Tali ragioni sono, anche in questo caso, strettamente correlate all'esigenza di garantire una giustizia effettiva e l'uguaglianza davanti alla legge.

Il termine «importanza fondamentale», infatti, è stato interpretato per richiedere che il caso offra un'opportunità di formulare una valutazione giuridica generale che favorisca l'uniformità dell'attività giurisdizionale per il futuro e sia rilevante per l'ulteriore sviluppo del diritto<sup>864</sup>.

Generalmente si presume che sia questo il caso quando sussistano questioni contestate o contestabili che possano interessare una moltitudine di casi futuri. In altre parole, la valutazione dell'ammissibilità dell'impugnazione presuppone una ponderazione di interessi pubblici non coinvolti nella particolare controversia come la certezza giuridica e il progresso del diritto. Se l'impugnazione è concessa dalla corte di secondo grado, la rispettiva corte suprema federale non può rifiutarsi di esaminare il caso.

---

<sup>858</sup> Cfr. § 72, Codice di Procedura per le Giurisdizioni Lavoristiche – *Arbeitsgerichtsgesetz* (ArbGG).

<sup>859</sup> Cfr. § 160, Codice di Procedura per le Giurisdizioni Sociali – *Sozialgerichtsgesetz* (SGG).

<sup>860</sup> Cfr. § 115, Codice di Procedura per le Giurisdizioni Tributarie - *Finanzgerichtsordnung* (FGO).

<sup>861</sup> Cfr. § 546, Codice di Procedura Civile - *Zivilprozessordnung* (ZPO).

<sup>862</sup> Cfr. §§ 546 ZPO, 132 VwGO, 72 ArbGG, 160 SGG, 115 FGO.

<sup>863</sup> Si tratta della rilevanza di principio di cui parlava Vittorio Denti; cfr. DENTI (1986) cit.; V. anche SCHLAICH-KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, Munich: Verlag C.H. Beck 2004, p. 177

<sup>864</sup> Si veda sul punto, BVerfGE 13, 90, (91).

Con riferimento ad entrambi i presupposti menzionati, la questione è resa ancora più controversa ed interessante dalla possibilità che l'assetto della giurisprudenza sia investito del giudizio di legittimità costituzionale<sup>865</sup>. Il dovere di dare diretta attuazione ai precetti costituzionali, infatti, conduce la massima funzione interpretativa delle corti supreme ad intersecarsi con l'interpretazione costituzionale non dissimilmente da quanto si è visto con riferimento all'Italia. A questo riguardo, risultano di particolare interesse due casi, molto diversi tra loro, decisi dal *Bundesverfassungsgericht* in merito al valore della fonte giurisprudenziale.

Il primo caso (c.d. Caso Soraya) risale al 1973 e coinvolge un fatto di vita della principessa persiana in esilio in Germania<sup>866</sup>. Il caso consisteva in un'azione di risarcimento del danno al diritto all'immagine avanzata dalla principessa Soraya contro una rivista tedesca che aveva pubblicato una falsa intervista nella quale venivano rivelati fatti estremamente personali. La questione era giuridicamente controversa perché si chiedeva il risarcimento del danno non patrimoniale.

Al di là del fatto che non era stata avanzata una corrispondente azione in sede penale, quel che rileva è che né il codice civile tedesco, né altre leggi speciali disciplinavano la risarcibilità del danno all'immagine o, comunque, della violazione degli altri diritti della personalità. Quel che il diritto positivo codicistico prevedeva erano solo due norme difficilmente applicabili in via analogica, ovverosia la § 847 del codice che consente, in termini generali, il risarcimento del danno ingiusto<sup>867</sup> e la § 253 che ammette, più specificamente, il risarcimento del danno non patrimoniale “solo nei casi previsti dalla legge”<sup>868</sup>.

In altre parole, la § 253 non consentiva il risarcimento del danno non patrimoniale fuori dagli specifici casi previsti dalla legge e i casi previsti dalla legge (in effetti molto pochi) non comprendevano la lesione del diritto all'immagine, né di altri diritti della personalità. Tuttavia, la questione era stata oggetto di una certa

---

<sup>865</sup> Cfr. SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *op. cit.*, p. 697.

<sup>866</sup> V. BVerfGE 34, 269, decisione del 14 febbraio 1973, in NJW 1973, 1221. Cfr. in relazione alla importanza di questo caso anche per l'ordinamento italiano C. Cass. 27 maggio 1975 n. 2129, in *Foro it.*, 1976, I, 2895.

<sup>867</sup> Si tratta di qualcosa di simile al nostro art. 2043 c.c.

<sup>868</sup> In questo caso si tratta di qualcosa di simile al nostro art. 2056 c.c.

giurisprudenza precedente a partire dal noto caso *Herrenreiter* del 1958 (caso del fantino)<sup>869</sup>.

In tale caso, la foto di un noto campione di equitazione era stata usata senza il suo consenso per la pubblicità di stimolanti sessuali. La corte suprema civile riconobbe la risarcibilità del danno sulla base di una estensione in via analogica della § 847 e del dovere delle corti di dare attuazione ai precetti costituzionali, ed in particolar modo alla protezione dei diritti fondamentali tra cui sono compresi quelli della personalità.

Sebbene successivamente la stessa corte suprema abbia abbandonato quest'orientamento, le corti inferiori ne hanno fatto sistematica applicazione. Si tenga presente che, similmente all'ordinamento Spagnolo ma diversamente da quello Italiano, l'art. 20 della Legge Fondamentale, tra le altre cose, prevede che "Il legislatore è tenuto al rispetto dell'ordinamento costituzionale. Il governo e la magistratura sono tenuti al rispetto della legge e del diritto [Gesetz und Recht]".

La rivista contro la quale era stata avanzata la richiesta danni argumentò che si trattava di una richiesta illegittima così come illegittime erano state le condanne delle corti inferiori e della suprema corte civile, perchè i casi di limitazione della libertà di stampa sono sottoposti a riserva di legge dall'art. 5 della Legge Fondamentale e le sentenze di condanna avevano violato la riserva di legge di cui alla § 253. La Corte Costituzionale Federale, tuttavia, conferma le condanne e tra le varie argomentazioni afferma quanto segue:

«Il giudice è tradizionalmente vincolato dalla legge. Si tratta di un elemento coesistente al principio di separazione dei poteri ed, in conseguenza, del principio di diritto. La nostra Costituzione, comunque, all'art. 20 ha in qualche modo mutato la tradizionale formulazione esplicitando che il giudice è vincolato al rispetto di "Gesetz und Recht". Secondo l'interpretazione prevalente, ciò implica il rigetto di un approccio strettamente positivista che si basi esclusivamente sul diritto scritto. La formulazione usata nell'art. 20 ci informa del fatto che, sebbene la legge e il diritto tendano a coincidere, non necessariamente questo si verifica sempre. L'ordinamento non coincide con l'insieme delle leggi scritte. In certe circostanze il diritto può andare al di là delle norme legislative traendo la propria fonte direttamente dall'ordinamento costituzionale nel suo complesso che funge da correttivo delle leggi scritte. È compito delle corti rinvenire questo diritto e portarlo alla luce attraverso le proprie decisioni» [BVerfGE 34, 269, in NJW 1973, 1221, trad. pers.].

---

<sup>869</sup> Sentenza del 14 febbraio 1958, BGHZ 26, 349.



In altre parole, le corti sono chiamate a supplire alle mancanze del legislatore ricorrendo all'ordinamento costituzionale nel suo complesso dando, quindi, attuazione ai diritti e nel rispetto dei limiti imposti dai principî fondamentali. Si legge ancora nella sentenza:

«Il compito del giudice non è limitato all'accertamento e all'implementazione delle decisioni del legislatore; egli può essere chiamato a portare alla luce e a realizzare nelle sue decisioni, attraverso un atto avente la natura di un giudizio di valore (che comporta necessariamente elementi volitivi), quei concetti assiologici che sono immanenti nell'ordinamento costituzionale ma che, tuttavia, non sono sufficientemente espressi nel linguaggio del legislatore. Nell'adempire questo compito il giudice deve evitare l'arbitrarietà; la sua decisione deve essere basata su argomentazioni razionali. Deve innanzitutto rendere manifesto che il diritto positivo non è in grado di offrire una soluzione per il caso concreto. In questo caso, la lacuna dovrà essere colmata attraverso la decisione del giudice secondo la ragion pratica ed i "concetti di giustizia generalmente riconosciuti dalla comunità". [...] Il legislatore stesso ha investito le corti supreme del compito del "ulteriore sviluppo del diritto" (vedi § 137 della Legge sull'Ordinamento Giudiziario)<sup>870</sup>» [BVerfGE 34, 269, in NJW 1973, 1221, trad. pers.].

Sembra, quindi, che i giudici tedeschi si spingano sul pericoloso crinale realista della giurisprudenza vista come diritto supplementare che incarna i valori della società. Il pregio di questa interpretazione resta, comunque, l'agganciamento della prospettiva assiologica al dovere di dare attuazione alla costituzione, sebbene i margini di discrezionalità riconosciuti ai giudici appaiano molto ampi.

É dato rilevare, comunque, che anche in Germania si è teso a dare maggior peso ad una serie costante e coerente di precedenti più che ad una singola decisione. Lo Schlesinger rileva che ciò che in Francia viene qualificato come giurisprudenza costante in Germania viene più semplicemente ricondotto ad un ampio concetto di *Recht*<sup>871</sup>.

In un altro caso del Tribunale Costituzionale, i giudici tedeschi hanno cercato di fissare dei limiti all'ampio margine di creatività giudiziaria concesso attraverso il dovere di dare applicazione alla Costituzione<sup>872</sup>. Questa volta si controverteva sul rango dei crediti da trattamento di fine rapporto nei confronti di un'azienda in stato di

---

<sup>870</sup> La Corte si riferisce qui alle funzioni dei collegi speciali del BGH e delle altre corti supreme. I collegi speciali possono essere chiamati a decidere un caso: a) quando vi è un conflitto, anche solo potenziale, tra due sezioni semplici della Corte, o b) quando una sezione ordinaria (alla quale il caso è stato assegnato) rileva che, a causa della fondamentale importanza della questione posta, è opportuno che la decisione venga adottata da un collegio speciale nell'interesse del "ulteriore sviluppo del diritto".

<sup>871</sup> Cfr. SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *op. cit.*, p. 701.

<sup>872</sup> *Ibid.*, p. 710.

liquidazione per fallimento<sup>873</sup>. Sebbene la legge fallimentare tedesca stabilisse, infatti, esplicitamente un ordine di priorità dei crediti verso la massa fallimentare, i crediti da trattamento di fine rapporto non erano contemplati né erano assimilabili ai crediti salariali. Pertanto, per un certo periodo vennero ricondotti alla categoria residuale più bassa della scala delle priorità, con conseguente insoddisfazione delle aspettative previdenziali dei lavoratori. Poi con una sentenza del 1978 il Tribunale del Lavoro (*Bundesarbeitsgericht*), in composizione allargata<sup>874</sup>, ha stabilito che a tali crediti doveva essere conferito una priorità superiore ed addirittura antecedente a quella della prima categoria di crediti indicata dalla legge fallimentare, sulla base del dovere dei giudici tedeschi di dare attuazione alla previsione costituzionale che qualifica la Germania come uno “Stato federale democratico e sociale” (v. art. 20 della legge Fondamentale”. Sebbene tale sentenza fosse in aperto contrasto con il dettato della legge fallimentare, tale orientamento venne sistematicamente osservato nelle decisioni successive. Il Tribunale Costituzionale, invece, lo stronca affermando che, in ragione della sua ampiezza ed indeterminatezza, il principio costituzionale di giustizia sociale non contiene «come regola, alcuna direttiva d’azione che le corti possano trasformare in diritto cogente senza un mandato legislativo»<sup>875</sup>. La differenza sostanziale con il caso Soraya consiste nel fatto che qui non si trattava di bilanciare una previsione legislativa con un diritto già affermato e riconosciuto nell’ordinamento - come era il diritto all’immagine -, ma si derogava esplicitamente ad una previsione di legge per affermare un principio del tutto nuovo che in effetti alterava le aspettative della massa dei creditori.

Quel che pare interessante rilevare è che il Tribunale tedesco si sia posto il problema di limitare la portata creativa dei precedenti delle corti supreme. Vengono a questo fine delineati tre presupposti, ovverosia: a) il dovere di dare applicazione alla Costituzione; b) l’esigenza di gestire le lacune del diritto positivo che implica, a sua volta, l’assenza di previsioni legislative contrastanti. Peraltro, nella giurisprudenza del Tribunale tedesco non sono rari i casi in cui sia stata sindacata la compatibilità

---

<sup>873</sup> BVerfGE 65, 182, sent. 18 ottobre 1983, in NJW 1984, 475.

<sup>874</sup> BAG (Super-panel), sent. 13 dicembre 1978, 1979 NJW 774.

<sup>875</sup> 65 BVerfGE p. 193. Nell’applicazione delle clausole generali come le Sezz. 138 o 242 del Codice Civ. che forniscono la necessaria “autorità legislativa”, alle corti non è soltanto consentito, bensì è fatto obbligo di dare la dovuta considerazione al principio di giustizia sociale.

costituzionale di un orientamento giurisprudenziale anche grazie alla disponibilità di uno strumento come il *Verfassungsbeschwerde*<sup>876</sup>.

Si noti che il diverso esito dei casi considerati è dipeso dal fatto che il primo integrava un'ipotesi di diritto giurisprudenziale *praeter legem*, mentre il secondo si poneva evidentemente *contra legem*. Questa impostazione sembra riflettere le tesi avanzate nella dottrina italiana da Antonio Ruggeri<sup>877</sup>. A partire dalla giurisprudenza costituzionale tedesca, inoltre, Rudolf Schlesinger elabora un test per verificare in quali circostanze una regola giurisprudenziale *contra legem* possa considerarsi valida. Secondo l'Autore devono ricorrere almeno quattro condizioni, ovverosia: a) la convergenza degli orientamenti dottrinari e giurisprudenziali sull'inadeguatezza della norma positiva; b) un presunto contrasto tra l'applicazione letterale della norma positiva e i valori costituzionali; c) il decorso di un certo periodo di tempo che non consenta più ragionevolmente di aspettarsi una riforma da parte del legislatore; d) la limitazione della regola giurisprudenziale rispetto allo stretto necessario.

Resta fermo, comunque, che una giurisprudenza che si ponga, per usare un'espressione di Ruggeri, *contra constitutionem* non potrà mai ritenersi valida.

*b) La conformità ai precedenti del Bundesverfassungsgericht*

I poteri giurisdizionali della Corte Costituzionale Federale sono definiti dalla Legge Fondamentale (*Grundgesetz*) all'art. 93, e sono elencati tassativamente al § 13 del BVerfGG.

Esistono sedici differenti procedure e nella maggioranza di esse il Tribunale Costituzionale non ha alcun potere di selezionare i casi da decidere. Un'autorizzazione speciale è, però, richiesta nel caso dei ricorsi che possono essere presentati da tutti i cittadini (*'Jedermann'*)<sup>878</sup> per violazione dei diritti garantiti dalla Legge Fondamentale. In tal caso, il ricorso viene ammesso se: a) presenta una questione di

---

<sup>876</sup> Vedi al riguardo anche BVerfGE, sentenza del 14 gennaio 1986, in 1986 NJW 2242; vedi anche BVerfGE 66, 331 in 1984 NJW 2346, in relazione alla scelta giurisprudenziale di riservare diversi trattamenti fiscali per alcune categorie, stroncata dalla Corte cost. sulla base del principio di eguaglianza.

<sup>877</sup> V. RUGGERI, *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, *Rivista di dir. cost.*, 2009, pp. 125 e ss.; ID., *Studi*, tratto da [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2013.

<sup>878</sup> Cfr. § 90(1) BVerfGG.

particolare importanza per il diritto costituzionale, o b) quando l'esame della questione è indicato per dare pronta attuazione allo specifico diritto fondamentale quale, per esempio, può essere il caso in cui il ricorrente rischi di subire grave danno dal diniego del giudizio<sup>879</sup>.

Questo modello di accesso alla giustizia costituzionale dà al Tribunale un considerevole potere di selezionare i casi da decidere in modo sostanzialmente analogo a quanto si è visto con riferimento al *Tribunál Constitucional* spagnolo nei procedimenti di *amparo*. D'altra parte la giurisprudenza sui diritti ha per lungo tempo assorbito gran parte dell'attività del Tribunale Federale<sup>880</sup>, incidendo sulla pubblica percezione di quest'organo giurisdizionale ed, al tempo stesso, formando una certa consapevolezza negli stessi giudici. Il ruolo di "paladino" dei diritti ha, quindi, favorito un certo grado di affidamento dei cittadini nell'organo di giustizia costituzionale incentivando l'aumento dei ricorsi individuali. Nel 1966, i commentatori del XV anniversario del Tribunale osservarono che la funzione di guardiani dei diritti fondamentali svolta dai giudici costituzionali era ormai penetrata nella coscienza popolare<sup>881</sup>. Sebbene fosse sentita, non solo dai giudici, una certa preoccupazione per la crescente mole di lavoro<sup>882</sup>, la causa principale di tale aumento - ovverosia il ricorso individuale di costituzionalità - era comunemente considerata intoccabile<sup>883</sup>.

Al di là della considerazione di cui gode questo strumento di tutela dei diritti fondamentali, è però sufficientemente condivisa l'idea che la maggior parte dei ricorsi presentati al *Bundesverfassungsgericht* non siano meritevoli di esame. Fino al 1956, l'unico strumento a disposizione del Tribunale per respingere rapidamente i ricorsi infondati o inammissibili era la procedura sommaria generica prevista dalla §

---

<sup>879</sup> Si veda § 93a BVerfGG.

<sup>880</sup> Secondo dati ufficiali si tratta di circa il 95 % del carico di lavoro del Bundesverfassungsgericht; cfr. FOSTER-SULE, *German Legal System and Laws*, Oxford/New York: Oxford University Press, 2010, p. 221 e ss.

<sup>881</sup> Si veda, per esempio, 'Das Verfassungsgericht besthet 15 Jahre' *Die Welt* (27 settembre 1966) 3; 'Fünfzehn Jahre Bundesverfassungsgericht' *Bulletin des Presse - und Informationsamtes der Bundesregierung* (7 settembre 1966), 927.

<sup>882</sup> Si veda, per esempio, 'Verfassungsgericht überlastet', *Frankfurter Rundschau* (29 dicembre 1961); "'Verfassungsbeschwerden" nehmen überhand' *FAZ* (20 febbraio 1963) 6; 'Die Karlsruher Richter Überlastet' *Stuttgarter Zeitung* (20 aprile 1963); HJ Rick, 'Überlastete Richter' *Echo der Zeit* (5 maggio 1963); 'Bundesverfassungsgericht: zu spät' *Der Spiegel* (17 giugno 1968) 52.

<sup>883</sup> COLLINGS, *Democracy's Guardians. A History of the German federal Constitutional Court 1951-2001*, Oxford/New York: Oxford University Press, 2015, p. 106 e ss.

24 della Legge sul Tribunale Costituzionale (BVerfGG)<sup>884</sup>. Tale procedura - per certi versi molto simile a quella prevista dall'art. 26 della Legge n. 87/1953 per la Corte Costituzionale italiana - prevede soltanto che l'ordinanza di rigetto non debba essere ulteriormente motivata se i ricorrenti sono stati previamente informati delle cause di inammissibilità/infondatezza.

Il primo tentativo di dotare il Tribunale di uno strumento specifico per gestire il flusso di ricorsi è costituito dalla § 91a BVerfGG che, tuttavia, venne formalmente abrogata già nel 1963<sup>885</sup>. Tale meccanismo prevedeva un esame preliminare (*Vorprüfungsverfahren*) da parte di un collegio composto da tre giudici (*Dreierausschuss*) facenti parte del *Senat* competente a giudicare sul ricorso. La questione poteva essere rigettata in quanto inammissibile solo su voto unanime del collegio. Il vantaggio sostanziale derivante da questo meccanismo era che il lavoro prima svolto dall'intero *Senat* secondo la procedura di cui alla § 24 poteva essere svolto da soli tre giudici. Al di là della più efficiente distribuzione del carico di lavoro, non sfugge come questo meccanismo comportasse anche gran parte degli svantaggi che avevano caratterizzato le *chambres de requêtes* della Cassazione francese, ovvero la moltiplicazione delle procedure di esame.

Quel che in questa sede pare interessante rilevare è che nella formulazione originaria della § 91a era esplicitamente previsto che un ricorso dovesse essere rigettato in quanto non meritevole di esame «qualora una pronuncia non avesse potuto contribuire a chiarire una questione costituzionale irrisolta né ad alleviare il ricorrente da un grave pregiudizio altrimenti inevitabile». Si intravedono già, quindi, i presupposti di meritevolezza che si ritrovano oggi nella § 93a BVerfGG. Ad ogni buon conto tra il 1956 e il 1963 le ordinanze di inammissibilità pronunciate ai sensi della § 24 furono del tutto marginali e difficilmente superarono la decina per anno<sup>886</sup>.

Successivamente, con la decisione BVerfGE 9, 120, il Tribunale Costituzionale Federale chiarì che il criterio "oggettivo" di meritevolezza - ovvero l'opportunità di definire una questione costituzionale irrisolta - non aveva nulla a che fare con

---

<sup>884</sup> Legge sul Tribunale Costituzionale Federale 11 marzo 1951 reperibile su [bundesverfassungsgericht.de](http://bundesverfassungsgericht.de).

<sup>885</sup> SINGER, *The Constitutional Court of the German Federal Republic: Jurisdiction over Individual Complaints*, *The International and Comparative Law Quarterly* 31.2, 1982, pp. 331-356.

<sup>886</sup> *Ibid.*, p. 336.

l'interesse del ricorrente, bensì riguardava esclusivamente la circostanza che il diritto fosse o meno consolidato. Al fine di questa verifica, si comprende come svolgano un ruolo strategico i precedenti giurisprudenziali. La chiarezza e l'attualità di un precedente o di un insieme di precedenti costituiscono, infatti, il maggior sintomo che il diritto si è consolidato in quel particolare ambito.

Secondo la nuova procedura introdotta con la § 93a, non è più il collegio ristretto a valutare i presupposti di meritevolezza/importanza, ma il *Senat* nel suo complesso. Va detto, però, che non è più richiesto il voto unanime di tutti i giudici, potendo oggi almeno due voti dissenzienti comportare il rinvio alla cognizione piena del *Senat*.

Si può, quindi, concludere che anche in Germania, così come si è visto con riferimento al Tribunal Constitucional spagnolo, il criterio di meritevolezza/importanza della questione quale presupposto di ammissibilità al giudizio costituzionale conferisce al *Bundesverfassungsgericht* un significativo margine di discrezionalità nel selezionare i casi da esaminare, l'arbitrarietà del quale è limitata soltanto dal riferimento ai precedenti.

### *iii. Il valore del precedente nell'ordinamento inglese*

I giudici inglesi hanno sempre tradizionalmente avuto a disposizione un articolato meccanismo volto a filtrare i ricorsi non meritevoli di essere esaminati. Il sistema inglese, infatti, si basa sul menzionato «*leave to appeal*» o «permesso ad impugnare» che, come è stato visto con riferimento al sistema tedesco, consiste in un'autorizzazione concessa da una corte al fine di avere accesso alle giurisdizioni dei gradi superiori.

Sebbene l'ordinamento giudiziario inglese sia molto differenziato, il meccanismo del *leave to appeal* costituisce una caratteristica comune delle giurisdizioni superiori britanniche.

Nonostante gli appelli avverso le decisioni delle corti dei c.d. *Magistrates* (i.e. giudici di pace) sono tendenzialmente incondizionati, gli appelli contro le sentenze delle corti di contea o della Corona, così come contro le decisioni delle *High Courts*,

richiedono un permesso ad impugnare davanti alla Corte d'Appello<sup>887</sup>. In generale, l'istanza per il permesso ad impugnare va presentata avanti la corte inferiore nel corso dell'udienza durante la quale la decisione da impugnare viene resa<sup>888</sup>. Se la corte inferiore rifiuta di concedere il permesso, un'ulteriore istanza può essere presentata direttamente avanti la Corte d'appello<sup>889</sup>.

Chiunque rilasci un permesso ad impugnare, lo deve fare sulla base della sussistenza di una questione di diritto controversa che deve essere risolta da una corte superiore, o che può comunque essere risolta soltanto da una corte apicale. Esempi di quest'ultima categoria di questioni giuridiche sono situazioni di conflitto fra precedenti delle giurisdizioni inferiori, o l'oggettiva esigenza di fissare una dottrina comune per tutto il Regno Unito in luogo di una divergenza di orientamenti fra distretti giudiziari<sup>890</sup>.

Pare interessante notare che le previsioni che disciplinano la concessione del permesso ad impugnare riconoscono ai giudici un significativo margine di discrezionalità; la regola 52.3(6)(b) delle *Civil Procedure Rules* richiede «qualche [...] ragione imperativa per la quale l'appello dovrebbe essere esaminato», mentre il *Criminal Appeal Act* (Sezione 2) stabilisce che l'appello deve essere consentito quando i giudici ritengano che «*la condanna è incerta*», ovvero vi siano basi realistiche per annullare la sentenza. Tale discrezionalità consente ai giudici di selezionare i casi da decidere, aiutandoli in qualche modo a mantenere il carico di lavoro sotto controllo.

Un sistema simile è anche previsto per le impugnazioni avanti la Corte Suprema del Regno Unito<sup>891</sup>, ai cui giudici viene concesso un analogo margine di

---

<sup>887</sup> Si veda con riguardo ai procedimenti civili, la *Rule 52.3* delle *Civil Procedure Rules* e, con riguardo ai procedimenti penali, section 1(1) del *Criminal Appeal Act 1968*, così come emendato dalla section 1(1) del *Criminal Appeal Act 1995*.

<sup>888</sup> Cfr., per esempio, la *Rule 52.3(2)* delle *Civil Procedure Rules*.

<sup>889</sup> Cfr., per esempio, la *Rule 52.3(3)* delle *Civil Procedure Rules*.

<sup>890</sup> MACCORMICK-SUMMERS, *Interpreting Precedents*, cit., p. 318. Cfr. *Rule 52.3(6)* delle *Civil Procedure Rules* e la *Section 2* del *Criminal Appeal Act 1968*.

<sup>891</sup> Si veda le *Supreme Court Rules 2009* No. 1603 (L. 17), entrate in vigore il 1° ottobre 2009, Articoli 10-17; si veda anche la *Section 2* del *Administration of Justice Act 1960* e la *Section 13* del *Administration of Justice Act 1969*.

discrezionalità. Prima che la nuova Corte Suprema fosse costituita<sup>892</sup>, un'autorizzazione era richiesta anche per le impugnazioni avanti la *House of Lords* delle sentenze delle corti di Inghilterra, Galles e Irlanda del Nord<sup>893</sup>, mentre le impugnazioni contro le sentenze civili del sistema giudiziario scozzese richiedevano una certificazione di conformità da parte di due *advocates*<sup>894</sup>.

Tuttavia, il ruolo giudiziario della Camera dei Lords come corte di ultima istanza nel Regno Unito è cessato con l'introduzione del *Constitutional Reform Act* del 2005; dal 1° ottobre 2009, la Corte Suprema ha assunto la giurisdizione di legittimità di ultima istanza per tutte le cause civili del Regno Unito e per tutte quelle penali in Inghilterra, Galles, e Irlanda del Nord.

*iv. Il valore del precedente nell'ordinamento francese*

*a) La conformità ai precedenti come filtro di accesso alle giurisdizioni superiori*

Per concludere la rassegna delle forme di controllo dell'accesso alla Corte Suprema, occorre soffermarsi sulle norme relative alla selezione dei ricorsi avanti la Corte di cassazione francese.

Dal punto di vista storico, si può ricordare che il filtro preliminare dei ricorsi era attribuito ad un'apposita sezione della Corte di cassazione, la *Chambre des requêtes*, che esaminava tutti i ricorsi, al fine dell'immediato rigetto di quelli giudicati irricevibili od infondati<sup>895</sup>. La *Chambre des requêtes* svolse tale compito fino al 1947, anno in cui venne trasformata in una *Chambre* civile ordinaria. A tale innovazione si giunse dopo un lungo dibattito sull'utilità dell'esame preliminare dei ricorsi: prevalse, infine, l'opinione che il "passaggio obbligato" attraverso la *Chambre des requêtes*, se, da un lato, aveva il pregio di togliere di mezzo i ricorsi privi di qualunque possibilità di successo, dall'altro, invece, comportava che i ricorsi ritenuti ammissibili finissero

---

<sup>892</sup> La Supreme Court del Regno Unito è stata costituita dalla *Part 3* del *Constitutional Reform Act 2005*, *Acts of the Parliament of the United Kingdom*, 24 marzo 2005, p. 3. (reperito in data 2 Settembre 2009). Si veda anche *Statutory Instrument 2009 No. 1604, The Constitutional Reform Act 2005 (Commencement No. 11) Order 2009*.

<sup>893</sup> Si veda *Administration of Justice Act* del 1960 Ch. 65, Articolo 1(2).

<sup>894</sup> Una simile procedura è stata abolita nel 1934 per le cause inglesi e nel 1962 per quelle nord-irlandesi.

<sup>895</sup> Sulla *Chambre des requêtes*, cfr., ad es., TUNC, *Cours de procédure civile*, Paris, 1961-62, p. 129; SOLUS-PERROT, *Droit judiciaire privé*, I, Paris, 1961, p. 604 e ss.



per essere assoggettati ad un doppio (e per certi versi identico) esame, cosa che determinava l'allungamento dei tempi del processo e l'aumento dei suoi costi<sup>896</sup> non dissimilmente da quanto si è riscontrato a seguito dell'istituzione della VI sezione della Cassazione italiana.

L'incessante aumento del carico di lavoro della Corte, ha successivamente indotto il legislatore francese a riconsiderare l'idea della selezione dei ricorsi, affidandola ad organi interni alla Corte, le cc.dd. *formations restreintes*, che, per alcuni aspetti, riecheggiano il modello della *Chambre des requêtes*. Il meccanismo di filtro dei ricorsi, creato nel 1979, è stato successivamente perfezionato con la legge di riforma del 1981 ed, ancora, con la Legge del 25 giugno 2001<sup>897</sup>.

Inizialmente, le *formations restreintes* costituivano organi permanenti creati all'interno di ciascuna sezione civile della Corte, con la funzione esclusiva di esaminare in via preliminare tutti i ricorsi, pronunciando il rigetto immediato di quelli ritenuti irricevibili o manifestamente infondati, a seguito di un procedimento semplificato e privo di contraddittorio<sup>898</sup>.

L'attuazione in concreto delle funzioni assegnate alle *formations restreintes*, tuttavia, si rivelò ben presto difficile ed insoddisfacente. Infatti, similmente a quanto si è rilevato con riferimento alla *Chambre des requêtes*, l'esame preliminare dei ricorsi, anziché semplificare il lavoro della Corte, era causa di ritardi, soprattutto in conseguenza del doppio esame cui sottostavano i ricorsi che lo avessero superato. Era oggetto di critica, inoltre, il procedimento seguito dinanzi a questi organismi in quanto non assicurava sufficientemente il contraddittorio e non consentiva di individuare chiaramente i reali criteri di selezione, al di là della genericità della loro formulazione da parte del legislatore.

Quello che è stato messo in discussione più di tutto, però, fu l'utilità della sostanziale trasformazione delle *formations restreintes* in semplici «*chambre(s) de rebuts*»<sup>899</sup>, attraverso l'attribuzione a questi organismi del solo potere di pronunciare

---

<sup>896</sup> SILVESTRI E., *L'accesso alle corti di ultima istanza: rilievi comparatistici*, in *Foro it.*, 1986, pp. 289-290.

<sup>897</sup> Cfr. HULS-ADAMS-BOHMOFF, *op. cit.*, pp. 130 e ss.

<sup>898</sup> Cfr. THERY, *La riforma della Corte di cassazione in Francia*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, pp. 647 ss.; SILVESTRI E., *Recenti riforme della Cassazione francese*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1980, pp. 569 ss.

<sup>899</sup> L'espressione è di BORÉ, *La cassation en matière civil*, Paris, 1980, p. 77.

decisioni di rigetto e non anche quello di decidere immediatamente nel merito i ricorsi. Fu proprio quest'ultima critica a dare la spinta decisiva alle successive riforme delle *formations restreintes*.

Secondo il nuovo testo riformato dell'art. L. 131-6, 2° comma, del *Code de l'Organisation Judiciaire*, la *formation restreinte* non è più un organo stabile all'interno di ogni *Chambre*, ma può essere costituita *ad hoc*, quando il primo presidente od il presidente della sezione ritenga che il ricorso sia palesemente irricevibile od infondato, oppure sollevi una questione di diritto di facile soluzione o sulla quale esista già una giurisprudenza costante della Corte<sup>900</sup>.

Nel primo caso la *formation restreinte* pronuncerà il rigetto immediato del ricorso, continuando a svolgere la sua funzione originaria di "filtro", destinato alla eliminazione dei ricorsi privi di chances di successo; nel secondo caso, invece, la *formation restreinte* potrà decidere nel merito il ricorso, attraverso un ordinario giudizio in contraddittorio delle parti, costituendo una sorta di "corsia preferenziale" per la decisione dei casi meno complessi e che non pongano questioni di principio.

L'applicazione della riforma del '81 ha dato esiti complessivamente positivi, soprattutto dal punto di vista dell'alleggerimento del carico di lavoro della Corte. Tale risultato è stato effettivamente ottenuto riservando alle sezioni, nella loro composizione ordinaria, solo la decisione dei casi che presentino questioni nuove o complesse, e deferendo alle *formations restreintes*, invece, i casi di routine, che costituiscono la maggioranza.

Si può ritenere, quindi, che l'ordinamento processuale francese si sia orientato nel senso di differenziare la procedura per il giudizio di legittimità a seconda del grado di complessità ed importanza della questione giuridica posta, relegando in secondo piano il diritto dei litiganti ad un ulteriore valutazione delle proprie istanze. Emerge con evidenza una valorizzazione del ricorso in Cassazione nell'interesse della legge<sup>901</sup> al fine di fissare nell'ordinamento dei precedenti chiave.

---

<sup>900</sup> Cfr. BORÉ, *La loi du 6 août 1981 et la réforme de la Cour de cassation*, 1981, pp. 299 ss.; LINDON, *La loi de 6 août 1981 sera-t-elle la dernière loi modifiant la procédure devant la Cour de cassation?*, in J.C.P. 1981, I, 3051.

<sup>901</sup> Con riguardo al concetto di giudizio di cassazione nell'interesse della legge cfr.. Articolo 618-1 *Code de procedure civil*.

Il ricorso al diritto giurisprudenziale consuetudinario per colmare le lacune legislative è, come osserva Schlesinger, di notevole importanza nell'ordinamento francese<sup>902</sup>. Come già rilevato, la dottrina francese si riferisce a questa fonte con il termine *jurisprudence*. In un noto manuale di diritto viene ovverta la seguente definizione: «la *jurisprudence* è l'insieme delle decisioni giudiziarie dalle quali è possibile estrarre regole generali che consentono di prevedere la soluzione di simili controversie in futuro. Ciascuna sentenza ha una portata limitata al caso concreto, ma la ripetizione di decisioni simili consente di concludere che le corti riconoscono la validità della regola e che la osserveranno in futuro. Pertanto, diventa necessario tenere in considerazione tale regola per definire la propria condotta»<sup>903</sup>. Frequenti sono nell'ordinamento francese i casi in cui regole o addirittura istituzioni devono la propria esistenza alla costante ripetizione di decisioni simili (c.d. *jurisprudence constante*). Per esempio, il diritto amministrativo è in buona parte una creazione del Conseil d'État, così come le regole sulla responsabilità civile degli automobilisti sono state per lungo tempo definite dalla giurisprudenza di Cassazione. Per quel che qui interessa, non sorprende che anche nell'ordinamento francese l'importanza della fonte giurisprudenziale abbia avuto ripercussioni nell'ordinamento processuale.

Anche in questo sistema la conformità ai precedenti è stata assunta come parametro al fine di determinare se c'è o meno una ragionevole probabilità che la decisione impugnata venga annullata. Infatti, un ricorso in cassazione contro una decisione che è stata resa in conformità con la "*jurisprudence constante*" sarà molto probabilmente respinto in via preliminare<sup>904</sup> attraverso una procedura sommaria. Allo stesso scopo, il Consiglio di Stato ha con successo adottato un meccanismo di filtro che ha consentito alla Corte Suprema amministrativa di ridurre il suo carico di lavoro del 65%<sup>905</sup>.

Sebbene questa differenziazione dei procedimenti o, se vogliamo, questo meccanismo di "filtro" dia per scontato che un *Judge-Rapporteur* abbia attentamente

---

<sup>902</sup> Cfr. SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *op. cit.*, p. 694.

<sup>903</sup> PLANIOL-RIPERT, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 50-52, 1948.

<sup>904</sup> WEBER, *La Cour de cassation*, Les Etudes n.° 5325, nouvelle edition, Paris: La Documentation Française, 2010.

<sup>905</sup> ELLIOTT-VERNON-JEANPIERRE, *French Legal System*, London: Pearson Longman, 2006, pp. 104-105.

esaminato il caso e che l'Ufficio del Pubblico Ministero sia stato consultato, le decisioni di inammissibilità non richiedono motivazioni estese facendo risparmiare una notevole quantità di lavoro ai giudici.

b) *La conformità ai precedenti del Conseil Constitutionnel*

Per quanto riguarda il nuovo modello di giustizia costituzionale francese che si è configurato a seguito dell'introduzione di un'eccezione di costituzionalità<sup>906</sup>, a fianco del giudizio in via d'azione, pare interessante rilevare come un'attenta ponderazione della portata del nuovo strumento di garanzia rispetto alle evidenti esigenze di sostenibilità fosse già contenuta nel Rapporto presentato dal *Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République*, noto anche come *Comité Balladur*<sup>907</sup>.

Con riferimento alle modalità di sollevazione della questione di costituzionalità, l'attenzione alla garanzia dei diritti sembrerebbe ricevere enfasi dalla legge organica di attuazione della riforma, che rende necessaria in ogni caso una istanza di parte<sup>908</sup>.

Tuttavia, l'esigenza di prevenire il sovraccarico del *Conseil Constitutionnel* senza mortificare la finalità del nuovo strumento di garanzia ha indotto il legislatore francese a prevedere che la questione di costituzionalità sia sì suscettibile di essere sollevata davanti a qualsiasi autorità giudiziaria<sup>909</sup>, ma altresì che possa arrivare all'esame del Conseil solo se trasmessa da parte o del Conseil d'État o della Cour de cassation. Più in dettaglio, si richiede che il giudice davanti al quale è proposta la questione verifichi la sussistenza di tre presupposti: a) la disposizione è applicabile al

---

<sup>906</sup> Per una disamina puntuale dei vari aspetti della riforma, si limita qui il rinvio a GUILLAUME, *La question prioritaire de constitutionnalité*, in *Just. et C. Cass.*, 2010, p. 1 e ss. ([www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)) (Marc Guillaume è il Segretario Generale del Conseil Constitutionnel). Per ulteriori indicazioni bibliografiche, v. i contributi raccolti in ROUSSEAU D. (dir.) *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, 2010.

<sup>907</sup> *Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup>me République, Une V<sup>e</sup>me République plus démocratique*, Paris, 2007 ([www.ladocumentationfrancaise.fr](http://www.ladocumentationfrancaise.fr)).

<sup>908</sup> Art. 23-1, 1° comma, legge organica 10 dicembre 2009, n. 1523 «relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution».

<sup>909</sup> Con la sola eccezione delle Corti d'assise: restrizione che risponde da una parte alle insufficienti garanzie di adeguatezza di questo giudice, in ragione della sua composizione, a svolgere il primo «filtro» sull'ammissibilità della questione, dall'altra alla preoccupazione di un utilizzo dell'eccezione di costituzionalità a fini dilatori.

giudizio o alla procedura in corso, o costituisce il fondamento dell'azione (i.e. rilevanza); b) la disposizione non è già stata dichiarata conforme a Costituzione nelle motivazioni o nel dispositivo di una precedente decisione del *Conseil Constitutionnel*, salvo un cambiamento delle circostanze (i.e. assenza di un precedente ostativo) ; iii) la questione non è priva di carattere serio (i.e. importanza).

Tuttavia, il giudice di grado inferiore avanti al quale viene sollevata la questione non può, dopo il positivo riscontro dei requisiti menzionati, sottoporla direttamente al *Conseil constitutionnel*, bensì deve rinviarla agli organi di vertice della giurisdizione di appartenenza, ai quali soli spetta decidere se è effettivamente opportuno, anche in funzione della novità della questione, rimettere la questione al giudice costituzionale<sup>910</sup>.

Gli sviluppi del nuovo modello di accesso al *Conseil Constitutionnel* sono resi d'altro canto ancora più complessi, com'è intuibile, dalla commistione tra controllo preventivo e controllo successivo<sup>911</sup>. Come ha opportunamente rilevato Claudia Amodio, l'applicazione del divieto di rinvio pregiudiziale nei casi in cui la legge contestata abbia superato il vaglio del sindacato preventivo e astratto tende a lasciare alcune zone "franche" nell'ordinamento, nonostante l'attenuazione dovuta all'inciso «salvo cambiamento di circostanze»<sup>912</sup>. Al riguardo, non sono mancati gli autori francesi che, accogliendo una prospettiva sostanzialmente crisafulliana, hanno sostenuto che «una disposizione già controllata non significhi necessariamente "norma" già controllata», se non altro in quanto «la disposizione può contenere molteplici norme»<sup>913</sup>. In questo senso, il limite costituito dal secondo presupposto di ammissibilità sembrerebbe meno stringente del previsto. Tuttavia, nel caso in cui il sindacato preventivo abbia avuto ad oggetto la norma come emergente dalla

---

<sup>910</sup> Cfr. rispettivamente artt. 23-2 e 23-4, legge organica 10 dicembre 2009, 1523 e relative notazioni di GUILLAUME, *La question prioritaire de constitutionnalité*, cit., p. 12 e ss. e 22 e ss.

<sup>911</sup> AMODIO, *Au nom de la loi. L'esperienza giuridica francese nel contesto europeo*, Torino: Giappichelli, 2012, p. 139 e ss.

<sup>912</sup> ID. p. 140; cfr. anche GENEVOIS, *Le contrôle a priori de constitutionnalité au service du contrôle a posteriori*, in *Rev. fr. dr. adm.*, 2010, p. 1 e ss.

<sup>913</sup> Si veda fra tutti FONTAINE L., *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France*, Colloque de 16 février 2009 (www.unicaen.fr); cfr. altresì GUASTINI, *In tema di "conoscenza del diritto"*, cit., c. 376-386; CARDOZO, *The Growth of the Law*, cit., p. 27; EHRlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Monaco/Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1913; DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Parigi: Cujas, 1921.

*jurisprudence constant*, l'eventuale "certificazione" di conformità costituzionale precluderebbe l'accesso al *Conseil*. Si comprende, quindi, come il valore dei precedenti finisca anche nel contesto francese per incidere sull'accesso al giudizio di costituzionalità.

Non sembra di poco conto, a questo riguardo, che, il *Conseil Constitutionnel* si sia già espresso chiarendo che in sede di controllo successivo ciò che valuterà non è un'astratta disposizione legislativa, bensì la «portata effettiva» ad essa conferita da «un'interpretazione giurisprudenziale costante», affermando altresì che diversamente si giungerebbe ad attribuire «un'impunità costituzionale all'interpretazione della legge» e a privare il nuovo sistema di giustizia costituzionale «di una parte della sua portata»<sup>914</sup>. Pare si possa concludere, quindi, che anche nel sistema francese, così come si è visto per quello italiano, il rapporto tra la funzione interpretativa espressa dalla *jurisprudence constant* delle supreme magistrature e il monopolio interpretativo del *Conseil Constitutionnel* è affidato ad un delicato dialogo interistituzionale che prevede una differenziazione del valore dei precedenti in relazione alla funzione di cui sono espressione.

---

<sup>914</sup> Cons. const., 6 ottobre 2010, n. 39 e Cons. const. 14 ottobre 2010, n. 52 riunite entrambe sotto la rubrica dal titolo QPC et interprétation de la loi, in [www.conseilconstitutionnel.fr](http://www.conseilconstitutionnel.fr).

## **CAPITOLO V: I CENTRI DI ELABORAZIONE GIURIDICA E LA FORZA ISTITUZIONALIZZANTE DELLA GIURISDIZIONE**

Nel corso della ricerca sono emersi diversi profili di interesse in relazione all'attività di determinati organismi dedicati alla semplificazione e alla elaborazione giuridica, il lavoro dei quali è in qualche modo assunto a fonte para-normativa attraverso la forza istituzionalizzante della giurisdizione.

Si tratta, infatti, di organismi tendenzialmente permanenti e con diverso grado di istituzionalizzazione e legittimazione all'interno dell'ordinamento, che si propongono l'obiettivo di riordinare e riformulare il diritto così come interpretato in sede giurisprudenziale al fine di perseguire i valori della certezza e dell'ordine.

Sebbene i documenti che vengono prodotti da questi enti (i.e. *restatements*, *reform projects*, *recommendations*, protocolli, ecc.) non abbiano, di per sé, alcun valore normativo, l'ampia condivisione dei contenuti e la loro utilità pratica conducono a una estesa applicazione da parte dei giudici. Tale applicazione costituisce un accesso privilegiato all'interno dell'ordinamento, attraverso il valore dei precedenti.

In altre parole, quel che è parso interessante è il fatto che questi documenti normativamente atipici, elaborati in sedi pseudo-istituzionali, abbiano acquisito una forza di applicazione molto intensa grazie alla sistematica riproposizione in precedenti giurisprudenziali. Nondimeno, questi documenti restano prioritariamente destinati al legislatore come proposte da esaminare in sede parlamentare, nonostante la loro efficacia non dipenda dall'efficienza del decisore politico (Berti Arnoaldi Veli, 2011). L'esame di questi organismi non si è limitata solo all'Italia, ma si è certamente voluto collocare il nostro paese all'interno di tendenze ed orientamenti.

### **1. Gli Osservatori sulla Giustizia italiani**

Gli Osservatori sulla Giustizia Civile istituiti presso molti uffici giudiziari italiani sono organismi permanenti costituiti spontaneamente per iniziativa di avvocati, giudici e funzionari impiegati nell'amministrazione della giustizia e con l'eventuale coinvolgimento di professori universitari, ufficiali giudiziari, medici legali, commercialisti, servizi sociali territoriali, etc.

L'attività degli Osservatori è intesa a rilevare e riformulare regole comuni<sup>915</sup> emergenti dalle diverse prassi diffuse nei vari distretti giudiziari o da consolidati orientamenti giurisprudenziali<sup>916</sup>.

Lo scopo di questi organismi consiste essenzialmente nell'elaborare "protocolli"<sup>917</sup> di regole comuni che possano essere utili a giudici ed avvocati in modo da migliorare il servizio giustizia e ad uniformare l'attività dei diversi distretti giudiziari. Infatti, quando un dato protocollo si rivela particolarmente efficace, altri uffici giudiziari tendono ad adottarlo e a farlo osservare nel relativo distretto.

Questi strumenti, si sono rivelati uno straordinario strumento di conoscenza, approfondimento e – nei limiti del possibile – di recupero di efficienza nel processo.

In quella che potremmo definire la prima fase della "stagione dei protocolli"<sup>918</sup>, il contenuto degli stessi era incentrato sull'enucleazione di regole condivise per le udienze civili di tribunale e per le varie attività di complemento che riguardano il generale comportamento di leale collaborazione fra difensori, e fra questi e il giudice, nonché la migliore organizzazione e fruizione dei servizi di cancelleria.

In una seconda fase, ancora in corso, ai protocolli generali per le udienze civili si sono affiancati protocolli di contenuto più specifico, aventi ad oggetto particolari procedimenti civili o attività: è il caso dei protocolli per i procedimenti innanzi al giudice di pace<sup>919</sup>, per i procedimenti di diritto del lavoro<sup>920</sup>, per i procedimenti di diritto di famiglia<sup>921</sup>, per i procedimenti di rito societario<sup>922</sup>, per il rito locatizio<sup>923</sup>, per la liquidazione delle spese legali nei vari procedimenti civili<sup>924</sup>, per il procedimento

---

<sup>915</sup> In origine le conferenze di avvocati, giudici, funzionari ed accademici erano intitolate "Prassi Comuni", vedi nota BERTI ARNOALDI VELI (2011) cit. infra.

<sup>916</sup> BERTI ARNOALDI VELI, *Gli Osservatori sulla Giustizia civile e i protocolli di udienza*, Ed. Il Mulino, (2011).

<sup>917</sup> Il termine 'protocollo' è inteso in questo contesto come accordo sulle regole, patto, intesa; vedi BERTI ARNOALDI VELI, *Gli Osservatori sulla Giustizia civile*, cit.

<sup>918</sup> *Ibid.*

<sup>919</sup> Vedi protocolli di Genova, Milano, Monza, Termini Imerese e Verona.

<sup>920</sup> Vedi protocolli di Arezzo, Bologna, Cagliari, Grosseto, Milano, Roma, Venezia e Verona.

<sup>921</sup> Vedi protocolli di Bassano del Grappa, Bologna, Campobasso, Catania, Firenze, Milano, Pistoia, Pordenone, Reggio Calabria, Reggio Emilia, Roma, Salerno, Venezia e Verona.

<sup>922</sup> Vedi protocollo di Venezia.

<sup>923</sup> Vedi protocolli di Torino e Verona.

<sup>924</sup> Vedi protocollo di Genova.



sommario di cognizione<sup>925</sup>, per le esecuzioni mobiliari<sup>926</sup> e quelle immobiliari<sup>927</sup>, per le procedure concorsuali<sup>928</sup>, per l'applicazione degli artt. 91, 96 e 614 bis c.p.c.<sup>929</sup>, per la conciliazione delegata<sup>930</sup>, per i procedimenti ex artt. 696 e 696 bis c.p.c.<sup>931</sup>, per i procedimenti di accertamento tecnico preventivo in materia previdenziale<sup>932</sup>, per le operazioni peritali nelle controversie in materia di invalidità civile<sup>933</sup>, nonché quelli sugli atti processuali<sup>934</sup>.

L'attività di protocollazione di regole e prassi condivise costituisce, per l'ordinamento italiano, un importante fattore di innovazione e, al contempo, di stabilizzazione. È un fattore di innovazione perché costituisce il primo tentativo di coinvolgimento di una moltitudine di uffici giudiziari a ogni livello al fine di definire, d'intesa con l'avvocatura, regole chiare e condivise destinate a connotare il sistema processuale italiano. Si tratta, in effetti, di una rivoluzione nel modo di amministrare la giustizia verso una regolamentazione pattizia di equie condotte processuali, standard, criteri e parametri di interpretazione, oltre che di quello che concretamente diverrà, nei prossimi anni, il processo civile telematico. Peraltro, si sta diffondendo l'opinione in base alla quale l'esperienza oramai ventennale del confronto intercategoriale debba orientarsi anche verso nuove direzioni ed, in particolare, nelle ampie aree del diritto sostanziale<sup>935</sup> dove le esigenze di innovazione sono sempre più sentite.

Al contempo, come si è detto, l'attività di protocollazione costituisce un fattore di stabilizzazione perché favorisce e supporta la ricezione delle innovazioni del diritto legislativo, prevenendo interpretazioni arbitrarie e conflitti nel diritto giurisprudenziale, e contribuendo alla prevedibilità nell'applicazione delle norme.

---

<sup>925</sup> Vedi protocolli di Bologna, Reggio Emilia, Roma, Torino e Verona.

<sup>926</sup> Vedi protocollo di Pescara.

<sup>927</sup> Vedi protocollo di Verona.

<sup>928</sup> Vedi Protocollo di Verona.

<sup>929</sup> Vedi protocollo di Verona.

<sup>930</sup> Vedi protocollo di Firenze.

<sup>931</sup> Vedi protocollo di Pordenone.

<sup>932</sup> Vedi protocollo di Reggio Calabria.

<sup>933</sup> Vedi protocollo di Reggio Calabria.

<sup>934</sup> Vedi protocolli di Milano e Reggio Emilia.

<sup>935</sup> BERTI ARNOALDI VELI, *Gli Osservatori sulla Giustizia civile*, cit.

Si comprende, quindi, come questi strumenti finiscano per essere di significativa utilità sia per gli uffici giudiziari che per il legislatore e, per tale ragione, tendano a migliorare la comunicazione tra il potere giudiziario e quello legislativo.

Il problema relativo alla compatibilità dei protocolli come fonti normative in un contesto democratico di *civil law* basato sulla separazione dei poteri è stato affrontato dalla maggioritaria dottrina italiana attraverso l'attribuzione di una mera autorità persuasiva<sup>936</sup>. Le regole protocollari, infatti, non sono norme tecnicamente cogenti e non intendono sostituirsi al dato normativo, ma semmai affiancarlo con una serie di accorgimenti pratici condivisi, la cui forza risiede esclusivamente nella loro capacità, e in quella dei soggetti ed enti coinvolti, di porsi e di imporle quali regole di buon senso e di utilità comune, come tali riconosciute dalla comunità di operatori che le ha adottate.

Proprio perché i protocolli sono strumenti flessibili che si adattano alle specificità locali, essi non sono inscindibilmente legati alla presenza, su base locale, di un Osservatorio sulla giustizia civile: non sono, infatti, rari i casi di protocolli adottati in sedi di tribunale (ma anche presso uffici del giudice di pace o di corte d'appello) dove, pur non essendo costituito un Osservatorio, sono stati comunque raggiunti accordi fra magistratura e avvocatura coltivati nell'ambito dei rapporti di collaborazione istituzionale fra i vertici degli uffici giudiziari e i consigli dell'ordine forense territoriali. A ben vedere, i protocolli in quanto tali sono caratterizzati da una natura convenzionale, pattizia o pseudo-contrattuale che beneficia della forza istituzionalizzante della giurisdizione.

L'efficacia contrattuale di regole siffatte tende, infatti, ad essere amplificata da riconoscimenti positivi di vincolatività generale.

Ne rappresenta un esempio la sentenza n. 12408 del 2011 della Corte di cassazione, che ha riconosciuto l'applicabilità su base generale delle più note regole protocollari varate da un Osservatorio sulla giustizia civile italiano, vale a dire le tabelle per la liquidazione dei danni alla persona adottate dal Tribunale di Milano<sup>937</sup>.

---

<sup>936</sup> CAPONI, *L'Attività degli Osservatori sulla Giustizia Civile nel Sistema delle Fonti del Diritto*, in BERTI ARNOALDI VELI, *Gli Osservatori sulla Giustizia civile*, cit., pp. 57- 64.

<sup>937</sup> Sulle tabelle predisposte dall'Osservatorio sulla giustizia civile di Milano si veda SPERA D., *Tabelle milanesi 2013 e danno non patrimoniale*, Milano, 2013.

Per verità, la giurisprudenza che ha accolto le tabelle di Milano come indefettibile strumento volto a «garantire l'intima coerenza dell'ordinamento, assicurando che casi uguali non siano trattati in modo diseguale»<sup>938</sup> è a tal punto cospicua da costituire ormai certamente un consolidato orientamento.

Non di meno, nella gran parte dei casi gli ermellini trascendono le considerazioni sulla natura della fonte tabellare per valorizzarne il profilo funzionale. Come si legge in un recente arresto della Cassazione «[l]e tabelle, siano esse giudiziali o normative, sono uno strumento idoneo a consentire al giudice di dare attuazione alla clausola generale posta all'art. 1226 c.c. (v. Cass., 1975/1999, n. 4852), non già di derogarvi; e di addivenire ad una quantificazione del danno rispondente ad equità, nell'effettiva esplicazione di poteri discrezionali, e non già rispondenti ad arbitrio [...]»<sup>939</sup>.

Tuttavia, va rilevato che l'esigenza di giustificare il fondamento del sindacato di legittimità su di una valutazione di equità compiuta dal giudice di merito ha inevitabilmente condotto il giudicante di Cassazione a prendere posizione sui limiti di efficacia della fonte tabellare sì da consentirne la riconduzione ad una natura giurisprudenziale, invece che normativa. Risulta, infatti ancora una volta, che è il potere di sindacato sulla motivazione delle sentenze ex art. 360, 1° comma, n. 3 a costituire la chiave di accesso del giudizio di legittimità. Si legge ancora nella decisione del maggio 2015: «[e]ssendo l'equità il contrario dell'arbitrio, la liquidazione equitativa operata dal giudice di merito è sindacabile in sede di legittimità (solamente) laddove risulti non congruamente motivata, dovendo in essa “darsi una giustificazione razionale a posteriori” (v. Cass. civ. 7 giugno 2011, n. 12408)»<sup>940</sup>. In effetti, per lungo tempo la Cassazione ha escluso la necessità per il giudice di motivare in ordine all'applicazione della fonte tabellare in uso presso il suo ufficio giudiziario, essendo essa fondata sulla media dei precedenti del medesimo, e avendo la relativa adozione la finalità di uniformare, quantomeno nell'ambito territoriale, i criteri di

---

<sup>938</sup> Così si legge in C. Cass. civ. 7 giugno 2011, n. 12408 ove si trova anche scritto che: “equità non vuol dire arbitrio, perché quest'ultimo, non scaturendo da un processo logico- deduttivo, non potrebbe mai essere sorretto da adeguata motivazione. Alla nozione di equità è consustanziale l'idea di adeguatezza e di proporzione. Ma anche di parità di trattamento”. La medesima impostazione è stata più recentemente ed integralmente accolta anche in C. Cass. civ. 20 maggio 2015, n. 10263.

<sup>939</sup> C. Cass. civ. 20 maggio 2015, n. 10263.

<sup>940</sup> C. Cass. civ. 20 maggio 2015, n. 10263.

liquidazione del danno<sup>941</sup>, dovendo per converso adeguatamente motivarsi la scelta di avvalersi di tabelle in uso presso diversi uffici<sup>942</sup>.

Più recentemente, la Corte di cassazione si è orientata nel senso di ritenere che la mancata adozione da parte del giudice di merito delle Tabelle di Milano in favore di altre integri presuntivamente una violazione di norma di diritto censurabile in sede di legittimità e che si debba ritenere incongrua la motivazione che non dia conto delle ragioni della preferenza assegnata ad una quantificazione che, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto, risulti sproporzionata rispetto a quella cui l'adozione dei parametri offerti dalla fonte tabellare consenta di pervenire<sup>943</sup>.

Si comprende, pertanto, come la natura giurisprudenziale della fonte tabellare-protocollare discenda, più che dalla qualifica degli autori, dalla disciplina della sua efficacia dal momento che essa si estende fino alla ragionevole dimostrazione della inopportunità/iniquità derivante dalla sua applicazione. In altre parole, al giudice non è in alcun caso consentito ignorare la fonte protocollare, sebbene possa in determinati casi ritenere di derogarvi offrendone adeguata motivazione.

Da questo irretito senso di coerenza o, per meglio dire, da questa persuasività presuntiva discende il valore della fonte protocollare così come elevato dalla forza istituzionalizzante della giurisdizione.

In altri casi alcune regole nate come protocollari sono state fatte proprie dal legislatore nell'ambito di progetti di riforma processuale: ne sono esempi la riforma della disciplina delle esecuzioni immobiliari, dichiaratamente ispirata alle prassi adottate dai Tribunali di Bologna e Monza, oppure l'introduzione della calendarizzazione del processo<sup>944</sup> o la regolamentazione del contraddittorio endoperitale nelle c.t.u.<sup>945</sup>.

Pertanto, riconoscere alle regole protocollari una mera autorità persuasiva è quanto meno riduttivo. Inoltre, va osservato che tale soluzione non pare soddisfacente almeno sotto altri due distinti profili: a) non viene sciolto il nodo relativo al rapporto

---

<sup>941</sup> Si veda C. Cass. civ. 2 marzo 2004, n. 418.

<sup>942</sup> Si veda al riguardo le sentenze C. Cass. civ. 21 ottobre 2009, n. 22287, C. Cass. civ. 1 giugno 2006, n. 13130, C. Cass. civ. 20 ottobre 2005, n. 20323, C. Cass. civ. 3 agosto 2005, n. 16237.

<sup>943</sup> Si veda C. Cass. civ. 30 giugno 2011, n. 14402.

<sup>944</sup> Vedi nuovo art. 81bis disp. att. c.p.c., destinato a essere ancora più incisivo, in forza di quanto recentemente stabilito dalla Corte costituzionale, con la sentenza 18.7.2013, n. 216.

<sup>945</sup> Vedi nuovo art. 195 c.p.c.

tra protocolli e giurisprudenza; b) non risulta del tutto compatibile con i profili di responsabilità disciplinare in cui può incorrere il giudice che si rifiuti di osservare i decreti adottati dal Tribunale cui appartiene o direttamente dal CSM.

Inoltre, il rapporto tra il valore dei protocolli ed il diritto legislativo è stato oggetto di alcune considerazioni da parte della Corte Costituzionale in un caso relativo alla legittimità dell'art. 139, d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (i.e. Testo Unico delle Assicurazioni Private)<sup>946</sup>. Nelle motivazioni della sentenza i giudici costituzionali hanno qualificato i protocolli come “fonti di diritto giurisprudenziale” senza chiarire se si deve ritenere che le regole protocollari siano rilevanti nella misura in cui sono ufficialmente adottate ed applicate dai vari distretti giudiziari o in quanto rappresentino una riformulazione di regole giurisprudenziali. Per verità, la Consulta non ha risolto esplicitamente il nodo del conflitto tra diritto legislativo e norma protocollare, in quanto ha ritenuto di decidere la questione sulla base di argomenti relativi ad aspetti formali.

## **2. L’American Law Institute e lo European Law Institute**

L’esigenza di semplificazione e chiarificazione del diritto è sempre stata considerata un fattore importante di facilitazione della funzione giudiziaria e, conseguentemente, di riduzione del tempo necessario per ottenere una sentenza. Tuttavia, il migliore sistema per perseguire un simile ambizioso obiettivo continua a costituire un tema dibattuto tra gli studiosi. Al tempo in cui venne iniziata la prima grande impresa codificatoria statunitense, il Giudice Cardozo immaginò un organismo non governativo composto da esperti giuristi ed incaricato del compito di riformulare il diritto, come migliore soluzione alla c.d. «statutorification», e alle crescenti obsolescenza e complessità della legislazione<sup>947</sup>.

La professoressa K. D. Adams<sup>948</sup> ha osservato che l’Istituto Giuridico Americano (i.e. *l’American Law Institute*) rappresenta la migliore concretizzazione del modello proposto dal giudice Cardozo. E’ noto, infatti, che l’Istituto venne fondato nel 1923 (a distanza di soli due anni dalla pubblicazione dell’articolo del giudice) dopo

---

<sup>946</sup> Corte cost., ordinanza di inammissibilità n. 157/2011 (Giudice relatore Finocchiaro).

<sup>947</sup> CARDOZO, *A Ministry of Justice*, 35 Harv. L. Rev. 2, 113-128 (1921).

<sup>948</sup> ADAMS, *The American Law Institute* (2007) cit., pp. 176- 177.

che una commissione di esperti aveva raccomandato la costituzione di un'organizzazione indipendente composta da autorevoli avvocati, giudici ed accademici cui affidare il compito generale di rendere il diritto più semplice e più certo<sup>949</sup>. Secondo le valutazioni della "Commissione sulla Costituzione di un'Organizzazione Permanente per il Miglioramento del Diritto" l'incertezza derivava in buona parte dalla mancanza di accordo sui principi fondamentali della *common law*, mentre la complessità veniva imputata alle numerose divergenze riscontrabili nelle diverse giurisdizioni<sup>950</sup>.

In conseguenza, si riteneva che i compiti principali dell'Istituto Giuridico fossero, da un lato, quello di esprimere chiaramente i principi generali del diritto, e, dall'altro, quello di redigere progetti volti ad uniformare il diritto nei diversi distretti giudiziari<sup>951</sup>.

Il primo e più noto progetto dell'Istituto Giuridico furono i c.d. *Restatements* (i.e. Riformulazioni). Essi sono essenzialmente 'codificazioni' di diritto giurisprudenziale e di dottrine accolte dalla maggioranza dei giudici che si sono progressivamente affermati per tramite del principio di *stare decisis*<sup>952</sup>. Sebbene essi

---

<sup>949</sup> Si veda l'atto costitutivo dell'Istituto Giuridico Americano dove viene affermato chiaramente che lo scopo dell'istituto è: "promuovere la chiarificazione e la semplificazione del diritto e il suo migliore adattamento alle esigenze sociali, al fine di assicurare la migliore amministrazione della giustizia, e di incoraggiare e portare avanti un lavoro giuridico di natura scientifica e di rilievo accademico."

<sup>950</sup> WHITE G. E., *The American Law Institute and the Triumph of Modernist Jurisprudence*, 15 *Law and History Review* 1 (1997). CARDOZO riferisce che, secondo gli studi preliminari dell'American Law Institute le cause dell'incertezza nell'ordinamento americano sarebbero state otto, ovvero: «la mancanza di accordo sui principi fondamentali della common law; la mancanza di precisione nell'uso dei termini giuridici; previsioni legislative contraddittorie e mal redatte; tentata distinzione tra casi in cui i fatti non presentano distinzioni in punto al principio di diritto applicabile; il grande volume di decisioni archiviate; l'ignoranza dei giudici e degli avvocati; il numero e la natura delle nuove questioni giuridiche», (Cardozo B. N., *A Ministry of Justice*, 1921), p. 3. È interessante confrontare questo catalogo di problematiche con quello proposto da Francis Bacon al fine di emendare le Laws of England, circa trecento anni fa: «Certain it is, that our laws, as they now stand, are subject to great uncertainties, and variety of opinion, delays and evasion; whereof ensueth, 1) that the multiplicity and length of suits is great; 2) That the contentious person, is armed, and the honest subject wearied and oppressed; 3) that the law is more absolute; who, in doubtful cases, hath a greater stroke and liberty; 4) that the chancery courts are more filled, the remedy of law being often obscure and doubtful; 5) that the ignorant lawyer shroudeth his ignorance of law, in that, doubts are frequent and many; 6) That men's assurances of their lands and estates by patents, deeds, wills, are often subject to question, and hollow; and many the like inconveniences» (Bacon, *Law Tracts*) p. 5.

<sup>951</sup> Nel sistema italiano, il secondo compito è esplicitamente attribuito alla Suprema Corte di Cassazione dall'art. 65 r.d. n. 12/1941, con l'appellativo di "funzione nomofilattica".

<sup>952</sup> La più accurata definizione dei restatements non poteva che essere fornita da Benjamin Cardozo: «Il restatement consisterà, in primo luogo, in una sintesi di principi esplicitati con una tale chiarezza da consentire un'adeguata presentazione del soggetto, non dissimilmente dal *Conflict of Laws* di DICEY o

non siano vincolanti di per se stessi, finiscono per risultare altamente persuasivi per la qualità e l'utilità del loro contenuto dal momento che tendono a riflettere il consenso della comunità giuridica, non dissimilmente da quanto si è visto con riferimento ai protocolli degli Osservatori italiani.

Con il passare del tempo, le citazioni giudiziali dei *Restatements* si sono moltiplicate con una certa rapidità in quanto sono risultate come più chiari parametri di conoscenza del diritto<sup>953</sup>. Guido Calabresi ha messo in evidenza che i più ambiziosi sostenitori dei *restatements* ritenevano che gli scopi del movimento sarebbero stati raggiungibili solo se tali strumenti fossero stati recepiti come diritto dagli organi politici, sulla falsa riga di quanto si verificava già all'epoca in Regno Unito con la *Law Commission*.

Tuttavia, l'implementazione di dettagliate riforme legislative avrebbe esposto questi strumenti innovativi al pericolo della rapida obsolescenza, mentre, dopotutto, essi godevano del vantaggio di essere altamente conoscibili nel mondo normativo americano. La soluzione proposta da coloro che insistevano nel pretendere il recepimento legislativo dei *restatement* fu quella di considerarli equivalenti a un consolidato precedente giudiziario. La forza istituzionalizzante della giurisdizione, quindi, non sarebbe dovuta derivare solo dalla applicazione ex post dei *restatements*, ma anche dalla preventiva assunzione che questi strumenti fossero a monte un prodotto dei giudici per i giudici<sup>954</sup>.

---

dal *Digest of the Law of Evidence* di STEPHEN; e, in secondo luogo, esso consisterà nell'amplificazione, nell'illustrazione e nella spiegazione che si rendano necessari per la completa comprensione e per la pratica applicazione dei principî, lo stesso lavoro che ho menzionato già fornendo un esempio approssimativo. Ciascun *restatement* sarà accompagnato da una trattato che deve consistere in una completa esposizione dell'attuale condizione del diritto comprensiva di appropriate citazioni dottrinali. Si analizzerà e discuterà tutti i problemi giuridici presentati, e si offrirà una giustificazione della formulazione del diritto avanzata nei principî. [...] La formulazione proposta dal redattore, all'inizio in forma solo provvisoria, sarà oggetto di suggerimenti e revisione per opera dei membri dell'associazione, tutti autorevoli esponenti del pensiero giuridico. Sarà poi sottoposto al Consiglio e ai membri dell'Istituto. Una volta emerso dal loro scrutinio, la bozza sarà o accettata come adeguata o rinviata ai suoi autori. Quando finalmente uscirà con l'approvazione dell'Istituto, dopo tutto questo lavoro di verifica e controverifica, sarà qualcosa di meno di un codice e qualcosa di più di un trattato dottrinario. Sarà investito di un'autorità distinta ed unica, non per comandare, ma per persuadere. Incarnerà un pensiero composito e sarà formulato in linguaggio composito. Università, corti e ordini forensi avranno tutti preso parte nella sua creazione», (Cardozo B. N., *The Growth of the Law*, 1924), cit., p. 6; ADAMS, K. D., *Blaming the Mirror: The Restatements and the Common Law*, 40 *Ind. L. Rev.* 205 (2007).

<sup>953</sup> Cfr. CALABRESI, (1982), p. 84.

<sup>954</sup> *Id.*

Nelle prole dello stesso Cardozo, il *restatement* era destinato ad essere «qualcosa di meno di un codice e qualcosa di più di un trattato dottrinario. Sarà investito di un'autorità distinta ed unica, non per comandare, ma per persuadere. Incarnerà un pensiero composito e sarà formulato in linguaggio composito. Università, corti e ordini forensi avranno tutti preso parte nella sua creazione»<sup>955</sup>. Ed ancora, sempre secondo il giudice statunitense, non si deve pensare al *restatement* «come ad un codice, munito della forza vincolante della legge. L'unica forza che possiederà, almeno all'inizio, sarà il suo proprio potere di persuasione. Il processo giudiziario deve essere attivato di nuovo, ma con un nuovo punto di partenza, un nuovo impeto, una nuova direzione. Nel rompere un vincolo, non dobbiamo sostituirvene un altro. Dobbiamo piuttosto rendere il giudice più libero. Gli storici ci insegnano che nei tempi antichi le corti germaniche tendevano ad osservare l'uso di inviare la documentazione relativa a un caso alla facoltà di giurisprudenza delle università dell'epoca - Halle, Greifswald, Jena - al fine di ottenere un parere sulla decisione più appropriata da adottare».

Quindi, nella sua originaria concezione, il *restatement* avrebbe dovuto costituire il frutto di una elaborazione dottrinaria sulla falsa riga della tradizione universitaria europeo-continentale ed, in conseguenza, avrebbe dovuto essere munito di un'autorità non dissimile da quella del giureconsulto. Si tratta dell'ennesima tendenza convergente tra sistemi assunti come dogmaticamente contrapposti.

E' interessante notare che il primo progetto sui principi è emerso come significativo sviluppo del lavoro sui *Restatements*. Infatti, quando l'Istituto Giuridico iniziò ad occuparsi della materia relativa all'amministrazione societaria, divenne presto evidente che la riformulazione del diritto era solo una parte di quello che avrebbe dovuto essere fatto e che una sistemazione prudente di tale materia avrebbe richiesto anche cambiamenti sostanziali ben al di là di quello che i giudici sarebbero stati in grado di raggiungere attraverso la *common law*<sup>956</sup>.

Per tale ragione si riteneva che i principi dovessero essere indirizzati, oltre che ai giudici e agli avvocati, comunque anche al legislatore e alle agenzie governative in

---

<sup>955</sup> CARDOZO, *The Growth of the Law*, cit., p. 6.

<sup>956</sup> Si veda *Project Overview* al sito web: [www.ali.org](http://www.ali.org).



una forma che esprimesse il diritto per come avrebbe dovuto essere, indipendentemente dal fatto che tale forma riflettesse o meno il diritto vigente.

In questo senso, i principi elaborati dall'Istituto Giuridico possono essere considerati uno strumento chiave per migliorare la comunicazione tra i giudici e il legislatore.

Sulla falsa riga dell'Istituto Giuridico Americano, è stato istituito più recentemente l'Istituto Giuridico Europeo (i.e. *European Law Institute*<sup>957</sup>) con sede in Austria. L'Istituto Europeo condivide gran parte delle caratteristiche principali dell'omologo statunitense. Infatti, si tratta di una organizzazione indipendente e senza scopo di lucro che raccoglie eminenti giuristi al fine di elaborare documenti utili allo sviluppo del diritto europeo e alla progressiva uniformazione dei diritti nazionali. L'attività dell'Istituto Europeo ha ad oggetto tutte le branche del diritto, sostanziale e processuale, pubblico e privato, ed è diretta, in particolare, ad elaborare proposte e raccomandazioni per lo sviluppo dell'*aquis* e per il miglioramento dei meccanismi di implementazione del diritto europeo all'interno degli ordinamenti nazionali. Inoltre, l'Istituto ha anche tra gli obiettivi la predisposizione di modelli regolatori e di bozze per nuovi strumenti di diritto internazionale, oltreché la costituzione di un forum per il dialogo e la cooperazione dei giuristi europei.

Essendo trascorsi solo pochi anni dalla sua fondazione, non pare sia ragionevole trarre conclusioni sulla effettiva utilità dell'Istituto Giuridico Europeo, specie se messa a confronto con l'omologo americano. Va detto che, nonostante l'Istituto Europeo sia stato certamente costituito anche in ragione del notevole successo dell'Istituto Giuridico Americano, alcune rilevanti differenze di contesto non consentono di prevedere un futuro altrettanto fruttuoso per il nuovo ente nel Vecchio Continente. Innanzitutto, va rilevato che quando venne fondato l'Istituto Americano il sistema giudiziario di riferimento era ben definito, seppur con una serie eterogenea di differenze nelle prassi adottate nei vari distretti giudiziari. All'interno dell'Unione Europea l'assetto del sistema giudiziario, sebbene in rapida evoluzione, è ancora piuttosto composito: in gran parte degli Stati Membri l'ordinamento europeo è ancora considerato come un sistema separato- per quanto comunicante- rispetto a quelli nazionali; l'attitudine dei giudici ordinari a conoscere e ad applicare il diritto europeo

---

<sup>957</sup> Vedi <http://www.europeanlawinstitute.eu/home/> .

è molto diversificata, nonostante le chiare indicazioni offerte dalla Corte di Giustizia nelle sue decisioni; la predisposizione delle corti e dei parlamenti a considerare elementi di natura extra-legale, come le raccomandazioni, per orientare i processi di normazione è particolarmente variabile.

### **3. I Comitati Giudiziari della Repubblica Popolare di Cina**

Per quel che riguarda gli istituti di semplificazione e chiarificazione del diritto che si avvalgono della forza istituzionalizzante della giurisdizione, anche l'ordinamento cinese presenta alcuni profili di interesse. Il peculiare potere della Corte Suprema del Popolo di rilasciare linee guida che le corti inferiori sono tenute a seguire pare coerente con la funzione nomofilattica di dichiarare la "corretta" interpretazione del diritto<sup>958</sup>. Sotto questo profilo, pertanto, tali linee guida non sembrano destino più problemi di legittimazione rispetto ai pareri preliminari che può rilasciare la Corte di cassazione francese.

Ciò che è realmente interessante dell'esperienza cinese, ai fini della presente ricerca, è il ruolo dei c.d. «Comitati Giudiziari» (i.e. «*shenpan weiyuanhui*»). Secondo l'art. 10 della Legge Organica sulle Corti del Popolo (d'ora in avanti l.o.c.p.)<sup>959</sup>, «Le corti del Popolo di ogni ordine e grado costituiscono comitati giudiziari» con il compito di sintetizzare l'esperienza giudiziaria e discutere casi importanti o particolarmente difficili e altre questioni pertinenti al lavoro giudiziario. I membri dei comitati giudiziari delle corti del Popolo locali sono nominati e rimossi dal comitato permanente dell'assemblea del Popolo ai livelli corrispondenti, su raccomandazione dei presidenti di tali corti. Conseguentemente, i membri del comitato giudiziario della

---

<sup>958</sup> PAN-HAN-CZOSKE-OTTEN-FANG , *Making, Enforcing and Accessing the Law*, Report upon Perspectives dal 2014 Conferenza Annuale ECLS (Hong Kong, 2014).

<sup>959</sup> Articolo 10 l.o.c.p.: "*Le corti del Popolo di ogni ordine e grado costituiscono comitati giudiziari che praticano il centralismo democratico. Il compito dei comitati giudiziari è di sintetizzare l'esperienza giudiziaria e di discutere casi importanti o particolarmente difficili o altre questioni relative al lavoro giudiziario. I membri dei comitati giudiziari delle corti del Popolo locali ai vari livelli sono nominati e rimossi dai comitati permanenti delle assemblee del Popolo al livello corrispondente, su raccomandazione dei presidenti di tali corti. I Membri del Comitato Giudiziario della Corte Suprema del Popolo sono nominati e rimossi dal Comitato Permanente dell'Assemblea Nazionale del Popolo, su raccomandazione del presidente della Corte Suprema del Popolo.*

*I presidenti delle corti del Popolo presiedono le sedute dei comitati giudiziari delle corti del Popolo di ogni ordine e grado; i procuratori capo delle procure del Popolo ai livelli corrispondenti possono presenziare a tali sedute senza diritto di voto.*

Corte Suprema sono nominati e rimossi dal Comitato Permanente dell'Assemblea Nazionale del Popolo, su raccomandazione del presidente della Corte.

Le tre principali leggi procedurali aggiungono dettagli poco coerenti<sup>960</sup>. Pare piuttosto curioso, infatti, che la Legge di Procedura Penale sia l'unica delle tre che delinea le modalità base attraverso cui i comitati operano disponendo che «con riguardo ai casi più importanti e complessi, in relazione ai quali il collegio<sup>961</sup> ritenga difficile raggiungere una decisione, si deve rimettere la causa al presidente della corte affinché questi decida se sottoporla al comitato giudiziario per la discussione e la risoluzione. Il collegio è tenuto a rispettare la decisione del comitato giudiziario»<sup>962</sup>.

Questi comitati caratterizzano le corti del popolo dai primi anni '50 e derivano da sistemi istituiti prima del 1949 in aree controllate dal regime comunista per imporre un controllo del Partito sui giudici e per gestire casi critici che erano troppo difficili da risolvere per dei funzionari di Partito senza formazione giuridica.

Storicamente la funzione dei comitati è controversa in quanto erano considerati uno strumento del partito dominante per ostacolare l'indipendenza giudiziaria attraverso l'annullamento delle sentenze considerate troppo liberali e l'imposizione di determinati precedenti.

In altre parole, essi rappresentavano un controllo sull'attività interpretativa dei giudici; qualcosa di non lontano dall'originaria concezione della *Cour de cassation*.

Nel gennaio 2010, la Corte Suprema del Popolo ha rilasciato una nuova regolamentazione<sup>963</sup> che ha cambiato alcune caratteristiche dei comitati giudiziari. Questa nuova disciplina è stata il risultato di una elaborazione che è durata quasi dieci anni ed ha richiesto l'approvazione della più alta autorità politica, il Comitato Centrale

---

<sup>960</sup> Questo non è inusuale nella redazione legislative cinese. La Procedura Penale, quella civile, e quella amministrativa (le tre leggi processuali) richiedono l'istanza di parte per richiedere che un comitato giudiziario consideri la rimozione di un presidente di corte. Le tre leggi processuali richiedono anche che il presidente di una corte che rilevi un «chiaro errore» in un provvedimento giudiziario definitivo emesso dalla sua corte, sia tenuto a sottoporre il caso al comitato giudiziario affinché adotto gli ulteriori provvedimenti necessari.

<sup>961</sup> Un collegio di tre giudici che gestisce gran parte delle cause nel sistema giudiziario cinese.

<sup>962</sup> Si veda Articolo 149 c.p.l., consultabile all'indirizzo: <http://www.cecc.gov/pages/newLaws/criminalProcedureENG.php>.

<sup>963</sup> *Implementing Opinion on the Reform and Improvement of the System of Judicial Committees in People's Courts, Supreme People's Court*, 11 gennaio 2010, reperibile all'indirizzo: [http://www.lawlib.com/law/law\\_view.asp?id=312469](http://www.lawlib.com/law/law_view.asp?id=312469).

del Partito, a causa dell'importanza dei comitati giudiziari nel guidare il lavoro delle corti.

Fino all'introduzione della nuova regolamentazione, le disposizioni procedurali menzionate erano integrate da alcune interpretazioni della Corte Suprema del Popolo e da prassi consolidate e linee guida adottate per uso interno dalle corti locali. La nuova regolamentazione ha codificato, su base nazionale, alcune delle vecchie prassi e regole interne, per fornire maggiore coerenza e strutturazione ai comitati. Tra le questioni più importanti innovate dalla nuova disciplina vi sono i requisiti di appartenenza, la giurisdizione, e la procedura che i comitati giudiziari devono seguire, così come i rapporti con le procure locali. Tuttavia, i caratteri principali dei comitati, e la loro immanente contraddizione con i principi di autonomia ed indipendenza dei giudici permangono.

La nuova regolamentazione ora specifica quali funzionari giudiziari sono membri del comitato, ovvero il presidente della corte, i vicepresidenti, i capi di sezione, oltre che alcuni membri specializzati che vengono indicati come giudici qualificati, con esperienza e politicamente affidabili, sebbene non necessitino di alcun titolo particolare all'interno della corte stessa. La maggior parte di questi soggetti devono essere anche membri del comitato di partito della corte e sono, pertanto, investiti del potere di valutare la promozione degli altri giudici<sup>964</sup>.

I comitati giudiziari adottano decisioni che sono vincolanti nei confronti dei giudici che hanno in precedenza esaminato il caso, perché sono esplicitamente qualificati come «gli organi giudiziari di vertice» all'interno di un determinato tribunale o corte e sono incaricati di dare attuazione al principio di centralismo democratico.

Il comitato giudiziario è, perciò, l'organo più autorevole all'interno di una struttura giudiziaria, in quanto attrae nella sua giurisdizione i casi più importanti, è tenuto a dare indirizzi di politica giudiziaria ai magistrati della struttura e a sintetizzare l'«esperienza giurisprudenziale» del particolare distretto giudiziario cui fa riferimento. Ciò significa che i comitati raccolgono e analizzano la giurisprudenza locale e nazionale al fine di riorganizzarla e di selezionare i casi guida e ignorare le sentenze

---

<sup>964</sup> FINDER, *2010 Reform in the Chinese Courts: Reforming Judicial Committees*, Vol. 3, No. 5 (Edison, NJ: Bloomberg Law reports—Asia Pacific, 2010).

ripetitive-confermative. Da questo complesso lavoro, il comitato elabora regole e le rende conoscibili da tutti i giudici della relativa corte i quali, a loro volta, sono tenuti ad osservare gli indirizzi di politica giudiziaria fissati dal comitato.

Nella sua funzione giurisdizionale, il comitato giudiziario ha ancora il potere di rovesciare le sentenze emesse dai giudici della corte alla quale appartiene. L'ingerenza del Partito non è scomparsa, ma il potere di sindacare le sentenze è ora maggiormente correlato alla autorevolezza e alla competenza dei membri del comitato. In altre parole, il ruolo di questi organi sembra stia diventando più coerente con l'esercizio diffuso di una funzione nomofilattica dal momento che tendono a configurarsi come articolazioni del comitato giudiziario costituito presso la Corte Suprema del Popolo.

In effetti, la rigida gerarchia che caratterizza il sistema giudiziario cinese si riflette nel rango delle decisioni guida e nelle regole di indirizzo elaborate dai diversi comitati giudiziari. Si comprende come le decisioni e le regole di indirizzo più autorevoli nella Repubblica Popolare Cinese siano quelle adottate dal comitato giudiziario della Corte Suprema del Popolo.

Inoltre, la nuova regolamentazione ha disposto che una corte collegiale possa, su propria valutazione, sottoporre una causa al presidente della corte affinché questi disponga la remissione degli atti al comitato, quando: a) le valutazioni all'interno del collegio sono divergenti e vi è una certa difficoltà a raggiungere una decisione condivisa; b) la normativa applicabile non è chiara o ci sono difficoltà nell'applicare la legge; c) la risoluzione del caso può avere serie implicazioni sulla società; d) si tratta di una questione sostanzialmente nuova che può costituire un esempio per i casi futuri. Il ruolo interpretativo chiave del comitato emerge quindi con evidenza.

Nel prevedibile futuro dell'ordinamento giudiziario cinese, i comitati giudiziari continueranno ad operare secondo i principi direttivi imposti dal Partito Comunista, decidendo casi che risultino particolarmente difficili od importanti per un giudice ordinario, ed assicurando l'uniforme applicazione del diritto.

A ben vedere, però, il ruolo consultivo ed interpretativo di questi organi è destinato ad espandersi laddove la presa del Partito si allenti. La combinazione della funzione giurisdizionale, attraverso la quale vengono generati precedenti guida, con il compito di riorganizzare la giurisprudenza ed il potere di fornire interpretazioni autoritative del diritto si è dimostrata particolarmente utile per i giudici. È possibile

che i comitati giudiziari diventino più numerosi e specializzati, e che il loro funzionamento venga ulteriormente regolato.

## CAPITOLO VI: CONCLUSIONI

### **1. La rinascita processuale di uno strumento avversato: il precedente come chiave del dialogo giudiziario**

Nella stesura delle conclusioni del presente studio occorre ricomporre i diversi argomenti svolti al fine di capire se si è in qualche modo riusciti a gettare luce sul misterioso potere dei precedenti.

In primo luogo, è stata svolta una complessa disamina storica per rilevare quali fattori abbiano determinato o anche solo favorito l'emersione dello strumento giurisprudenziale nella tradizione giuridica anglosassone ed in quella dei paesi di civil law. Da questa analisi è emerso che, se da un lato ha svolto un ruolo significativo l'idea legittimante della giurisdizione come potere derivato dal sovrano, dall'altro lato, le esigenze di accentramento del potere attraverso una strutturazione gerarchica delle corti e l'imposizione di un diritto uniforme su tutto il territorio dello Stato hanno costituito fattori determinanti. Al contempo, è stato rilevato che, sebbene il ricorso a *regulae* di tipo casistico non sia affatto sconosciuto alla tradizione europeo-continentale, l'introduzione e la diffusione della formazione giuridica di tipo universitario ha lasciato prevalere una metodologia di interpretazione di tipo deduttivo-sillogistica che ha profondamente influenzato il pensiero giuridico dal tardo Medioevo in avanti.

Nondimeno, la dottrina storicistica ha messo in evidenza che l'elaborazione di una vera e propria dottrina del precedente nei sistemi di common law costituisce un fenomeno relativamente recente, imputabile prevalentemente all'affermazione del pensiero positivista nel corso del XIX secolo<sup>965</sup>. Una delle implicazioni di questa scoperta, secondo Duxbury e Calabresi, sarebbe la dissociazione tra lo sviluppo della common law e la dottrina di stare decisis. A ben vedere, è stato osservato che il principio di stare decisis non è stato costituzionalizzato né tantomeno imposto per via legislativa, ma costituisce un limite che le corti della tradizione anglosassone si

---

<sup>965</sup> Cfr. WISE, *The Doctrine of Stare Decisis*, 21 *Wayne L. Rev.*, 1975, 1043, pp. 1047-51; BAKER, *Judicial Records, Law Reports and the Growth of Case law*, cit.

sarebbero autoimposte<sup>966</sup>. Nella tradizione europeo-continentale, invece, emerge che una simile forma di condizionamento divenne inconcepibile in via teorica a causa delle implicazioni filosofico-giuridiche della Rivoluzione Francese che, a causa dell'avversione maturata nei confronti dei giudizi arbitrari dei *parlemént*, trasformò i giudici in meri burocrati, riavvalorando la tesi della giurisdizione come potere delegato dal sovrano.

Da un punto di vista teorico, si è, invece, investigato il significato dei precedenti ai fini della conoscenza giuridica. In tale contesto è emerso che il precedente giurisprudenziale ha la natura e le caratteristiche per costituire un sicuro ed affidabile veicolo di informazioni giuridicamente rilevanti. Infatti, a prescindere dalla impostazione dottrina di partenza che, secondo Guastini, determina il valore dei precedenti, alcune caratteristiche peculiari ne connotano oggettivamente la natura in modo del tutto diverso rispetto alla fonte dottrinale o a quella legislativa. In particolare, è stato osservato come la procedura imposta dalla legge e il valore sostanzialmente consuetudinario di un precedente sistematicamente confermato dalla comunità giudiziaria consentano ai consociati di farvi affidamento al fine di conoscere il diritto applicabile e di prevedere le conseguenze delle proprie azioni.

La diffusa tendenza a ricorrere allo strumento giurisprudenziale per conoscere il diritto applicabile ha, poi, fatto emergere la necessità di tutelare situazioni individuali connesse con lo stato di cognizione giuridica. In primo luogo, come è stato visto, si è posto un problema di rapportare l'opzione ermeneutica del giudice agli orientamenti del passato finendo per declinare l'obbligo costituzionale di motivazione con il dovere di conoscere i precedenti rilevanti. Si è, in conseguenza, configurato non un vincolo ad osservare i precedenti ma, piuttosto, un dovere di giustificare esplicitamente l'eventuale discostamento. Le prevalenti dottrine si sono, quindi, orientate nel senso di assimilare la sentenza che non si conformi a tale adempimento ad un giudizio arbitrario, ovverosia viziato sotto il profilo della motivazione e, per ciò stesso, meritevole di cassazione (i.e. annullamento).

A causa di questa peculiare forza di condizionamento, però, si è dimostrato sempre molto difficoltoso inquadrare correttamente il precedente sia all'interno di concezioni formaliste che all'interno di quelle realiste. Infatti, l'avallo di questa

---

<sup>966</sup> DUXBURY, *op. cit.* p. 116.



dicotomia per distinguere il significato dell'interpretazione giudiziaria nei sistemi ispirati al modello anglosassone e nei sistemi ispirati al modello francese, ha condotto tendenzialmente a conclusioni fallaci che contrappongono un giudice-legislatore ad un giudice-burocrate<sup>967</sup>. La dottrina giuridica statunitense rivoluzionata dal pensiero realista di Pound, Frank e Llewellyn tende a vedere il pensiero giuridico europeo-continentale come sotto l'incantesimo di un dogma ideologico positivista post-illuminista che acceca il giudice nella formulazione delle proprie decisioni<sup>968</sup>. Dal punto di vista opposto, il positivismo metodologico europeo interpreta il ruolo dei giudici anglosassoni come quello di co-legislatori continuando a rifiutare la possibilità che da un procedimento induttivo possa emergere una regola valevole erga omnes.

Da questa contrapposizione è derivata la superficiale conclusione che la principale distinzione tra il mondo giuridico anglosassone e quello di civil law fosse costituita dalla presunta 'vincolatività' del precedente<sup>969</sup>. Una delle conclusioni che emergono da questa ricerca è che nulla di simile esiste nei termini propri di questa espressione.

Un elemento cruciale di questa tesi è rappresentato dall'avvertenza che la scelta iniziale del comparatista circa i costrutti e le categorie analitiche influenza profondamente le conclusioni conseguenti<sup>970</sup>. È solo attraverso l'adozione di una prospettiva comparativa aperta ad inattesi rilievi di affinità, differenza e complessità che possiamo sperare di mettere in discussione potenti stereotipi e perduranti equivoci. E riguardo al valore del precedente giudiziario di stereotipi e di equivoci ve ne sono molti.

Con questa più cauta ma disincantata prospettiva, ci si è proposti di proseguire lo studio tentando di fondere categorie di pensiero proprie della dottrina anglosassone con concetti e teorie appartenenti al mondo giuridico europeo-continentale. Così, nel procedere con l'analisi empirica dei fenomeni, la ricerca si è scomposta in due profili principali. Da un lato, si è posta attenzione sull'influenza che l'uso dei precedenti determina nello stile dell'argomentazione giuridica dei giudici, mentre, dall'altro lato,

---

<sup>967</sup> LASSER, *op. cit.*, p. 299.

<sup>968</sup> HULS-ADAMS-BOHMOFF, *op. cit.*, p. 77.

<sup>969</sup> V., per esempio, POUND, *The Theory of Judicial Decision*, 36 *Harv. L. Rev.* 641, pp. 645-49 (1923).

<sup>970</sup> LASSER, *op. cit.*

si sono ricercati quegli istituti di diritto positivo che costituissero un presidio per il valore dei precedenti. In altri termini, a una prospettiva dottrina più di stampo anglosassone è stata affiancata un'analisi tipica dei sistemi a diritto positivo codificato.

Ai fini di uno studio comparato, la combinazione di questi due punti di vista è stata intesa ad evitare di ricadere nella trappola delle ideologie giuridiche. Quel che emerge da questa analisi incrociata è una particolare forma di legittimazione dei precedenti determinata da diversi fattori, tra i quali si rinvengono le caratteristiche istituzionali e funzionali di una data giurisdizione.

A questo riguardo, è stato messo in evidenza il ruolo fondamentale delle corti supreme in relazione alla irrinunciabile funzione nomofilattica che sono chiamate a svolgere se non altro in virtù della loro collocazione al vertice del sistema giudiziario.

In particolare si è tentato di spiegare le peculiarità della giurisprudenza di cassazione come strumento di orientamento ed uniformazione dell'interpretazione giuridica. Il particolare valore di questi precedenti nell'ordinamento è stato poi posto in relazione ai limiti del giudizio di costituzionalità, ponendo attenzione sulle dottrine dell'interpretazione costituzionalmente conforme e del diritto vivente. Nel contesto di tali dottrine, il dovere di giustificare l'eventuale discostamento dal prevalente orientamento dei giudici si è ulteriormente rafforzato ed arricchito di nuovi elementi con il contributo della Corte Costituzionale.

Inoltre, a presidio della funzionalità dei precedenti sono stati rinvenuti l'istituto della responsabilità civile dei magistrati per errata interpretazione del diritto e i c.d. filtri di impugnazione in appello e in Cassazione. Non ha sorpreso riscontrare una certa omogeneità nell'adozione di questi presidi sia in sistemi di *common law* che di *civil law*.

Infine, è parso meritevole di considerazione che il riconoscimento della dignità della fonte giurisprudenziale abbia condotto in vari sistemi alla costituzione di organismi volti esplicitamente alla rielaborazione e alla riformulazione delle norme alla luce della giurisprudenza. I profili di maggiore interesse rispetto a questi organismi sono a) la testimonianza del riconoscimento della dignità dei precedenti da parte delle comunità di operatori del diritto in un'ottica non lontana da quanto teorizzato dal Savigny, b) il riconoscimento dell'opportunità di procedere in alcuni casi all'implementazione del diritto giurisprudenziale nella forma del diritto legislativo al

fine di meglio perseguire la certezza giuridica, e c) l'emersione di un certo valore autonomo dei prodotti di questi organismi derivante dalla forza istituzionalizzante delle giurisdizioni che spontaneamente decidano di applicarli.

A ben vedere, tutto il complesso mondo che ruota attorno a questi organismi è dimostrazione del valore che hanno assunto i precedenti in un ordinamento come quello italiano.

## **2. Prospettive ortonomiche di legittimazione normativa tra modelli di *civil law* e *common law***

Dalla ricerca svolta possono essere tratte, inoltre, alcune conclusioni su come il precedente giudiziario sia in grado di influenzare legittimamente l'assetto delle fonti normative. Questo quesito rappresenta l'ultimo pezzo del puzzle che mostrerebbe una ricomposta dottrina del precedente nei sistemi di *civil law*.

Per verità, al fine di una simile ricomposizione, occorre mettere in ordine i quesiti di fondo che permeano tutta la presente ricerca. Guido Calabresi li ha esplicitati in maniera esemplare e ci si permette in questa sede di riproporli negli stessi termini e nello stesso ordine: «Qual è il fondamento del potere di una corte di fare o di sviluppare il diritto in una democrazia? Può questo fondamento giustificare l'uso occasionale del potere giudiziario per allocare l'onere dell'inerzia legislativa? Anche assumendo che il potere giudiziario possa essere giustificato in aree del diritto ove è stato legiferato, l'onere dell'inerzia è meglio assegnato nella nostra democrazia da decisioni di vecchie o transitorie maggioranze, dalle corti, da altre istituzioni o dall'insieme di tutti gli attori? Le nostre costituzioni consentono l'allocazione dell'onere dell'inerzia da parte delle corti, e, in caso affermativo, ciò è auspicabile?»<sup>971</sup>.

Come è stato visto, il potere dei giudici di elaborare il diritto può trarre diverse forme di legittimazione che Marc Loth ha appropriatamente distinto in due categorie, ovverosia in entrata e ed in uscita. Secondo alcuni autori, tra cui lo stesso Loth, gli elementi che tendono ad accomunare le varie forme di legittimazione dell'attività giudiziaria sono: 1) il generale affidamento dei consociati nelle istituzioni, 2) l'attitudine a sottomettersi volontariamente al sistema giudiziario e ad accettarne le sue

---

<sup>971</sup> CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, cit., p. 91.

manifestazioni coercitive, 3) l'accettazione delle decisioni giudiziarie e la spontanea conformazione ad esse<sup>972</sup>. Ne discende che la capacità della magistratura di strutturarsi e di condividere la propria attività di argomentazione delle decisioni in modo razionale costituirebbe il fondamento del potere di elaborare il diritto attraverso la giurisprudenza.

Secondo questa impostazione il valore dei precedenti sarebbe intimamente connesso con le modalità di organizzazione del dibattito giudiziario che emerge dal contraddittorio processuale, dal dialogo fra le corti attraverso l'uso dei precedenti e dal contributo della dottrina. Questo scambio qualificato di informazioni e di argomenti costituisce parte del più ampio dibattito morale e politico che caratterizza una data società ed, in ultima istanza, il processo democratico<sup>973</sup>.

Se questa spiegazione può in qualche modo giustificare l'allocazione dell'inerzia legislativa, non chiarisce in che misura i precedenti possano costituire formalmente fonti del diritto. Come è stato visto, l'escamotage trovato da alcuni studiosi di linguistica come Guastini sarebbe quello di definire i precedenti come fonti qualificate di conoscenza del diritto e non come vere e proprie fonti di produzione del diritto. Questa soluzione sarebbe, indubbiamente, molto persuasiva se non fosse che non vengono offerti criteri precisi per distinguere il mero "disvelamento" del diritto applicabile a partire da principi generali da una vera e propria creazione di norme. Pare doversi concludere che dietro a questa sfumatura giacciono secoli di contrapposizioni ideologiche che non consentono di raggiungere una prospettiva sicura.

In termini molto generali, la caratteristica principale delle correnti formaliste è che il diritto viene considerato come un insieme dato di regole vincolanti, ovverosia: comandi per Austin, norme per Kelsen, decisioni per Schmitt, ecc. Dall'altro lato, secondo l'approccio funzionale, il diritto è, invece, costituito da una costante conversazione tra i vari membri di una data comunità. In questo senso la dottrina parla di scelta (Felix Cohen), di scopo (Brak), di retorica (Witteveen), di morali e moralità

---

<sup>972</sup> HULS-ADAMS-BOHMOFF, *op. cit.*; VAN KOPPEN, *Verankering van rechtspraak, over de wisselwerking tussen burger, politie, justitie en rechter*, Deventer, 2003, p. 15

<sup>973</sup> HULS-ADAMS-BOHMOFF, *op. cit.*, p. 269.

(Fuller e Hart), di cultura e differenze culturali (Savigny e Gutmann), di coscienza giuridica (Krabbe), di diritto di reazione (Selznick)<sup>974</sup>.

La teoria presentata da Jürgen Habermas in *Faktizität und Geltung* (1992) integra queste due prospettive insieme. Il diritto, secondo Habermas, è un autonomo sistema di norme correlato ad un insieme di contingenti circostanze storiche. Queste circostanze aiutano a spiegare come le norme giuridiche si sviluppano e si differenziano. È interessante notare come, nonostante le prime contrapposizioni, Habermas e Luhmann sembrano convergere su una concezione del diritto come complesso di aspettative riguardo alla condotta umana che persistono controfattualmente, ovverosia anche se i modelli di comportamento non vi corrispondono. Inoltre, le scelte che la comunità di riferimento adotta assumono sempre una data forma, vengono istituzionalizzate e procedimentalizzate, generando in questo modo vincoli, organizzazione e gerarchia<sup>975</sup>. Attraverso questa prospettiva è possibile inquadrare più correttamente il valore dei precedenti nella misura in cui, attraverso la forza consuetudinaria e la legittimazione funzionale, sono in grado di generare aspettative e, quindi, giustificare un legittimo affidamento nei consociati.

Nei sistemi ispirati al modello francese come l'Italia la progressiva apertura del dialogo giudiziario ha anche comportato all'inclusione di alcuni soggetti esterni alla comunità giuridica, portatori di un legittimo interesse ad un particolare esito della controversia. In altri termini, se da un lato l'ampliamento del dibattito giudiziario ha determinato una rivalutazione dei precedenti ed un miglioramento della qualità delle decisioni, dall'altra parte la contaminazione di dinamiche pseudo-democratiche ha incentivato un fenomeno di lobby giudiziaria sulla base della consapevolezza che una sentenza della cassazione sia in grado di modificare in modo sostanziale il diritto vigente<sup>976</sup>. Per questa ragione ci si è posti il problema di come includere nel processo elementi che non costituiscono formali fonti del diritto ma che arricchiscono il ragionamento della corte anche con riferimento ai prevedibili effetti della sentenza;

---

<sup>974</sup> HULS-ADAMS-BOHMOFF, *op. cit.*, p. 454.

<sup>975</sup> HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1992, (trad. ing. "Between Facts and Norms", Cambridge: MIT Press, 1996).

<sup>976</sup> Maria Rosaria Ferrarese ha parlato a questo riguardo di uso opportunistico imprenditoriale del diritto. Cfr. FERRARESE, 'An Entrepreneurial Conception of the Law? The American Model through Italian Eyes', in NELKEN (a cura di), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth, 1997.

effetti che, ormai è noto, vanno ben al di là delle parti litiganti. Ecco che emerge da un lato il tema dell'estensione del contraddittorio ai gruppi di interesse e dall'altro l'affidabilità delle garanzie che il processo di cassazione offre nel contemperare tutti gli interessi e così rendere le decisioni il più legittimate possibili<sup>977</sup>.

Si ritiene generalmente che la trasparenza argomentativa che caratterizza la giustizia americana generi una forma di legittimazione delle sentenze che non appartiene ai sistemi europeo-continentali ispirati al modello francese. Lasser definisce questa caratteristica "ethos democratico" proprio in quanto il confronto di ragioni che avviene in sede di contraddittorio viene portato immediatamente sul piano del dibattito pubblico e da questo vengono tratti elementi di valutazione. In altri termini, la giurisprudenza statunitense trarrebbe una certa forma indiretta di legittimazione democratica attraverso un sistema di condivisione bilaterale di informazioni qualificate di tipo non giuridico tra corti ed opinione pubblica<sup>978</sup>. Questo scambio avverrebbe attraverso il veicolo dei precedenti nella misura in cui, da un lato, i consociati riescono ad ottenere informazioni sulle argomentazioni interpretative accolte dai giudici ed, in conseguenza, riporvi il proprio legittimo affidamento o, comunque, prendere posizione in relazione ad esse, mentre, dall'altro lato, i giudici sono in grado di contemplare nel contesto del contraddittorio ulteriori elementi extragiuridici in relazione alle reazioni della dottrina e alle implicazioni derivate da precedenti decisioni. La mancanza di trasparenza argomentativa nei sistemi ispirati al modello francese non consentirebbe questa forma di dialogo e ciò spiegherebbe il diverso approccio alla fonte giurisprudenziale.

A questo riguardo, Lasser e Bruisma osservano che la corte di cassazione di stampo francese non rappresenta in realtà l'antieroe della Corte Suprema statunitense, come ritiene buona parte della dottrina comparatistica americana. Per arrivare a questa conclusione è necessario aprire una prospettiva più ampia rispetto a una semplice comparazione tra stili di sentenze. Nelle parole di Lasser: «ciò che caratterizza l'ordinamento francese è il ruolo di primo piano svolto dalle élite specializzate e dagli altri attori istituzionali altamente preparati che prendono parte ad un costante dialogo

---

<sup>977</sup> HULS-ADAMS-BOHMOFF, *op. cit.*, p. 140.

<sup>978</sup> Cfr. LASSER, *op. cit.*, p. 338; HULS-ADAMS-BOHMOFF, *op. cit.* p. 149.

di alto tenore su come gestire le questioni giuridiche»<sup>979</sup>. Oltre ai giudici, altre figure tecniche finiscono per incidere sull'elaborazione delle sentenze di cassazione, ovvero sia gli avvocati specializzati, il procuratore generale, e, soprattutto, la dottrina.

È, in effetti, la dottrina che, dedicando il dovuto studio alle decisioni giudiziarie, rileva per prima i ragionamenti etici, sociali ed economici in esse contenuti e ne anticipa le conseguenze<sup>980</sup>. Questi osservatori privilegiati sono in grado di cogliere nella sostanza ciò che emerge dall'argomentazione giuridica, finendo per adempiere nell'interesse generale al compito di rivelare i fattori del giudizio al pubblico. Da questo punto di vista la dottrina assume una responsabilità che dipende dall'indipendenza, oggettività, reputazione, status ed autorevolezza dei suoi autori.

E' indubbio che l'annotazione delle sentenze costituisce un fenomeno dottrinario la cui importanza non deve essere sottovalutata negli ordinamenti ispirati al modello francese in quanto attraverso la nota il commentatore spiega il "retroscena" fattuale e giuridico di una sentenza criptica e ne contestualizza la portata anche al di là della massima che ne possa essere stata tratta. Il commentatore, inoltre, trarrà valutazioni circa la ovvietà o la novità del precedente in relazione all'assetto del diritto vigente. La dottrina giuridica, quindi, supplisce ai limiti dell'argomentazione sillogistico-deduttiva ed al contempo stimola il dialogo giudiziario<sup>981</sup>.

Anche laddove il giudizio non appaia in se stesso trasparente, quindi, vi sarebbe anche qui legittimazione nella misura in cui la comunità degli operatori giuridici è coinvolta in un discorso argomentativo attraverso i precedenti. Ciò che appare in prima battuta un ragionamento succinto, criptico e sillogistico basato sugli articoli del codice, è in realtà motivato da considerazioni che tengono conto dei commenti dottrinari e delle reazioni alle precedenti decisioni. Una rappresentazione realistica della corte di cassazione dovrebbe, quindi, contemplare questa radicale "biforcazione" tra le motivazioni ufficiali delle sentenze e il discorso giuridico pubblico costruito attorno ai precedenti<sup>982</sup>.

---

<sup>979</sup> LASSER, *op. cit.*, p. 192.

<sup>980</sup> HULS-ADAMS-BOHMOFF, *op. cit.*, p. 135.

<sup>981</sup> *Ibid.* p. 169.

<sup>982</sup> HULS-ADAMS-BOHMOFF, *op. cit.*, p. 61.

Le opere di Lasser e di Häbermas sembra invitino a pensare che il modello statunitense di corte suprema e quello francese di corte di cassazione raggiungano un grado di trasparenza e di legittimazione analogo attraverso strade diverse e che ciò contribuisca a spiegare la progressiva convergenza nell'uso dei precedenti.

Deve, tuttavia, essere rilevato un limite che continua a riscontrarsi nei sistemi codificati europeo-continentali, seppur in maniera progressivamente minore. Infatti, la formulazione tendenzialmente sillogistica delle sentenze, la scarsa attenzione dedicata nelle motivazioni al fatto e la formale esclusione degli elementi extragiuridici considerati continuano a riservare l'apertura del dialogo giudiziario soltanto ai tecnici del diritto, ostacolando la sua qualificazione come sotto-tipologia del dibattito democratico. Tale limite, proprio dello *stylus* delle sentenze italiane, condiziona la legittimazione dei precedenti rispetto alla cultura giuridica interna, 'ai valori, alle ideologie e ai principî dei soggetti che operano nel sistema giuridico'<sup>983</sup>.

A ben vedere, in effetti, nei sistemi di *civil law* continua a non essere apprezzata l'idea che le sentenze possano essere messe in discussione o che, comunque, possano essere oggetto di confronto e dibattito tra i consociati, a causa della prevalente tendenza iconoclasta fondata sul dogma della giustizia come espressione di un potere delegato del sovrano. Come è stato visto, la stessa origine della Corte di cassazione si aggancia a questo dogma attraverso le declinazioni post-illuministe, ma si tratta di una concezione di legittimazione del potere oggi insostenibile, specie in conseguenza dell'avvento delle giurisdizioni costituzionali.

A questo riguardo, Böckenförde rileva che in un sistema di *civil law* costituzionalizzato come la Germania non è più dato verificare una sostanziale differenza qualitativa tra legislazione e amministrazione della giustizia, riscontrandosi piuttosto una coordinazione e un avvicinamento tra la produzione normativa del Parlamento (*Rechtsbildung*) e quella del Tribunale costituzionale federale. La prima affievolisce da attività legislativa a mera concretizzazione, mentre la seconda si eleva da applicazione interpretativa a funzione creatrice di diritto. Nelle parole dello stesso autore:

---

<sup>983</sup> FRIEDMAN, *The Legal System. A Social Science Perspective*, New York: Russell Sage Foundation, 1987 [1975], p. 194; HULS-ADAMS-BOHMOFF, *op. cit.*, p. 62.



«Se, nella loro dimensione di diritto oggettivo, i diritti fondamentali rappresentano norme-principî effettuali, indirizzate verso tutti gli ambiti, con tendenza all'ottimizzazione, e come tali vincolano il legislatore, risulta allora immediatamente chiaro che l'attività del legislatore diventa concretizzazione. [...] Entrambi - legislatore e Bundesverfassungsgericht - danno impulso, in concorrenza tra loro, alla produzione di diritto in forma di concretizzazione. In questo rapporto di concorrenza il legislatore ha la precedenza di attivazione, ma il Tribunale costituzionale acquista una superiorità di rango. [...] Il risultato è un mutamento relativo alla organizzazione dei poteri e uno spostamento del loro baricentro. Si compie uno slittamento da una forma di Stato parlamentare verso una forma di Stato giurisdizionale, retto dal Tribunale costituzionale (*verfassungsgerichtlicher Jurisdiktionsstaat*)» [Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Stato, costituzione, democrazia*, (Milano: Giuffrè, 2006), pp. 250-251].

Di fronte all'alternativa tra Stato giurisdizionale e Stato legislativo parlamentare configurata da Böckenförde, autorevoli esponenti della dottrina costituzionalistica, ed in particolare Dreier e Alexy, hanno sostenuto l'idea di un costituzionalismo moderato (*gemäßiger Konstitutionalismus*) che renda compatibile il concetto dei diritti come estrinsecazione giurisprudenziale dei principî e il concetto di Costituzione quale ordine-quadro. Entrambi gli autori prendono atto della irreversibilità del processo di materializzazione dello Stato di diritto, fenomeno la cui radice viene identificata nei mutamenti sociali che hanno posto lo Stato e l'intera società di fronte ad una sfida politico-morale in cui l'appello al ritorno della supremazia della legge si rende in pratica infruttuoso<sup>984</sup>.

Per Dreier, lo Stato costituzionale democratico è caratterizzato da tre elementi in reciproca tensione: i diritti fondamentali, la separazione dei poteri e la democrazia. In sede di articolazione di tali elementi esistono due posizioni fondamentali: il costituzionalismo e il legalismo. La prima impostazione enfatizza il contenuto valoriale della Costituzione e tende a farla valere con il supporto del potere giudiziario, ove necessario anche nei confronti del Legislativo e dell'Esecutivo<sup>985</sup>. Il Legalismo (o Formalismo), come è stato visto, pone l'accento sull'autonomia del legislatore ordinario e tende ad irretire le competenze del potere giurisdizionale.

---

<sup>984</sup> Cfr. DREIER R., *Konstitutionalismus und Legalismus. Zwei Arten juristischen Denkens im demokratischen Verfassungsstaat*, in DIAS-JØRGENSEN-HER-SOON TAY (a cura di), *Konstitutionalismus versus Legalismus?*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1991, pp. 85 ss.; si veda altresì MEZZETTI (2011) cit., pp. 80 ss.

<sup>985</sup> Cfr. anche le tesi in questo senso sostenute da GARLICKY, *La légitimité des cours constitutionnelles*, in RFDC, (2009), 227.

Quel che preme mettere in evidenza è che l'avvento del costituzionalismo ha imposto una concezione che individua il diritto giuridicamente valido - dalla prospettiva del giudice - mediante una combinazione di elementi di legalità autorizzata, di efficacia sociale e di correzione materiale, ovvero, detto in altri termini, di giustizia<sup>986</sup>.

Secondo Dreier, l'assunzione di una concezione non positivista del diritto e di una teoria dei principî è stata ratificata dal Tribunale costituzionale federale che nella propria giurisprudenza, in particolare a partire dal caso Soraya<sup>987</sup>, ha evidenziato come esista una relazione costitutiva tra legge statale e giustizia, oltre all'assunto che sia compito dei tribunali di garantire tale relazione e di correggere le eventuali discrepanze, e che, pertanto, incombe su questi organi il dovere di riferirsi all'ordine giuridico-costituzionale inteso nella sua unità o totalità di significato, affinché il livello dei principî costituzionali non cessi di configurarsi come l'ultimo criterio di ogni svolgimento giudiziale del diritto, *intra, praeter o contra legem*.

Poiché i principî sono principî giuridico-costituzionali e non meri principî etico-morali, il modello proposto dal costituzionalismo moderato è in grado di offrire adeguata risposta, ad avviso di Dreier, alle obiezioni mosse dal Legalismo nei confronti di un costituzionalismo «totale» o «assoluto»<sup>988</sup>. Il costituzionalismo moderato, in particolare, afferma che anche il principio democratico e quello della separazione dei poteri - in quanto principî procedurali e di organizzazione - si collocano al livello dei principî costituzionali. Il modello di giustizia rappresentato dalla teoria dell'ordine dei valori costituzionali è pertanto un modello di principî giuridici materiali e procedurali, che ordina l'articolazione dei medesimi e vieta la preponderanza unilaterale del potere giudiziario. Con ciò viene resa compatibile la funzione di giustizia costituzionale ed il potere giudiziario nel suo complesso con il principio democratico e la separazione dei poteri<sup>989</sup>.

La concezione della Costituzione come incarnazione prototipica dei principî giuridici, rende possibile che l'organo di giustizia costituzionale debba giustificare,

---

<sup>986</sup> Cfr. DREIER (1991) cit., p. 91.

<sup>987</sup> BVerfGE 34, 269.

<sup>988</sup> Cfr. DREIER (1991) cit., p. 95.

<sup>989</sup> Si vedano al riguardo le preoccupazioni espresse da CALABRESI in *A Common Law for the Age of Statutes*, (1986) cit., p. 176.

giuridicamente, le proprie decisioni e sia di conseguenza soggetto al controllo politico<sup>990</sup>. Per Alexy, l'effetto di irradiazione che le norme costituzionali producono, in senso verticale ed orizzontale, verso l'intero ordinamento giuridico, induce tre conseguenze di particolare rilevanza<sup>991</sup>.

La prima di tali conseguenze consiste nella limitazione dei contenuti che la legislazione ordinaria può recare. La Costituzione non ne determina il contenuto in via esaustiva, ma esclude alcune componenti e ne esige altre.

La seconda conseguenza discende dalle modalità di fissazione materiale dei contenuti dovuta all'apertura semantica e strutturale delle disposizioni fondamentali.

I principî costituzionali sono per Alexy precetti di ottimizzazione, norme che prescrivono la realizzazione di un obiettivo nella massima misura possibile in conformità a quanto consentito dalle condizioni concrete e giuridiche. Il soddisfacimento dei principî secondo un grado modulare diverso e la relazione che necessariamente intercorre tra lo strumento finalizzato a tale scopo e il contesto giuridico di riferimento implica che i principî siano suscettibili di ponderazione.

Tale operazione, peraltro, pur se condotta seguendo un procedimento razionale, non porta ad una soluzione esatta. Si tratta di un procedimento aperto che rende lo stesso ordinamento giuridico un sistema aperto in ragione della vigenza delle norme costituzionali fondamentali.

La terza conseguenza concerne il tipo di apertura dell'ordinamento giuridico. Secondo la ricostruzione di Alexy, la vigenza delle norme fondamentali comporta l'apertura dell'ordinamento alla morale ed, in particolare, alla dignità umana, alla libertà e all'eguaglianza. L'irradiazione dei diritti fondamentali implica una trasfusione dell'idea di giustizia a tutte le sfere del diritto, invocata dallo stesso diritto positivo<sup>992</sup>.

Il concetto di ordinamento-quadro ipotizzato da Alexy contempla un modello di Costituzione che ne consente una cognizione quale ordine fondamentale in senso qualitativo o sostanziale (l'opposto significato è quello in senso quantitativo, che non prevede alcuna discrezionalità a favore del legislatore). Si tratta di una Costituzione

---

<sup>990</sup> Cfr. DREIER (1991), cit., p. 94.

<sup>991</sup> Cfr. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt: Suhrkamp, 1986; ID., *Postscript*, in *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2002; ID., *Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, in VVDStRL, 61, 2002.

<sup>992</sup> Cfr. ALEXY (1986), cit., 526; cfr. altresì MEZZETTI, (2011), cit., p. 83.

che, accanto alla determinazione di elementi fondamentali per la comunità statale, quali la struttura dello Stato-apparato, dello Stato-ordinamento e della stessa società – lascia, tuttavia, altri profili aperti ed indeterminati, dischiudendo margini di azione a favore di poteri pubblici e che stabilisce attraverso le proprie prescrizioni e i propri divieti le questioni fondamentali per la società che possono e devono essere decise dalla Costituzione medesima<sup>993</sup>.

La limitatezza e la controllabilità dei margini di azione giustificano l'istituzione di un sistema di giustizia costituzionale. Il rischio di uno slittamento dell'organo di giustizia costituzionale verso forme di paternalismo giudiziale e della conseguente transizione da uno Stato legislativo parlamentare ad uno Stato dominato dalla potestà giurisdizionale dell'organo di giustizia costituzionale può, comunque, essere evitato, a giudizio di Alexy, attraverso una feconda incorporazione della giurisdizione costituzionale nel processo democratico<sup>994</sup>.

Ciò implica una concezione dell'organo di giustizia costituzionale quale istanza di riflessione-decantazione del processo politico. La corte costituzionale deve esigere non solo, in negativo, che il risultato del processo politico non si ponga in contraddizione con i parametri dei diritti fondamentali, ma altresì motivare, in positivo, la propria pretesa affinché i cittadini possano approvare razionalmente le motivazioni dell'organo<sup>995</sup>.

In tal senso, i precetti costituzionali devono divenire oggetto di interpretazione in conformità o, meglio, in armonia con una «concezione morale pubblica» che evidenzi una comune rappresentazione delle condizioni giuste di cooperazione sociale in un mondo caratterizzato dal pluralismo<sup>996</sup>. Quello che l'organo di giustizia costituzionale deve raffigurarsi è ciò che cittadini razionali con concezioni personali

---

<sup>993</sup> Cfr. ALEXY, *Postscript*, in *A Theory of Constitutional Rights*, (2002), cit., p. 411.

<sup>994</sup> Cfr. ALEXY, *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, in LOHMANN-GOSEPATH (a cura di), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt: Suhrkamp, 1998, pp. 244 ss.

<sup>995</sup> Cfr. sul punto LECIS COCCO-ORTU (2013) in DPCE cit., p. 368; vedi inoltre FATIN ROUGE-STEFANINI, *Les qualités d'une Cour constitutionnelle: retour sur la dénomination du Conseil constitutionnel et la contestation de son caractère juridictionnel en comparaison avec le cas de la Belgique*, reperibile online tra gli Atti del Congresso dell'AFDC, 2011, all'indirizzo [www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN4/stefaniniTD4.pdf](http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN4/stefaniniTD4.pdf), 16.

<sup>996</sup> Cfr. ALEXY, *Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, in AARNIO-ALEXY-BERGHOLTZ (a cura di), *Justice, Morality and Society*, Lund: Juristförlaget, 1997, pp. 27 ss, in linea con RAWLS, *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1993.

diverse considerano come condizione necessaria di cooperazione sociale da sottrarsi alla decisione del legislatore ordinario<sup>997</sup>. In tal modo, un organo di giustizia costituzionale che intenda fornire una risposta adeguata non pretenderà di avvalorare la propria posizione giustapponendola a quella del legislatore, aspirando, piuttosto, a configurarla quale rappresentazione argomentativa dei cittadini<sup>998</sup>. In altre parole, il riconoscimento della legittimità della funzione di giustizia costituzionale non implica la necessaria condivisione delle singole decisioni, bensì la previa accettazione delle regole del gioco : la comunità dei destinatari delle decisioni del giudice costituzionale accetterà maggiormente le decisioni che presentino le condizioni di rispetto della procedura e chiarezza ed esaustività della motivazione, anche qualora non condivida la conclusione cui esse hanno condotto su una determinata questione<sup>999</sup>.

Se tale rappresentazione prevale, si verifica la riconciliazione tra giustizia e diritto di cui parla anche Derrida<sup>1000</sup>. Fred Dallmayr<sup>1001</sup> ha rilevato che, Emilio Betti, diversamente da Hans Georg Gadamer<sup>1002</sup>, ha in un certo senso accolto questa impostazione quando ha sostenuto che l'interpretazione giudiziaria funziona come «un organo della coscienza collettiva».

Si comprende, quindi, come anche la giustizia costituzionale, così come è stato visto per quella ordinaria, sembra presupporre una logica pseudo-democratica nella misura in cui si basa sulla contrapposizione, sul confronto tra ipotesi divergenti che emergono dalle istanze della società e, soprattutto, sulle aspirazioni di prevalenza dell'una sull'altra. Il contraddittorio, in altri termini, si estrinseca nel rapporto di opposizione tra due parti. Ian Shapiro ci ricorda che «[c]’è una ragione fondamentale

---

<sup>997</sup> Cfr. ALEXY (1997), cit., p. 40.

<sup>998</sup> Sulla funzione extraprocessuale della motivazione, funzionale alla legittimazione delle sentenze dell'organo di giustizia costituzionale, si rinvia a SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, Milano: Giuffrè, 1996, pp. 78 e ss.

<sup>999</sup> In questo senso si vedano MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *La légitimité du Conseil Constitutionnel: une question de procédure?*, in RBDC, (1999), p. 325 e ss.; SAITTA, *Gli effetti «motivanti» del contraddittorio nel processo costituzionale*, in ANGIOLINI, *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino: Giappichelli, 1998, il quale parla di «consenso sul metodo per pre-formare sul risultato», p. 572.

<sup>1000</sup> *Ibid.*; CORNELL-ROSENFELD-CARLSON, (1993) cit., p. 23.

<sup>1001</sup> DALLMAYR, *Hermeneutics and the Rule of Law*, in CORNELL-ROSENFELD-CARLSON, (1993) cit., p. 300.

<sup>1002</sup> GADAMER, *Verità e Metodo*, Milano: Bompiani, 2000 [1960] il quale ha una posizione più radicale intendendo l'ermeneutica come soggetta ai rapporti di forza e pertanto condizionabile dalla determinazione della voluntas individuale in una prospettiva Schmittiana.

per la quale la realistica possibilità di una opposizione è un requisito essenziale della giustizia democratica. A meno che il popolo possa mettere in discussione le norme e le regole principali con una realistica speranza di alterarle, il presupposto che «ciò che abbiamo ereditato dal passato non ci vincoli immutabilmente sarebbe privo di significato»<sup>1003</sup>. A fronte di questa contrapposizione-contraddittorio, però, laddove gli organi politici lasciano naturalmente prevalere il più forte (i.e. la maggioranza), gli organi giurisdizionali sono chiamati a far prevalere le ragioni di giustizia e di equità, tentando il più possibile una ragionevole (o bilanciata) ricomposizione degli interessi. In questo senso si può sciogliere il nodo della *counter-majoritarian difficulty* bickeliana sostituendo alla legittimazione popolare quella funzionale nel rispetto del principio democratico (de S.-O.-l'E. Lasser, 2009).

D'altra parte i tentativi di ricollegare l'incidenza giurisprudenziale sul diritto alla legittimazione popolare rivisitando le esperienze che prevedono l'elezione diretta dei giudici, si sono dimostrati tutti quantomeno distorsivi rispetto alla ricostruzione del fenomeno giurisdizionale. I giudici non sono legislatori; e non possono neanche esserlo proprio a causa della natura degli strumenti di cui dispongono, ovvero i precedenti. Come è stato visto, le sentenze, per quanto innovative e ben argomentate possano essere, non sono destinate a produrre effetti in via principale nei confronti della generalità dei consociati, a differenza delle leggi.

Inoltre, come ha rilevato Calabresi, le corti non sono adatte a svolgere funzioni pseudo- legislative in quanto non dispongono delle informazioni necessarie per attuare politiche pubbliche; in alcuni settori, infatti, la normazione richiede un dettagliato linguaggio tecnico e non tutte le questioni che emergono dal dibattito politico sono altrettanto evidenti nel contesto di un limitato contraddittorio giudiziario. Va, poi, considerato che l'azione giudiziaria deve essere talvolta retroattiva e, pertanto, può ledere legittime aspettative senza le necessarie cautele, di cui, invece, in genere dispone il legislatore. Non sorprende, peraltro, che le esigenze di tutela del legittimo affidamento dei consociati nella sicurezza giuridica spieghi come mai le corti stiano invocando, insieme ai commentatori, nuovi modi di decidere che enfatizzino la capacità giudiziaria di intervenire solo per il futuro e, quindi, più incisivamente<sup>1004</sup>.

---

<sup>1003</sup> V. SHAPIRO, *Democratic Justice*, New Haven: Yale University Press, 2001, p. 16.

<sup>1004</sup> CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, cit., p. 146.

Come è stato visto, secondo Böckenförde ed i sostenitori del costituzionalismo moderato, la prospettiva dialogica della giustizia costituzionale contribuisce a smantellare il dogma della decisione giudiziaria come espressione di un potere delegato dal sovrano. Tuttavia, in una società pluralistica tende ad essere sempre più difficile costruire forme di legittimazione sulla base di una condivisa concezione di giustizia sostanziale.

I cittadini di oggi sono meno disposti a riporre la loro fiducia in una elite che detiene il monopolio del discorso giuridico e, pertanto, è stato sostenuto che sia più facile ed efficiente tentare di costruire una forma di legittimazione sulla base di una concezione condivisa di giustizia procedurale. Ciò che viene considerato il giusto risultato di un procedimento legale non corrisponde tanto alla giusta soluzione trovata dagli esperti, quanto al risultato di un meccanismo procedurale neutrale in cui tutti hanno avuto la possibilità di avanzare la propria tesi. È, in altri termini, la procedura che, fissando le regole del confronto, rende i precedenti espressione affidabile di un dibattito giudiziario equo e ragionevole.

Se è, quindi, questo circuito dialogico che tende a legittimare il diritto che emerge dalla giurisprudenza in un'epoca in cui il legislatore ha perduto il talismano della sovranità, non sorprende che i cittadini tendano a non riporre più tanto la loro fiducia nelle forme di legittimazione in entrata, quanto piuttosto in quelle in uscita<sup>1005</sup>. In conseguenza, fattori come le garanzie di indipendenza o i meccanismi di selezione, reclutamento e formazione dei giudici finirebbero per perdere un certo potenziale di legittimazione in favore di fattori come l'equità della procedura, la coerenza dei precedenti, la trasparenza e le forme di partecipazione al dialogo giudiziario.

Emerge, quindi, una raffigurazione dei fattori normativi composita ed in una certa misura ciclica ove il prodotto del legislatore viene integrato dalla giurisprudenza ordinaria, verificato e corretto dalla giurisdizione costituzionale, riformulato dagli enti di elaborazione giuridica e dalla dottrina e, quindi, riproposto in sede politica. Un ciclo che, come dice Cardozo, non ha mai fine<sup>1006</sup>. Questo circuito avrebbe origine nel parlamento per poi passare dal giudice costituzionale e/o da quello incaricato di

---

<sup>1005</sup> Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) , *De toekomst van onze nationale rechtsstaat* (The Hague, 2002), p. 110.

<sup>1006</sup> Cfr., CARDOZO, *A Ministry of Justice*, cit., pp. 113, 117; cfr. anche VAN HOECKE, (2013).

assicurare l'uniforme interpretazione del diritto, così come dalla critica accademica e dagli altri organi dell'applicazione per poi chiudersi di nuovo sul legislatore il quale, nel caso il significato e la portata della disposizione siano stati stravolti da questo processo, procederà a riformarla, altrimenti la confermerà tacitamente. Solo attraverso il completamento di questo ciclo la disposizione diventa norma.

A questo punto, viene però da chiedersi chi abbia il controllo su questo ciclo. Il legislatore? I giudici? La corte costituzionale? La dottrina?

Per rispondere a questo dilemma, Neil MacCormick suggerisce che il tradizione schema eteronomo per il riconoscimento delle norme sia stato sostanzialmente sostituito da un'altra impostazione. Come è stato visto, non è più il prodotto emanato da una specifica autorità ad esaurire le fonti normative, bensì ci si confronta oggi con un processo, un meccanismo, un sistema.

Se però non si tratta di un modello eteronomo, non pare neppure si possa ricondurre tale sistema ad un modello autonomo. «L'autonomia», afferma l'autore, «è quella qualità degli agenti che è propria di coloro che agiscono con coscienza e che formano la propria volontà sulla base di un ragionamento sulle informazioni ottenute attraverso i sensi interni ed esterni (e, forse, l'intuizione), e che secondo tale volontà razionale interpretano ed agiscono sulla base delle conclusioni raggiunte circa i doveri ed i diritti che sono intrinsecamente universalizzabili [...]»<sup>1007</sup>. L'eteronomia viene, invece, definita tramite semplice negazione. Laddove c'è volontà, o capacità decisionale, ma tale volontà si sottomette ad una regola posta da un'altra e diversa volontà, in questo caso prevale uno schema eteronomo. «Quando una persona agisce con il presupposto che qualcun'altro si assuma la responsabilità della correttezza dell'azione [...] non vi è un'azione autonoma da parte dell'assunto soggetto agente, sebbene ciò si potrebbe forse dire con riferimento all'altra parte»<sup>1008</sup>.

Tuttavia, con riferimento al ciclo nomogenetico hoeckiano non si riscontra propriamente nessuna di queste caratteristiche. Ecco perché alcuni autori hanno ipotizzato di poter parlare di "ortonomia"<sup>1009</sup>, ovvero di uno schema di

---

<sup>1007</sup> Rientra, a parere dell'autore, in questo schema il giudizio morale.

<sup>1008</sup> MACCORMICK, *The Relative Heteronomy of Law*, *European Journal of Philosophy* 3 (1), 69-85 (1995), p. 73.

<sup>1009</sup> ROMANO, *Ortonomia della relazione giuridica: una filosofia del diritto*, (1997); ID., *Forma del Senso Legalità e Giustizia*, (2012); O'SHEA, (2014)



riconoscimento della norma che si basa sull'assunzione della sua validità-correttezza in quanto derivante da un composito processo di produzione-integrazione-verifica-riformulazione nel quale svolge un ruolo fondamentale il precedente giurisprudenziale come veicolo di informazioni giuridicamente qualificate. In base a tale prospettiva, la legittimità di una norma non può più essere presunta semplicemente perché deriva da un'autorità kelsenianamente superiore o in quanto espressione di un generico diritto di autodeterminazione. La legittimità di una norma deriva dalla verifica compiuta attraverso il processo di riscontro nell'ordinamento summenzionato.

In altri termini, la norma non è più tale solo in quanto provenga da un soggetto incaricato dalla Costituzione della funzione normativa, ma, piuttosto, trae una più completa legittimazione da un complesso processo basato sul confronto e sull'accettazione (Rosenfeld, Cornell, & Carlson, *Deconstruction and the Possibility of Justice*, 1992).

Attraverso questa lente, spiega MacCormick, il diritto che emerge dal processo interpretativo presuppone una "pretesa di correttezza" (Alexy, 1988), basata sulla giustificabilità pratica e morale dei doveri che afferma e sulla partecipazione al dialogo giudiziario. Per questa ragione, la norma si rivolgerebbe a noi con pieno rispetto per la nostra autonomia<sup>1010</sup>.

Non è di poco conto che la pretesa di validità e correttezza della prospettiva ortonomica non dipenda (quantomeno non interamente) più da una accurata ricostruzione della volontà del legislatore, bensì da una molteplicità di fattori che vanno dai limiti dell'applicazione alle esigenze di conoscibilità, dalla conformità alla costituzione alle ragioni di sistematicità, dall'affidamento nella sicurezza giuridica al criterio della ragionevolezza, dal bilanciamento di valori alla rilevanza di fattori extragiuridici. Si tratta, come è stato messo in evidenza da vari sostenitori della scuola di pensiero della *Harvard Legal Process*<sup>1011</sup>, di una serie di fattori esogeni che chiamano in causa a vario titolo diversi attori a fianco del legislatore.

---

<sup>1010</sup> MACCORMICK (1995) cit., p. 18

<sup>1011</sup> Fra i quali si distinguono i contributi di Hart, Sacks, Bickel, e Waldron. Questi autori si sono chiesti qual era il ruolo proprio dell'interpretazione, e arrivarono alla conclusione che spesso non poteva essere riconducibile alla semplice applicazione della volontà del legislatore del passato; e presentarono questa conclusione nel contesto di potenti argomenti in favore di onestà e candore. Cfr. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, cit., p. 87.

Uno degli scopi dello schema ortonomico di riconoscibilità delle norme è certamente quello di mettere in evidenza la distribuzione ponderata dell'onere dell'inerzia legislativa in un sistema costituzionale a poteri separati<sup>1012</sup>.

Dalla presente ricerca emerge che il ruolo dell'interpretazione giudiziaria nell'allocazione dell'onere dell'inerzia legislativa risulta determinante. L'approccio di "onestà e candore" che devono avere i giudici deriva, secondo la scuola dell'Harvard Legal Process, dall'abbandono dell'ipocrisia ad inseguire a tutti i costi l'intenzione del legislatore e dall'assunzione di un ruolo maggiormente consapevole da parte dei giudici.

Appare chiaro come una simile impostazione, benché consenta di inquadrare meglio i diversificati fenomeni normativi esistenti, metta in definitiva discussione il positivismo metodologico ed il legalismo che hanno da sempre giustificato l'assoluto monopolio del legislatore. D'altra parte, si tratta di un antico feticcio che non trovava reale giustificazione nella rappresentazione della volontà popolare ma, anzi, era prevalentemente inteso a definire lo Stato moderno come accentramento di autorità dedicata all'esercizio del potere pubblico. Come ha osservato appropriatamente Stefan Vogenauer, l'ortodossia sulle fonti giuridiche non riflette necessariamente la realtà sociale; essa spiega molto di più dell'ideologia sulla normazione accolta in un dato ordinamento<sup>1013</sup>.

Tuttavia, non si è legittimati a trarre la conclusione che strumenti quali le sentenze pilota, i centri di elaborazione giuridica, i precedenti nomofilattici e le dottrine basate sull'interpretazione conforme abbiano condotto all'inclusione della giurisprudenza nell'alveo delle fonti di produzione del diritto.

Volendo accedere ad una impostazione giuridica, per così dire, "neo-realista", si è indotti a riconoscere che le tradizionali "fonti di natura politica" uscirebbero legittimate da un processo di natura culturale che attinge dalla Costituzione, dalle prassi e dall'analisi razionale dei fenomeni legali sulla base del presupposto che il diritto non è solo implementazione della volontà sovrana - sia essa rappresentata dal

---

<sup>1012</sup> CALABRESI (1982) cit., p. 82.

<sup>1013</sup> VOGENAUER, *Sources of Law and Legal Method in Comparative Law*, in REIMANN-ZIMMERMANN, (a cura di) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 884.

popolo, da un assemblea o da un tiranno - ma risponde anche a un'esigenza di giustizia razionalmente determinata<sup>1014</sup>.

La nuova prospettiva ortonomica, quindi, sposta l'attenzione da chi è investito formalmente del potere di legiferare al momento applicativo come determinativo del significato delle norme. Si tratta di un cambiamento di prospettiva che scuote il tradizionale principio di separazione dei poteri e testimonia una progressiva evoluzione del principio di diritto (Hart, *The Concept of Law*, 2012 [1961]; Zurn, Binder, & Ecker-Ehrhardt, 2012). In altri termini, si sta assistendo alla inversione del passaggio spiegato autorevolmente da Luigi Lombardi Vallauri dal momento dell'essenza della proposizione giuridica a quello dell'autorità<sup>1015</sup>.

Nel contesto di questo mutamento, il valore del precedente giudiziario costituisce una chiave di interpretazione e una fonte di legittimazione della norma attraverso cui i tribunali, la dottrina e gli altri organi dell'applicazione portano a compimento l'implementazione degli atti prodotti dal legislatore.

Si è, quindi, indotti a concludere che vi siano processi di evoluzione giuridica che trascendono la contrapposizione *common law- civil law* come rilevato nella sua analisi storica da Lombardi Vallauri.

### **3. La fonte giurisprudenziale tra disincanto ideologico e ingenuità comparativa**

L'opera di Calamandrei, *La Cassazione Civile*, più volte citata nella trattazione, ha suscitato insieme consensi su certi punti e critiche su certi altri. Certamente, però, è mancata la critica sul punto centrale e cruciale della sua opera: quello della cosiddetta autorità dei precedenti o meglio della «giurisprudenza» nomofilattica.

Questa critica, secondo Gorla, è mancata in quanto non è stata considerata l'esperienza storica dei tribunali supremi in prospettiva comparata.

Su quel punto centrale, la tesi di Calamandrei e di tutti coloro che lo seguono ancora oggi, poggia su questa alternativa: a) il precedente della Cassazione o di altro

---

<sup>1014</sup> Cfr. AZZARITI (2007) cit.; VON SAVIGNY (1814-31) cit. ; CARDOZO, *A Ministry of Justice* (1921) cit.

<sup>1015</sup> Cfr. LOMBARDI VALLAURI (1975) cit.

tribunale supremo è normativamente vincolante, o b) il precedente di cassazione ha una mera autorità di fatto ed eventualmente, come si dice, soltanto persuasiva<sup>1016</sup>.

*Tertium non datur.*

Pare, però, di doversi concludere che un *tertium* sia concepibile senza violare principî costituzionali. L'esistenza di questa terza ipotesi sembra dimostrata oltrech  dall'analisi storica svolta nel capitolo I, anche sotto il profilo empirico come   emerso dal capitolo III.

Qualcuno ha definito i precedenti come "vettori del ragionamento giuridico" per spiegare la forza che esercitano nell'orientare l'interprete<sup>1017</sup>. Tuttavia, sembra doversi ritenere che una prospettiva meramente consequenzialista non sia idonea a spiegare esaurientemente il valore dei precedenti dal momento che non   mai possibile porsi a priori in una posizione di poter prevedere tutte le conseguenze che possono derivare dalla conformazione o meno ad un precedente e concludere che la sua osservanza offra sempre una soluzione migliore. Il punto centrale, piuttosto,   che la dottrina del precedente sar  pi  rigida o pi  flessibile in relazione alle conseguenze che l'ordinamento fa discendere dal suo discostamento. Un giudice di grado inferiore pu  sentirsi tenuto ad osservare un precedente di una corte superiore perch  sa che qualsiasi decisione che si ponga con esso in contrasto verr  considerata priva di autorit  dai giudici successivi ed impugnabile con buone probabilit  di successo dalle parti in causa. Inoltre, una simile decisione tenderebbe gravemente ad alterare il legittimo affidamento dei consociati nella sicurezza giuridica.

La tendenza a seguire i precedenti sembra, quindi, in parte spiegabile dal fatto che i giudici sono consapevoli del contesto giuridico in cui operano e delle garanzie che il processo deve offrire<sup>1018</sup>. Come pi  volte rilevato nel corso di questa tesi, del preteso ruolo meccanico-burocratico del giudice derivante dall'ideologia post-illuminista non   rimasto che un mito. Secondo l'opinione di un noto comparatista come Schlesinger l'autorit  dei precedenti nei sistemi di civil law sarebbe dovuta a

---

<sup>1016</sup> Cfr. CALAMANDREI, *op. cit.*, II, § 129, p. 401, con richiami ai §§ 36 e 37. Questa alternativa sembra implicitamente condivisa anche da ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1973, pp. 586-587 (e Appunti cit., pp. 93-94), ove si dice che «l'interpretazione autentica delle leggi   riservata alla legislazione e che le sentenze della cassazione hanno valore di mero precedente di fatto».

<sup>1017</sup> DUXBURY, *op. cit.*, p. 152.

<sup>1018</sup> *Ibid.*, p. 155.

quattro fattori principali che sarebbero: 1) le esigenze di economia intellettuale dei giudici; 2) le esigenze di certezza e prevedibilità per tutti i consociati; 3) il dovere di dare applicazione al principio di eguaglianza secondo il noto adagio che casi simili devono essere trattati in modo simile; 4) il timore che la decisione possa essere ribaltata in appello o cassata<sup>1019</sup>.

Come è stato visto nel capitolo IV, in Italia, così come in Germania, in Spagna ed in Francia, sono stati introdotti alcuni meccanismi procedurali che elevano il valore dei precedenti al dichiarato fine di sgravare il sistema giustizia dei casi non meritevoli di esame e di assicurare così l'efficientamento della macchina giudiziaria<sup>1020</sup>. L'esempio più noto è sicuramente quello della *doctrina legal*, l'inosservanza della quale costituisce un presupposto di accessibilità alla giurisdizione di ultima istanza in Spagna. Si tratta a ben vedere di un modello che ha riscontrato molto successo nei sistemi di civil law. In Messico, cinque decisioni consecutive delle camere della Corte suprema adottate con una maggioranza di almeno cinque voti favorevoli dei componenti del collegio, così come le decisioni assunte a camere riunite su questioni che dividono le diverse camere, costituiscono *jurisprudencia* e sono vincolanti per tutte le corti dei gradi inferiori<sup>1021</sup>. In Brasile, le epigrafi ufficiali di certe decisioni in grado d'impugnazione – sia perché rese *en banc* o perché sufficientemente ripetitive da riflettere un certo consenso sul punto – possono essere iscritte in una raccolta chiamata la *Súmula* che ha a tutti gli effetti un valore pseudo-normativo<sup>1022</sup>. Per quel che riguarda le giurisdizioni costituzionali, merita rilevare che in Germania e in Spagna gli effetti erga omnes delle dichiarazioni di illegittimità si estendono anche alla

---

<sup>1019</sup> SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WIDE, *op. cit.*, p. 713. Si tenga inoltre presente che in alcuni ordinamenti come il Perù i giudici possono anche essere licenziati dall'incarico in conseguenza dei giudizi negativi del comitato di valutazione della corte suprema in relazione al numero di sentenze non confermate. Vedi al riguardo FURNISH, *The Hierarchy of Peruvian Laws: Context for Law and Development*, 19 *Am. J. Comp. L.* 91, 101-02 (1971).

<sup>1020</sup> SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WIDE, *op. cit.*, p. 668.

<sup>1021</sup> *Ley de Amparo*, art. 192, di attuazione della Costituzione, art. 107. Dal momento che la parola *jurisprudencia* appare anche nel primo documento, è oggi generalmente riconosciuto in Messico che la *jurisprudencia* della Corte Suprema come definite nella *Ley de Amparo* rientra tra le fonti del diritto. V., ad esempio, GÓNGORA PIMENTEL, *Introducción al Estudio de Amparo*, 413-31 (3d ed. 1990), ove si citano alcuni casi. BAKER R. D., *Judicial Review in Mexico. A Study of the Amparo Suit*, 1971, è ancora utile come inquadramento generale.

<sup>1022</sup> ROSENN, *Civil Procedure in Brazil*, 34 *Am. J. Comp. L.*, 1986, 487, pp. 513-14.

*ratio decidendi* della pronuncia<sup>1023</sup>. Inoltre, l'art. 19 del Codice di Diritto Canonico del 1983 prevede, fra l'altro, che i casi siano decisi in conformità alla giurisprudenza della curia romana; l'art. 1 del Codice Civile Svizzero dispone che la tradizione giurisprudenziale guidi il giudizio del giudice; una disposizione simile si trova anche all'art. 1.3 del Codice Civile iracheno del 1953, e si potrebbe andare avanti con l'elenco dei casi in cui il diritto positivo di ordinamenti di civil law eleva la fonte giurisprudenziale a parametro normativo di riferimento.

Rispetto alla tradizionale dottrina di *stare decisis*, è stato osservato che il concetto francese di *jurisprudence constante* si distingue perché, in linea di principio, non contempla l'autorità di precedenti isolati, ma solo di orientamenti maggioritari, anche se la decisione adottata a sezioni unite tende ad esercitare, in Italia e in Germania, una forza particolare. Inoltre, alcuni Autori hanno proposto una distinzione tra i concetti di *doctrina legal*, *jurisprudencia* o *sumùla* e quello di *jurisprudence constante* in relazione al fatto che il valore dei primi trae legittimazione da una previsione legislativa, mentre il secondo descrive semplicemente un'attitudine giudiziaria<sup>1024</sup>.

In estrema sintesi, si può concludere che la funzione ed il valore dei precedenti giurisprudenziali sia cambiato drasticamente negli ultimi decenni. In relazione a ciò, l'esigenza di una maggiore responsabilità da parte dei giudici attraverso una pratica argomentativa più elaborata pare abbastanza comprensibile come esigenza democratica. La motivazione razionale delle sentenze non può ridursi ad un mero esercizio sillogistico. Perché un sillogismo sia corretto, la conclusione può contenere solo ciò che era già presente nelle premesse. In altri termini, le premesse determinano la conclusione, ma le conclusioni non generano mai nulla di nuovo. Evidentemente, questo schema di ragionamento e l'impressione di certezza che esso comporta esercita ancora un fascino enorme sui giudici di civil law poiché consente di influenzare il risultato della controversia attraverso la determinazione delle premesse senza

---

<sup>1023</sup> La sez. 31(1) della legge costituzionale federale tedesca che dà attuazione all'art. 94(2) della Legge Fondamentale, dispone: "Le decisioni della Corte Costituzionale Federale vincolano gli organi costituzionali della Federazione e degli Stati così come tutte le corti e le agenzie governative". È oggi ritenuto pacifico che questo effetto 'vincolante' include la *ratio decidendi*. STERN, 2 *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* 1037-39 (1980) ove sono riportate alcune citazioni.

<sup>1024</sup> SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *op. cit.*, p. 682.

ammettere alcun ruolo normativo. Questo è quello che Lasser ha inteso con l'espressione "ammantare giudizi di valore della forma giuridica"<sup>1025</sup>.

Tuttavia, la capacità dei precedenti di offrire 'argomenti di esclusione interpretativa', per usare le parole di Raz, è, nondimeno, particolarmente significativa. I giudici, nell'argomentare le proprie decisioni da un determinato punto di vista, non negano che vi possano essere altre valide ragioni per decidere diversamente, ma nella misura in cui accettano i precedenti come parametro della c.d. 'rule of recognition' – ovvero sia come criterio di identificazione delle regole giuridiche – accettano di considerare una determinata decisione del passato come un argomento per escludere ragioni alternative non contemplate dal precedente<sup>1026</sup>.

Riemerge, quindi, in tutta la sua possenza la dottrina dell'interpretazione conforme come veicolo di una teoria del precedente. Come è stato rilevato nel capitolo III, infatti, la combinazione tra il concetto di diritto vivente e la dottrina dell'interpretazione costituzionalmente conforme dà origine ad un argomento di esclusione interpretativa coerente con la tesi di Raz. Parimenti, è possibile spiegare attraverso questa chiave di lettura l'utilizzo della conformità ai precedenti come filtro di ammissibilità/fondatezza delle impugnazioni riscontrato in ambito processuale.

In conclusione, si può dire che il precedente giurisprudenziale eserciti sugli avvocati e sui giudici una potente forza orientativa, ma la considerazione che ne hanno i secondi ha delle implicazioni rispetto a tutta la comunità dei consociati. Pare opportuno, al riguardo, riportare un passo di un discorso tenuto dal giudice Cardozo riferito al 'mistero' dell'attività giurisdizionale:

«Bersagliati e maltrattati, brancoliamo in cerca di un principio ordinatore che ricomponga i casi contraddittori, o almeno ci consenta di dimenticarli o di ignorare il loro contrasto. Ma vi è qualcosa di più di questo. Neppure il Flegetonte di precedenti è in grado di spiegare di per sé l'impulso della giurisprudenza odierna a gettarsi nelle braccia della filosofia per trovare riparo e consolazione. L'impulso ha origine in cause più profonde e fondamentali. Si tratta di una risposta alle agitazioni e alle istanze di una civiltà in evoluzione che chiede forme giuridiche dinamiche di sfogo ed espressione oltreché una giurisprudenza e una filosofia adeguate a giustificare tale dinamismo. É fortemente sentita la necessità di un principio razionalizzante per mezzo del quale ci si possa discostare dai precedenti non più attuali senza intaccare l'idea che non vi debbano essere violazioni dell'ordinamento nella casa dei suoi custodi» [Cardozo, *Jurisprudence*,

---

<sup>1025</sup> LASSER, *op. cit.*, p. 46 ove viene usata l'espressione: «*cloaking equity judgments in legal form*».

<sup>1026</sup> RAZ, *Practical Reason and Norms*, p. 144.

(Address before the New York State Bar Association Meeting) New York State Bar Association Report 1932: 263), pp. 265- 266].

Da questo passaggio emerge la peculiarità che connòta la fonte giurisprudenziale rispetto a tutte le altre. Il *tertium*, appunto, che per secoli è riuscito a sfuggire alle sistematizzazioni dottrinarie. La definitiva sconfitta del concetto di precedente ‘vincolante’ era già evidente agli inizi del secolo scorso. Lo ammette candidamente lo stesso Cardozo nel prosieguito del suo discorso:

«[L]a ricerca della certezza risponde ad un impulso molto radicato nell'animo delle corti e degli ordini forensi. Per molto tempo abbiamo cercato di soddisfarlo rivolgendoci al testo scritto, al caso concreto, al precedente che doveva essere seguito con inflessibile devozione. Tale sistema ha funzionato bene per un certo tempo, ma ora, alla fine, i precedenti ci ripropongono il problema, ci stanno ingolfando e annichilendo - ingolfando ed annichilendo proprio i devoti che ne hanno professato il culto. In conseguenza l'aria si è riempita di nuovi culti che sconfessano le antiche fedi. Alcuni di essi ci dicono che, invece di ricercare la certezza nelle espressioni linguistiche, nelle esplicitazioni testuali, dobbiamo ricercare qualcosa di più profondo, una certezza dei fini e degli scopi. Alcuni altri ci dicono che la certezza è meramente relativa e temporanea, una scritta sulla sabbia che viene cancellata dall'avanzare delle onde». [Cardozo, *Jurisprudence*, (Address before the New York State Bar Association Meeting) New York State Bar Association Report 1932: 263), pp. 265- 266].

Dalle parole dell'eminente giurista ci viene quindi ricordato che qualsiasi considerazione sul precedente non può non essere posta in una determinata prospettiva. In altre parole, il valore del precedente dipenderebbe dall'uso che ne fa il giudice adottando una prospettiva nomofilattica, invece che assiologica, o piuttosto sistematica, o, in alternativa, palinogenetica, se si pensa al dovere di trasfondere i principî costituzionali in un ordinamento pre-esistente, oppure teleologica, nel fallace intento di attenersi sempre e comunque all'intenzione del legislatore.

Sulla base di questa eterogenesi dei fini, però, risulta meno agevole accogliere la tesi proposta da Ruggeri secondo la quale il valore dei precedenti dipenderebbe, in ultima istanza, dal riconoscimento costituzionale della fonte che legittima una determinata funzione giurisdizionale. D'altra parte, deve essere evitato anche il rischio di un giudizio arbitrario sul precedente, rimesso alla libera determinazione del giudice, se si vuole in qualche modo superare la dottrina sul valore meramente persuasivo della fonte giurisprudenziale. Diversamente, la giurisprudenza finirebbe per essere riversata nella massa di fattori extragiuridici che il giudice prende in considerazione senza poter essere chiamato a risponderne.



Quel che è dato constatare dallo studio diacronico sul ruolo dei precedenti è una sostanziale conferma o, meglio, un rafforzamento dell' insegnamento di Henry Sumner Maine, in base al quale il diritto ha differenti significati in differenti fasi della sua storia; nessuna delle definizioni già elaborate dagli storici o dai giuristi risulta adeguata per ogni fase; alcune di queste definizioni sono state elaborate per adattarsi a culture avanzate, mentre altre si dovevano confare a fasi iniziali di un ordinamento.

Al momento dell'introduzione della Costituzione repubblicana in Italia, è stato visto che il ruolo dei precedenti era in trasformazione. All'epoca, l'impostazione di Piero Calamandrei si fondava sull'idea che in un dato momento potesse emergere una sola interpretazione «esatta» o «vera» della legge, ovverosia quella adottata dalla Corte di cassazione<sup>1027</sup>. Secondo questa prospettiva, però, l'uniformità dell'interpretazione della legge si proietta solo nella dimensione spaziale (rispetto ai vari giudici di merito territoriali) e non in quella temporale<sup>1028</sup>. Tale prospettiva statica, secondo Calamandrei, si deve al fatto che la Corte di cassazione può mutare (anche subito dopo quella pronuncia) la sua interpretazione della legge e, in un certo senso, la deve mutare quando ciò sia richiesto dall'evolversi dei tempi.

Ma, come ammette lo stesso Autore al § 46, e come ci confermano anche Gorla e Guastini, esistono soltanto delle interpretazioni possibili o delle *opiniones*, la cui validità non può essere stabilita con alcun criterio. Più opportunamente gli autori di diritto comune parlavano di *opiniones probabiles* o di verità relativa, e ne traevano che la *communis opinio doctorum*, prima del sorgere dei tribunali supremi, e poi lo *stylus iudicandi* di questi, erano un'autorità da cui non si poteva recedere (con semplici argomentazioni) *etiamsi contraria opinio sit de iure verior*<sup>1029</sup>, ma se ne poteva recedere soltanto per le gravi ragioni menzionate. D'altro lato, il concetto di verità, sia pure «ufficiale», come quello correlativo di erroneità, mal si adatta alla cosiddetta interpretazione evolutiva, anzi sembra precluderla.

Se, quindi, il diritto giurisprudenziale è, per sua stessa natura, caratterizzato da una certa fluidità connessa alle esigenze di evoluzione, si comprende come esso non

---

<sup>1027</sup> V. *La Cassazione civile*, cit., II, §§45-48.

<sup>1028</sup> ID. II, § 31.

<sup>1029</sup> È da rettificare in questo senso, secondo GORLA, l'espressione «de iure verior» richiamata. In altre parole, per poter fare quel recesso non bastava che la contraria interpretazione o opinione fosse meglio argomentabile, ma occorre che le gravi ragioni menzionate.

sia idoneo a vincolare i consociati in maniera analoga al diritto legislativo. Si tratta, piuttosto, di un vincolo di argomentazione ovvero di un dovere di includere nella motivazione delle sentenze la giustificazione razionale del rapporto tra l'ipotesi emerneutica adottata e quelle escluse in virtù dei precedenti. La validità di tale giustificazione dipenderà poi anche dalla specifica prospettiva con cui il giudice terrà conto della giurisprudenza. Come suggerito da John Dewey, la logica giuridica non ha senso in assenza di considerazioni sul pubblico interesse da perseguire<sup>1030</sup>.

In ogni caso, la fonte giurisprudenziale intesa in questo senso non preclude la soddisfazione delle aspettative di evoluzione, preservando, al contempo, la stabilità e la coerenza complessive del sistema. Volendo rievocare ancora le parole del giudice Cardozo:

«Posso soltanto avvertirvi che coloro che prestano attenzione all'un fine senza considerare l'altro, finiranno per adorare falsi Dei, conducendo i propri seguaci fuori strada. La vittoria non è dei partigiani della logica inflessibile, né dei livellatori di ogni regola e precedente, ma è di coloro che sappiano imparare a fondere queste due tendenze insieme per adattarle ad un fine, per quanto non perfettamente definito». [Cardozo, *The Growth of the Law*, cit. p. 143].

D'altra parte, si tratta di una logica che permea anche l'interpretazione costituzionale. È fuor di dubbio, infatti, che l'interpretazione giudiziaria costituisca lo strumento principale per proiettare l'efficacia dei precetti costituzionali nel futuro senza lasciare costantemente aperta una fase pseudo-costituente. Come ha scritto Thomas Jefferson «[i]l problema del giudizio di costituzionalità ... è quello di mantenere un'epoca libera dalle paure e dai pregiudizi di un altro periodo storico» (Douglas, 1949).

Questo crinale pericoloso su cui deve camminare il giudice non può essere ignorato nel contesto dello studio delle sentenze. Il valore dei precedenti giurisprudenziali nell'ordinamento costituzionale italiano deve essere, quindi, approcciato con un'ottica più disincantata se non altro per favorire una riconciliazione tra la prevalente impostazione filosofica e la realtà giuridica. La presenza nel nostro ordinamento di sentenze che presentano le caratteristiche di giudizi arbitrari non deve essere assunta ad esempio o a controprova dell'irrelevanza della fonte giurisprudenziale

---

<sup>1030</sup> DEWEY, *Logical Method and Law*, 10 *Cornell Law Quarterly* (1924), p. 17.

ma, piuttosto, deve essere riconosciuta come sintomo di una patologia di cui il sistema dell'amministrazione della giustizia italiana è da lungo tempo affetta.

Non si tratta però di trasformare il giudice, ordinario o costituzionale, in uno pseudo-legislatore, quanto piuttosto di collocare lo strumento giurisprudenziale nel posto che gli spetta in relazione alle sue peculiari caratteristiche. All'inizio del secolo scorso è stato scritto che il giudice «non è un cavaliere errante, che vaga a piacimento perseguendo il proprio ideale di bellezza e rettitudine. Egli deve trarre la propria ispirazione da principi consacrati. Non deve dare la precedenza al sentimento spasmodico o ad una vaga e discrezionale benevolenza. Egli deve esercitare una discrezionalità informata dalla tradizione, metodizzata dall'analogia, disciplinata dal sistema, e subordinata alla "primordiale esigenza di ordine nella vita sociale"»<sup>1031</sup>. Si corrono più rischi ad ignorare il valore del fenomeno giurisprudenziale, che a riconoscerlo con "candore".

---

<sup>1031</sup> CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, cit., p. 141.

## BIBLIOGRAFIA

- AA. VV. . (2008). *La giustizia civile e penale in Italia* . Bologna : Il Mulino.
- AA.VV. (1966). *Le Corti Supreme*. Milano : Giuffré.
- Aarnio, A., Alexy, R., & Bergholtz, G. (1997). *Justice, Morality and Society*. Lund: Juristförlaget.
- Adams, K. D. (2007). Blaming the Mirror: the Restatements and the Common Law. *Indiana Law Review*, 40.
- Adams, K. D. (2007). The American Law Institute: Justice Cardozo's Ministry of Justice? *Southern Illinois University Law Journal*, 32, 173-210.
- Adams, M. (1999). The Rhetoric of Precedent and Comparative Legal Research. *Modern Law Review*, 464.
- Alexy, R. (1986). *Theorie der Grundrechte*. Francoforte : Suhrkamp.
- Alpa, G. (2006). *I principi generali*. Milano: Giuffré.
- Alpa, G. (2008). Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente» - Convergenza o affinità dei sistemi giuridici? *Sociologia del diritto*.
- Amodio, C. (2012). *Au nom de la loi. L'esperienza giuridica francese nel contesto europeo*. Torino : Giappichelli.
- Amoroso, G. (1998). L'interpretazione "adeguatrice" nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità. *Foro italiano*, V.
- Angiolini, V. (1998). *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*. Torino: Giappichelli.
- Anzon , A. (1984). La corte costituzionale e il "diritto vivente". *Giurisprudenza costituzionale*, I.
- Anzon, A. (1998). Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente (nota a Corte cost. 23 aprile 1998 n. 138). *Giurisprudenza costituzionale* .
- Arnolds, J. H. (1977). *Statutes as Judgments: the Natural Law Theory of Parliamentary Activity in Medioeval England*. Philadelphia, PA: University of Pennsylvania Law Review.
- Arnulf, A. (1999). *The European Union and its Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Ascarelli , T. (1957). In tema di interpretazione ed applicazione della legge . *Rivista di diritto processuale*.
- Ascarelli , T. (1958). Giurisprudenza costituzionale e teorie dell'interpretazione. *Rivista di diritto processuale*.
- Azzariti, G. (2007). *Interpretazione costituzionale*. Torino: Giappichelli.

- Baker. (2001). *The Law's Two Bodies: Some Evidential Problems in English Legal History*. Oxford: Oxford University Press.
- Baker, J. H. (1989). *Judicial Records, Law Reports, and the Growth of Case Law*. Berlino: Duncker & Humbolt.
- Baker, J. H. (2002). *An Introduction to English Legal History*. London : Butterworths.
- Barnett, R. (2008). *Constitutional Law. Cases in context*. New York, NY: Wolter Kluwer-Aspen Publishers.
- Bartole, S. (2008). *Il potere giudiziario*. Bologna: Il Mulino.
- Basciu, M. (1987). *Soggetto e principi generali del diritto*. Milano : Giuffrè.
- Baudenbacher, C. (2003). Judicial Globalization: New Developments or Old Wine in New Bottles? *Texas International Law Journal*, 505- 526.
- Baum Levenbook, B. (2000). The Meaning of a Precedent. *Legal Theory*, 185-240.
- Berti Arnoaldi Veli, G. (A cura di). (2011). *Gli Osservatori sulla Giustizia Civile e i Protocolli d'Udienza* . Bologna: Il Mulino.
- Betti, E. (1949). *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica*. Milano: Giuffrè.
- Betti, E. (1971). *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*. Milano: Giuffrè.
- Bickel, A. (1986). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Bifulco, D. (2008). *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto": contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2, della Costituzione italiana*. (Vol. 32). Napoli: Jovene.
- Bin, R. (1995). *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*. Padova: Cedam.
- Bin, R., Brunelli, G., Pugiotto, A., & Veronesi, P. (2007). *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*. Torino: Giappichelli.
- Black, H. C. (1891). *A Treatise on the Law of Judgments: Including the Doctrine of Res Judicata*. St. Paul, MN: West Publishing Co. .
- Black, H. C. (1912). *Law and Judicial Precedent* . St. Paul, : West Publishing Co. .
- Blackstone, W. (1765-1769). *Commentaries on the Laws of England*. Oxford: Clarendon Press.
- Bobek, M. (2013). Of Feasibility and Silent Elephants: the legitimacy of the Court of Justice through the Eyes of National Courts. In M. Adams, J. Meeusen, G. Straetmans, & H. de Waele, *Judging Europe's Judges: The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice Examined*. Oxford: Hart Publishing.
- Böckenförde, E.-W. (2006). *Stato, costituzione, democrazia*. Milano: Giuffrè.
- Brenner, S. W. (1992). *Precedent Inflation*. New Brunswick: Transaction.

- Bretone, M. (2001). *Storia del diritto romano*. Roma-Bari: Laterza.
- Broggini, G. (1997). *Comprensione e formazione del diritto: storia e diritto vivente*. *Jus*.
- Burns, J. (1993). Bentham and Blackstone: a lifetime's Dialectic. In G. Schlochert, *Empire and Revolutions*. Washington: Folger Institute.
- Cadoppi, A. (2007). *Il valore del precedente nel diritto penale*. Torino: Giappichelli .
- Calabresi, G. (1982). *A Common Law for the Age of Statutes*. Cambridge, M: Harvard University Press.
- Campanelli , G. (2013). *Indipendenza, imparzialità e responsabilità dei giudici speciali*. Pisa: Pisa University Press.
- Campanelli, G. (2005). *Incontri e scontri tra Corte Suprema e Corte Costituzionale in Italia e Spagna*. Torino.
- Cappelletti, M. (1981). The Doctrine of Stare Decisis and the Civil Law: A Fundamental Difference- or No Difference At All? In H. Bernstein, U. Drobnig, & H. Kotz, *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag* (p. 392). Tübingen: Mohr.
- Cappelletti, M. (1982). Riflessioni sulla creatività della Giurisprudenza nel tempo presente. *Rivista Trimestrale di Diritto e procedura Civile*, 774.
- Cappelletti, M. (1984). *Giudici legislatori?* Milano: Giuffrè.
- Cappelletti, M. (1989). *The Judicial Process in Comparative Perspective* . Oxford: Clarendon Press.
- Cardozo, B. (1921). *The Nature of the Judicial Process*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Cardozo, B. N. (1921). A Ministry of Justice. *Harvard Law Review*, 35.
- Cardozo, B. N. (1924). *The Growth of the Law*. Yale University Press.
- Cardozo, B. N. (1928). *The Paradoxes of Legal Science*. New York: Columbia University Press.
- Cardozo, B. N. (1932). Jurisprudence: Address before the New York State Bar Association Meeting. *New York State Bar Association Report*, p. 263.
- Carnelutti, F. (1949). Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare). *Rivista di diritto processuale*, I.
- Cassese, S. (2009). *I tribunali di Babele*. Roma: Donzelli.
- Cavino, M. (A cura di). (2009). *Esperienze di diritto vivente. la giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*. (Vol. 27). Milano: Giuffrè.
- Chiarloni, S. (2001). Un mito rivisitato: nota comparativa sull'autorità del precedente giurisprudenziale. *Rivista di Diritto Processuale*, 614.
- Chiodi, G., & Pulitanò, D. (2013). *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*. Milano: Giuffrè.

- Collings, J. (2015). *Democracy's Guardians. A History of the German Federal Constitutional Court 1951-2001*. Oxford/New York: Oxford University Press.
- Comba, M. (1992). La Corte costituzionale tra diritto vivente e diritto in embrione. *Giurisprudenza italiana*, I, 1.
- Corda, M. (1986). Corte di cassazione e Corte costituzionale. *Foro Italiano*, V, 277-279.
- Cornell, D., Rosenfeld, M., & Carlson, D. (1993). *Deconstruction and the Possibility of Justice*. London: Routledge.
- Crisafulli, V. (1958). La Corte Costituzionale tra magistratura e Parlamento. In AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei* (p. 289 ss.). Padova: CEDAM.
- Crisafulli, V. (1984). *Lezioni di diritto costituzionale*. Padova: CEDAM.
- Cross, R. (1977). *Precedent in english law*. Oxford: Oxford University Press.
- Cross, R., & Harris, J. W. (1991). *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Däubler-Gmelin, H. (2000). Reformdes Zivilprozesses. *ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSPOLITIK*.
- Dauchy, S., Monballyu, J., & Wijffels, A. (1997). *Auctoritates. Xenia R. C. van Caenegem Oblata*. Bruxelles: Wetenschappelijk Comité voor Rechtsdeschiedenis.
- David, R. J. (2004). *I grandi sistemi giuridici contemporanei*. Padova: Cedam.
- David, R., & Spinosi, C. J. (2004). *I grandi sistemi giuridici contemporanei*. (R. Sacco, A cura di) Padova: Cedam.
- Dawson, J. P. (1986 [1968]). *The Oracles of the Law*. Buffalo: Hein.
- de S.-O.-l'E. Lasser, M. (2009). *Judicial deliberations. A comparative analysis of transparency and legitimacy*. Oxford: Oxford University Press.
- de Vergottini, G. (2013). *Diritto Pubblico Comparato*. Padova : Cedam.
- Denti, V. (1986, V). L'art. 111 della Costituzione e la riforma della Cassazione. *Foro italiano*, 228-233.
- Dewey, J. (1924, 10). Logical Method and Law. *Cornell Law Quarterly*.
- di Federico, G. (2012). *Ordinamento Giudiziario. Uffici giudiziari, CSM e governo della magistratura*. Padova : Cedam.
- Dias, E. E., Jørgensen, S., & Her-Soon Tay, A. (1991). Konstitutionalismus versus Legalismus? *Geltungsgrundlagen des Rechts im demokratischen Verfassungsstaat. World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy (13th : 1987 : :Kōbe-shi, Japan)*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag.
- Dogliani, M. (2010). (Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico. *Costituzionalismo.it*(2).
- Dondi, A., Ansanelli, V., & Comoglio, P. (2015). *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*. Milano: Giuffrè.

- Douglas, W. O. (1949). Stare Decisis. *Columbia Law Review*, 735-758.
- Dowling, N. T., Patterson, E. W., & Powell, R. B. (1952). *Materials for Legal Method*. Brooklyn: Foundation Press.
- Duguit, L. (1921). *Traité de droit constitutionnel*. Parigi: Cujas.
- Duxbury, N. (2008). *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dworkin, R. (1978). *Taking Rights Seriously*. Londra: Duckworth.
- Ehrlich, E. (1913). *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Monaco/Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot.
- Ehrlich, E. (1922-23). Sociology of Law. *Harvard Law Review*.
- Elliott, C., Vernon, C., & Jeanpierre, E. (2006). *French Legal System*. Londra: Pearson Longman.
- Ellis Lewis, T. (1930). The History of Judicial Precedent. *Law Quarterly Review*, 207-224.
- Ely, J. (1980). *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Esposito, C. (1962). Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione. *Giurisprudenza costituzionale*, I.
- Evangelista, S., & Canzio, G. (2005). Corte di cassazione e diritto vivente. *Foro italiano*, V.
- Fiandaca, G. (2008). *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Fish, S. (1994). *There's no such a thing as free speech*. New York: Oxford University Press.
- Fish, S. (1994). *There's no such thing as free speech*. New York: Oxford University Press.
- Foster, N. G., & Sule, S. (2010). *German Legal System and Laws*. Oxford/New York: Oxford University Press.
- Freda, D. (2012). "Una dispotica creazione". *Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento*. Torino: Giappicchelli.
- Friedman, L. M. (1987 [1975]). *The Legal System. A Social Science Perspective*. New York: Russel Sage Foundation.
- Friendly, H. J. (1963). The Gap in Lawmaking- Judges Who Can't and Legislators Who Won't. *Columbia Law Review*(63).
- Fulbeck, W. (1829). *Direction, or Preparative to the Study of Law*. Londra: Clark.
- Fyrnys, M. (2011). Expanding competences by judicial law-making: The pilot judgment Procedure of the European Court of Human rights. *German Law Journal*, 1231.
- Gadamer, H. G. (1960). *Verità e Metodo*. Milano: Bompiani.
- Galgano, F. (2005). *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino.



- Gambini, F. (2000). Un'ipotesi di conflitto fra Corte e giudice sull'esistenza del diritto vivente . *Giurisprudenza costituzionale*, I.
- Garber, L. A. (1966). *Of Men and Not of Law: The Courts are usurping the political function*. New York : Devin-Adair Co.
- Genevois, B. (2010). Le contrôle a priori de constitutionnalité au service du contrôle a posteriori. *Révue française de Droit administratif*.
- Giannini, M. S. (1956). Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme. *Giurisprudenza costituzionale*, 902 ss.
- Glenn, P. (1987). Persuasive Authority. *McGill Law Journal*, 261-298.
- Goldstein, L. (A cura di). (1987). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Goldstone, L. (2008). *The Activist: John Marshall, Marbury v. Madison, and the myth of judicial review*. New York: Walker Publishing.
- Goodhart, A. L. (1931). *Essays in Jurisprudence and the Common Law*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Gorla, G. (1976). Postilla su «l'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi». *Foro italiano*, 127 ss.
- Gottlieb, G. (1968). *The Logic of Choice: An Investigation of the Concepts of Rule and Rationality* . Londra: Allen & Unwin.
- Granata, R. (1998). Corte di cassazione e Corte costituzionale nella dialettica tra controllo ermeneutico e controllo di legittimità - Linee evolutive della giurisprudenza costituzionale (nota a Corte cost. 21 novembre 1997 n. 354). *Foro italiano*, I.
- Gray, J. C. (1895). *Judicial Precedents. A Short Study in Comparative Jurisprudence*. Cambridge, MA: Harvard Law Review.
- Gray, J. C. (1909). *The Nature and Sources of Law*. New York: Columbia University Press.
- Groppi, T., & Lecis Cocco-Ortu, A. (2013, settembre 25). *Le citazioni reciproche tra la corte europea e la corte interamericana dei diritti dell'uomo: dall'influenza al dialogo?* (B. Caravita di Toritto, A cura di) Tratto il giorno 2015 da [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).
- Groppi, T., & Ponthoreau, M. C. (2013). *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*. Oxford: Hart Publishing.
- Guastini, R. (1986, V). In tema di "conoscenza del diritto". *Foro italiano*, 376-386.
- Guastini, R. (1993). *Le fonti del diritto e l'interpretazione* . Milano: Giuffrè.
- Guastini, R. (1998). *Teoria e dogmatica delle fonti*. (Vol. 1). Milano: Giuffrè.
- Guastini, R. (2004). *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè.
- Guillaume, M. (2010). La question prioritaire de constitutionnalité. *Justice et Cour de Cassation*.
- Hall, K., Finkelman, P., & Ely, J. J. (2005). *American Legal History. Cases and Materials*. New York: Oxford University Press.

- Hall, M. E. (1947). *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*. New York: Fallon Law Book Co. .
- Hart, H. A. (1953, 2). Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain (1945-1952). *American Journal of Comparative Law*, p. 355-364.
- Hart, H. A. (2012 [1961]). *The Concept of Law* (III ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Hayec, F. (1960). *The constitution of Liberty*. London: Routledge.
- Heiner, R. A. (1986). Imperfect Decisions and the Law: On the Evolution of Legal Precedent and Rules. *Journal of Legal Studies*, p. 227-61.
- Henry, L. R. (1929, January). Jurisprudence constante and stare decisis contrasted. *American Bar Association Journal*, 15(1), p. 11-13.
- Hexter, J. H. (1992). *Parliament and Liberty from the Reign of Elizabeth to the English Civil War*. Stanford: Stanford University Press.
- Horowitz, D. (1977). *The Courts and Social Policy*. Washington D.C.: The Brookings Institution.
- Huls, N., Adams, M., & Bohmoff, J. (2009). *The Legitimacy of the Highest Courts' Rulings*. L'Aia: TMC Asser Press.
- Irti, N. (1979). *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè.
- Jacob, M. (2014). *Precedents and Case-Based Reasoning in the European Court of Justice. Unfinished Business* . Cambridge: Cambridge University Press.
- Katzmann, R. A. (2014). *Judging Statutes*. New York: Oxford University Press.
- Kempin. (1959). Precedent and Stare Decisis: The Critical Years, 1800 to 1850. *Am. I. Leg. Hist.*
- Komàrek, J. (2013). Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedence. *American Journal of Comparative Law*.
- Komarek, J. (2013, September). Reasoning With Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedent. *American Journal of Comparative Law*(61), p. 149- 171.
- Lamarque, E. (2012). *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*. Roma- Bari: Laterza.
- Lefroy, A. H. (s.d.). The Basis of Case Law. *Law Quarterly Review*.
- Legittimità delle norme sulla lottizzazione abusiva, 456 (Corte Costituzionale luglio 27, 1989).
- Lemmings, D. (A cura di). (2005). *The British and their Laws in the Eighteenth Century*. Woolbridge: The Boydell Press.
- Lewis, C. (1976). The Truth About Precedent. *Law Society Gazette*, 957 e ss.
- Liebmann , T. (1968). Legge e interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale . *Rivista di diritto processuale*.
- Lindquist, S. A., & Cross, F. B. (2005). Empirically Testing Dworki's Chain Novel: Studying the Path of Precedent. *New York University Law Review* , 1156-1206.

- Lipari, N. (2009). Il ruolo del Giudice nella Crisi delle Fonti del Diritto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 479.
- Llewellyn, K. (1960). *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*. Boston: Littles, Brown & Co. .
- Lobban, M. (1991). *The Common Law and English Jurisprudence 1760- 1850*. Oxford : Clarendon Press.
- Lohmann, G., & Gosepath, S. (1998). *Philosophie der Menschenrechte*. Francoforte : Suhrkamp.
- Lombardi Vallauri, L. (1975 [1967]). *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè.
- Lòpez de Oñate, Flavio. (1968). *La certezza del diritto*. Milano: Giuffrè.
- Loughran, J. T. (1953). Some reflections on the Role of Judicial Precedent. *Fordham Law Review*, 1- 19.
- Luciani, M. (2012). Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo). *Giurisprudenza Costituzionale*, 3833.
- Luhmann, N. (1969). *Legitimation durch Verfahren, Soziologische Texte*. Neuwied: Luchterhand.
- MacCormick, N. (1995). The Relative Heteronomy of Law. *European Journal of Philosophy*.
- MacCormick, N. (2005). *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press.
- MacCormick, N., & Summers, R. (1991). *Interpreting Statutes. A Comparative Study*. Dartmouth: Aldershot.
- MacCormick, N., & Summers, R. (1997). *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Dartmouth: Aldershot.
- Malfatti, E., Panizza, S., & Romboli, R. (2007). *Giustizia costituzionale*. Torino.
- Mandelli, R. (1979). Recenti sviluppi dello "stare decisis" in Inghilterra ed in America. *Rivista di Diritto Processuale*, 660.
- Mandrioli, C. (2012). *Diritto processuale civile*. Torino: Giappichelli.
- Mangiameli, S. (1989). Sentenze interpretative, interpretazione giudiziale e "diritto vivente" (in margine ad una decisione sulprocedimento di determinazione dell'indennizzo espropriativo nel sistema alto-atesino) . *Giurisprudenza costituzionale*, II.
- Marinelli, V. (2008). *Studi sul diritto vivente*. Napoli.
- Mattei, U. (1988). *Stare Decisis: il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America* (Vol. 56). Milano: Giuffrè.
- Mattei, U. (1992). Common Law. Il diritto anglo-americano. In R. Sacco, *Trattato di Diritto Comparato*. Torino: Giappichelli.
- Mattei, U. (1996). Precedente Giudiziario e stare decisis. *Digesto civ.*(XIV), 148.

- Mattei, U., Ariano, E., & Marchisio, G. (2010). *Il Modello di Common Law*. Torino: Giappichelli.
- McCrudden, C. (2013). Using Comparative Reasoning in Human Rights Adjudication: The Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights Compared. In C. Barnard, A. Albers-Llorens, & M. Gehring, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (Vol. 15, p. 383-415). Cambridge: Hart Publishing.
- McDougall, W. (1912). *Introduction to Social Psychology*. Boston : John W. Luce & Co.
- Messinò, F. (1950). *Manuale di Diritto Civile e Commerciale* . Milano: Giuffrè.
- Messner, C. (2011). "Diritto vivente" - Performativo, non discorsivo. *Politica del diritto*.
- Mezzanotte , C. (1979). La Corte costituzionale: esperienze e prospettive. In AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*. Bari.
- Mezzetti, L. (2011). *Principi costituzionali*. Torino: Giappichelli.
- Michelletti, D. (2012). Le fonti di cognizione del diritto vivente. *Criminalia*.
- Milson, S. F. (1965). Reason in the Development of the Common Law . *Law Quarterly Review*, 496-517.
- Miurhead, J. S. (1947). *An Outline of Roman Law*. London : William Hodges Ed. .
- Morelli, M. R. (1995). Il "diritto vivente" nella giurisprudenza della Corte costituzionale . *Giustizia civile*, II.
- Morrone, A. (2001). *Il custode della ragionevolezza*. Milano: Giuffrè.
- Mortara, L. (1898). *Manuale della procedura civile*. Torino: Unione tipografico- editrice.
- Mortara, L. (1909). *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile* . Milano: Vallardi.
- Nappi, A. (2011). *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di Cassazione*. Torino : Giappichelli.
- Nelson. (1760-1830). *he Americanization of the Common Law: The Impact of Legal Change on Massachusetts Society*. Cambridge : Harvard University Press.
- Nobles, R., & Schiff, D. (2006). *A Sociology of Jurisprudence*. Oxford: Hart.
- Nocilla, D. (1992). *Diritto costituzionale vivente* . Milano.
- Oggianu, S. (2011). *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*. Milano: Cedam.
- O'Shea, T. (2014, May). Autonomy and Orthonomy. *Journal of Moral Philosophy*, p. 1-19.
- Pace, A. (2006). *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista <<Giurisprudenza costituzionale>> per il cinquantesimo anniversario*. Milano : Giuffrè.
- Pacheco, J. F. (1845). *Comentario al Decreto de 4 Noviembre de 1838 sobre recursos de nulidad*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipogràfica.

- Paton, G. W., & Sawyer, G. (1947). Ratio Decidendi and Obiter Dictum in Appellate Courts. *Law Quarterly Review*, 461-85.
- Paulson, S. L., & Lischewsky Paulson, B. (1998). *Normativity and Norms: Critical perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Oxford University Press.
- Peczenik, A. (1997). The Binding Force of Precedent. In N. MacCormik, & R. Summers, *Interpreting Precedents. A Comparative Study* (p. 478). Dartmouth: Aldershot.
- Perju, V. (2009). A Comment on "Legisprudence". *Boston University Law Review*, 89, 427.
- Perry, S. R. (1987). Judicial Obligation, Precedent and the Common Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, p. 215-257.
- Peters, C. J. (1997). Adjudication as Representation. *Columbia Law Review* (97), 312.
- Pizzorusso, A., & Proto Pisani, A. (1987, V). Per la Cassazione: Note introduttive. *Foro italiano*, 206-214.
- Pollock, & Maitland. (1968 (1898)). *The History of English Law Before the Time of Edward I*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Pollock, F. (1882). *Essays in Jurisprudence and Ethics*. Londra: Macmillan.
- Pollock, F. (1896). *A First Book of Jurisprudence for Students of the Common Law*. Londra: Macmillan.
- Pomodoro, L., Castiglioni, I., & Pretti, D. (2013). *Manuale di Ordinamento Giudiziario*. Torino: Giappichelli.
- Postema, G. J. (1986). *Bentham and the Common Law Tradition*. Oxford: Clarendon Press.
- Postema, G. J. (1987). The Normativity of Law. In R. Gavison, *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H. L. A. Hart* (p. 81- 104). Oxford: Clarendon Press.
- Postema, G. J. (2002). Philosophy of the Common Law. In Coleman, & S. Shapiro, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (p. 588-622). Oxford: Oxford University Press.
- Postema, G. J. (2003). Classical Common Law Jurisprudence. *Oxford University Commonwealth Law Journal*, p. 155- 80.
- Pound, R. (1908). Common Law and Legislation. *Harvard Law Review*, 383- 406.
- Presser, S., & Zainaldin, J. (2009). *Law and Jurisprudence in American legal History. Cases and Materials*. St. Paul: American Casebook Series- West.
- Pugiotto, A. (1989). Riflessioni interlocutorie sul diritto vivente. *Annali Università di Ferrara*, V, III.
- Pugiotto, A. (1991). Corte costituzionale e diritto vivente superveniens. *Giurisprudenza costituzionale*, I.
- Pugiotto, A. (1992). Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive. *Giurisprudenza costituzionale*, I.
- Pugiotto, A. (1994). *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*. Milano.

- Pugiotto, A. (1994). *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesi, uso, implicazioni.*, Milano: Giuffrè.
- Pugiotto, A. (1995). La problematica del "diritto vivente" nella giurisprudenza costituzionale del 1994: uso e matrici (nota a Corte cost. 28.11.1994 n. 410). *Foro italiano*, I.
- Pugiotto, A. (1998). Il riferimento al diritto vivente. *Foro italiano*, V.
- Pugliese, G. (1992). I principi generali del diritto. L'esperienza romana fino a Diocleziano. *Atti dei Convegni Lincei*. Roma: Accademia Nazionale dei Lincei.
- Ram, J. (1835). *The Science of Legal Judgment*. Philadelphia : Littell.
- Raz, J. (1979). *The Authority of Law: Essays on Law and MORality*. Oxford: Clarendon Press.
- Reid, J. (2006). Judicial Precedent in the Late Eighteenth and Early Nineteen Centuries: A Commentary on Chancellor Kent's Commentaries. *University of St. Thomas Legal Studies Research Paper n. 06-28*.
- Reimann, M., & Zimmermann, R. (2006). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Resta, E. (2008). *Diritto vivente*. Bari.
- Rheinstein, M. (1966). *Max Weber on Law in Economy and Society*. Cambridge: Harvard University Press.
- Ricci, G. F. (2009). *La riforma del processo civile*. Torino: Giappichelli.
- Robel, L. (2002). The Practice of Precedent: Anastasoff, Noncitation rules, and the Meaning of Precedent in an Interpretative Community. *Indiana Law Review*, 399-421.
- Roebuck, D. (1990). *The Background of the Common Law*. Oxford, NY: Oxford University Press.
- Rolli, R. (2013). Overruling del diritto vivente vs. jus superveniens. *Contratto e impresa*.
- Romano, B. (1997). *Ortonomia della relazione giuridica: una filosofia del diritto*. Roma: Bulzoni.
- Romano, B. (2012). *Forma del Senso Legalità e Giustizia*. Torino: Giappichelli Ed.
- Romano, S. (1969). *Lo stato moderno e la sua crisi*. Milano: Giuffrè.
- Romboli, R. (2007, giugno 6). *Qualcosa di nuovo...anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*. Tratto da [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it): <http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/fontidiritto/romboli/interpretazionelegge.html>
- Rordorf, R. (2006). Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano. *Foro Italiano*, 282.
- Rosenfeld, M. (1998). *Just Interpretations: Law Between Ethics and Politics*. Berkeley/Los Angeles, CA: University of California Press.
- Rosenfeld, M. (1998). *Just Interpretations: Law Between Ethics and Politics*. Berkeley/Los Angeles: University of California Press.

- Rosenfeld, M. (2006). Comparing constitutional review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court. *International Journal of Constitutional Law*(4), 618-651.
- Rosenfeld, M., Cornell, D., & Carlson, D. (1992). *Deconstruction and the Possibility of Justice*. New York: Routledge.
- Rossi, Malfatti, E., & Romboli, R. (2002). *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*. Torino.
- Ruggeri, A. (2009). Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali. *Rivista di diritto costituzionale*, 125 e ss.
- Ruggeri, A. (2013, gennaio 30). *Studi*. (P. Costanzo, A cura di) Tratto da Consulta Online: <http://www.giurcost.org/studi/index.html>
- Sadler, G. T. (1919). *The Relation of Custom to Law*. Londra: Sweet & Maxwell Ltd.
- Saitta, A. (1996). *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*. Milano: Giuffrè.
- Santoro Passarelli, F. (1993). A proposito del "diritto vivente". *Iustitia*.
- Scarselli, G. (2001). La responsabilità del giudice nei limiti del principio di indipendenza della magistratura. *Foro italiano*, I.
- Schauer, F. (1989). Is the Common Law Law? *California Law Review*, 455-71.
- Schlaich, K., & Koriath, S. (2004). *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. Monaco: Verlag C.H. Beck.
- Schlesinger, R. B., Baade, H. W., Herzog, P. E., & Wise, E. M. (1998). *Comparative Law. Cases-Text-Materials*. New York: Foundation Press.
- Schönfeld, K. M. (1979). *Montesquieu en 'La bouche de la loi'*. Leiden: New Rhine Publishers.
- Scoditti, E. (2004). "Francovich" presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale. *Foro italiano*, IV.
- Sempere y Guarinos, J. (1844). *Historia del derecho Español*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipogràfica.
- Senese, S. (1987). Funzioni di legittimità e ruolo di nomofilachia. *Foro Italiano*, 256.
- Serio, M. (2008). Il valore del precedente tra tradizione continentale e "common law". *Rivista di Diritto Civile*, supplemento p. 109.
- Serrano, A. (1989). Die "Doctrina legal" des spanischen "Tribunal Supremo" in der rechtshistorischen Analyse des Justizbegriffs. *Jus Commune*, 219 ss.
- Shapiro, M. (1972). Toward a Theory of Stare Decisis. *Journal of Legal Studies*, p. 125-34.
- Shapiro, M., & Stone Sweet, A. (2002). *On Law, Politics, and Judicialization*. Oxford: Oxford University Press.
- Siltala, R. (2000). *A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*. Oxford: Hart.

- Silvestri, E. (1986). L'accesso alle corti di ultima istanza: rilievi comparatistici. *Foro italiano*, 284-290.
- Simmonds, V. E. (1984). *The Decline of Juridical Reason: Doctrine and Theory in the Legal Order*. Manchester: Manchester University Press.
- Simpson, A. W. (1973). The Common Law and Legal Theory. In A. W. Simpson, *Oxford Essays in Jurisprudence* (p. 77-99). Oxford: Clarendon Press.
- Singer, M. (1982, febbraio 31). The Constitutional Court of the German Federal Republic: Jurisdiction over Individual Complaints. *The International and Comparative Law Quarterly*, p. 331-56.
- Skouris, V. (2012). The Court of Justice and the Financial Crisis: New Treaties, New Competences, Future Prospects. *European Law Institute Project Conference and 2012 General Assembly* (p. 11). Brussels: European Law Institute.
- Slaughter, A. (1999-2000). Judicial Globalization. *Virginia Journal of International Law*(40), p. 1103, 1117, 1124.
- Smith, M. (1909). *Jurisprudence*. New York: Columbia University Press.
- Sorrenti, G. (2006). *L'interpretazione conforme a costituzione*. Milano : Giuffrè.
- Stein, P. (1966). *Regulae iuris. From juristic rules to Legal Maxims* . Edinburgo: Edinburgh University Press.
- Taruffo, M. (1991). *Il vertice ambiguo* . Bologna : Il Mulino.
- Taruffo, M. (2001). Legalità e Giustificazione della Creazione giudiziaria del Diritto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 11.
- Taruffo, M. (2007). Precedente e Giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* , 709.
- Terré, F. (2006, 7° ed.). *Introduction générale au droit*. Parigi: Dalloz.
- Toniatti, R., & Magrassi, M. (A cura di). (2011). *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*. Milano: Cedam .
- Tubbs, J. W. (2000). *The Common Law Mind: Medieval and Early Modern Conceptions*. Baltimora: Johns Hopkins University Press.
- Tusseau, G. (2009). *Modelli di Giustizia Costituzionale. Saggio di critica metodologica*. Bologna: Bononia University Press.
- van Caeneghem. (1958-59). *Royal Writs in England from the Conquest to Glanville*. London: Seld. Soc.
- van Hoecke, M. (2013). The role of constitutional courts in multilevel governance. *Law & Cosmopolitan Values*, 183-192.
- Varano, V., & Barsotti, V. (2006). *La tradizione giuridica occidentale: Testo e materiali per un confronto civil law common law* . Torino: Giappichelli.
- Vinogradoff, P. (1914). *Common Sense in Law*. Londra: Williams and Norgate.



- Visintini, G. (1988). *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*. Padova: Cedam.
- von Savigny, F. K. (1814 (1831)). *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (trad. Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence)*. Londra: Littlewood.
- Waldron, J. (2011). The Rule of Law and the Importance of Procedure. In J. Fleming, *Getting to the Rule of Law* (p. 3- 31). New York: New York University Press.
- Wang, D. T. (1978). *Les Sources du droit japonais*. Ginevra: Libraire Droz.
- Weber, J.-F. (2010). *La Cour de cassation*. Parigi: La Documentation Française.
- Winston , K. J. (1974). On Treating Like Cases Alike. *California Law Review*, 1-39.
- Wintgens, L. J. (2007). Legitimacy, and Legitimation from the Legisprudential Perspective . In L. J. Wintgens, *Legislation in context: Essays in Legisprudence* . Farnham (UK): Ashgate Publishing .
- Wise, E. M. (1975). The Doctrine of Stare Decisis. *Wayne Law Review*, 1043 e ss.
- Wise, E. M. (1975). The Doctrine of Stare Decisis. *Wayne Law Review*, 1043 ss.
- Zaccaria, G. (2007). *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'evoluzione storica e teorica*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Zagrebelsky, G. (1986). La dottrina del diritto vivente. *Giurisprudenza Costituzionale* , 1148.
- Zagrebelsky, G. (1986). La dottrina del diritto vivente. *Giurisprudenza costituzionale*.
- Zagrebelsky, G., & Marcenò, V. (2012). *La giustizia costituzionale* . Bologna: Il Mulino.
- Zanon, N., & Biondi, F. (2006). *Il sistema costituzionale della magistratura*. Bologna: Zanichelli.
- Zurn, M., Binder, M., & Ecker-Ehrhardt, M. (2012). International authority and its politicization. In C. Reus-Smit, D. Snidal, & A. Wendt, *International Theory* (Vol. 4, p. 69-106). Cambridge: Cambridge University Press.

