

Il precedente giudiziale*

GIOVANNI SARTOR

1. Introduzione: i precedenti giudiziali nel *civil law* e nel *common law*

Si suole introdurre la problematica del precedente giudiziale ricordando le differenze tra ordinamenti di *common law* (diritto giurisprudenziale) e ordinamenti di *civil law* (diritto legislativo), differenze che riguardano la storia giuridica, la teoria delle fonti del diritto, le tecniche interpretative della legge e della sentenza, le forme del ragionamento giuridico.

- Storia giuridica. Negli ordinamenti di *common law*, che traggono origine dall'esperienza giuridica inglese, il diritto consuetudinario si trasformò, mediante un lento processo evolutivo, in diritto giurisprudenziale; negli ordinamenti di *civil law*, che pure si riconducono alla tradizione romanistica (e quindi ad un diritto in gran parte di origine giurispudenziale e dottrinale), le codificazioni comportarono una netta rottura rispetto al passato, e con esse la legge si sostituì ad ogni altra forma di diritto.

- Teoria delle fonti del diritto. Negli ordinamenti di *common law* le sentenze sono fonti del diritto, e vincolano i giudici dei casi successivi; negli ordinamenti di *civil law*, invece, le sentenze non hanno valore giuridico al di fuori del caso deciso, e possono quindi aspirare solo ad un'autorità morale o di fatto.

- Interpretazione della legge. Negli ordinamenti di *common law* le norme legislative hanno sempre carattere eccezionale, comprimendo, quali disposizioni specifiche, la disciplina onnicomprensiva del diritto giurisprudenziale, e debbono quindi interpretarsi restrittivamente; negli ordinamenti di *civil law*, invece, il testo legislativo, costituisce l'unico punto di riferimento del giurista e deve quindi essere esteso analogicamente e considerato fonte di principi generali.

- Interpretazione della sentenza. Negli ordinamenti di *common law* l'interpretazione della sentenza tende a determinarne la portata nei casi successivi, e, in particolare, ad evincerne regole universali (*rationes decidendi*); negli ordinamenti di *civil law*, invece, l'interpretazione della sentenza serve solo a cogliere la statuizione individuale sui fatti della causa, e riguarda quindi le sole parti della controversia.

- Ragionamento giuridico. Negli ordinamenti di *common law*, l'esperienza del diritto giurisprudenziale ha condotto all'elaborazione di uno speciale apparato concettuale (le nozioni di *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *di-*

stinguishing, overruling, binding e persuasive precedent, ecc.); negli ordinamenti di *civil law* tali nozioni non hanno ragione di essere poiché i problemi dell'applicazione del diritto trovano risposta nei testi di legge e nelle tecniche ermeneutiche.

Molti studi recenti, tuttavia, mettono in dubbio la tradizionale contrapposizione tra ordinamenti di *civil law* e di *common law*, sollevando puntuale contestazioni contro tutte le tesi appena presentate:

- Storia giuridica. Anche gli ordinamenti continentali hanno conosciuto il valore vincolante del precedente, e di questo valore era particolarmente consapevole la giurisprudenza dei tribunali supremi, o rote, nell'Italia preunitaria; negli ordinamenti anglosassoni, d'altro lato, il diritto giurisprudenziale si è distinto dal diritto consuetudinario solo in tempi relativamente recenti, e la teoria del vincolo al precedente si è sviluppata compiutamente solo nel secolo scorso.

- Teoria delle fonti del diritto. Alcuni autori hanno sostenuto che in nessun ordinamento giuridico esisterebbe un vincolo al precedente, se non come formulazione ideologica priva di portata operativa, poiché il giurista può comunque sfuggire a quel vincolo quando lo ritenga opportuno, mediante opportune tecniche argomentative; altri, all'opposto, hanno affermato che anche negli ordinamenti di *civil law* vi sarebbe un obbligo di conformarsi al precedente, non dissimile, se non forse per grado, da quello esistente negli ordinamenti di *common law*.

- Interpretazione della legge. Numerosi studiosi hanno osservato che anche negli ordinamenti di *common law* la legge è ormai la fonte principale del diritto e anche in tali ordinamenti le disposizioni legislative possono essere estese analogicamente e considerate fonti di nuovi principi; all'opposto si è affermato che anche negli ordinamenti di *civil law* la legge può essere interpretata solo mediante la giurisprudenza: anche in questi ultimi ordinamenti, il diritto legislativo vive solo nelle sue "glosse" giurispudenziali.

- Interpretazione della sentenza. Anche negli ordinamenti di *civil law*, le sentenze hanno un rilievo che va al di là del caso individuale deciso (lo provano la proliferazione e il successo commerciale delle fonti di cognizione del diritto giurispudenziale), e la loro interpretazione deve quindi tendere ad estrarre regole di portata universale.

- Ragionamento giuridico. Alcuni hanno contestato le tecniche argomentative tipiche del diritto giurisprudenziale, negando a tali tecniche ogni portata operativa anche negli ordinamenti di *common law* (esse si limiterebbero a coprire le scelte etico-politiche dell'interprete e del giudice); all'opposto, altri hanno sostenuto che quelle tecniche sarebbero importanti anche negli ordinamenti di diritto legislativo, e che anche i giuristi di *civil law* potrebbero utilmente riprendere i modelli argomentativi del *common law*.

Sono tante le controversie dottrinali e teorico-giuridiche in materia di precedente giurispudenziale, che forse può essere utile proporre uno schema che consenta di sintetizzare, almeno in parte, la materia del contendere. Possiamo distinguere due aspetti sui quali sono possibili divergenze circa le funzione del precedente giudiziale: un aspetto fattuale-sociologico e un aspetto normativo-dottrinale:

- Sotto l'aspetto fattuale-sociologico, si contrappongono diverse tesi descrittive della prassi giuridica, cioè del modo nel quale i giudici, e gli operatori del diritto in genere, usano i precedenti nell'ambito delle attività giuridiche.

- Sotto l'aspetto normativo-dottrinale, si contrappongono, invece, diverse tesi prescrittive sul metodo giuridico, cioè sul modo nel quale i

giuristi dovrebbero far uso dei precedenti, per rispondere alle norme e ai principi dei sistemi giuridici in cui essi operano.

Circa l'aspetto fattuale-sociologico possiamo distinguere almeno due tesi possibili:

f.1) La tesi dell'identità fattuale, secondo la quale non vi sarebbe una sostanziale differenza nell'uso dei precedenti giudiziali nei paesi di *civil law* e di *common law*. In entrambi i casi il giudice e il giurista — oltre, e forse più, che alla legge — farebbero riferimento ai precedenti, e si atterrebbero ad essi, salve gravi ragioni in contrario. Di fatto (cioè, nel concreto lavoro degli operatori del diritto) la presunta differenza tra ordinamenti *common law* e ordinamenti di *civil law* si limiterebbe alla presenza, in questi ultimi, di una vecchia ideologia giuridica, ormai priva di riflessi operativi: l'ideologia legalistica delle codificazioni, che stancamente sopravvivrebbe in alcuni studi teorico- e storico-giuridici.

f.2) La tesi della diversità fattuale, secondo la quale, al di là delle apparenti coincidenze, il trattamento dei precedenti nei sistemi di diritto legislativo e nei sistemi di diritto giurisprudenziale sarebbe molto diverso. Le diverse ideologie del precedente, anche grazie a diverse strutture istituzionali (per quanto riguarda, ad esempio, il reclutamento dei magistrati e la gerarchia e le funzioni degli organi giudiziari), si tradurrebbero in diverse prassi giuridiche.

Anche per quanto riguarda l'aspetto normativo-dottrinale si possono riscontrare significative differenze, che rispecchiano le tesi fattuali-sociologiche appena menzionate, pur senza identificarsi con esse:

n.1) La tesi dell'identità normativa, secondo la quale anche per i giudici di *civil law* (in particolare, anche per i giudici italiani), come per quelli di *common law*, esisterebbe un obbligo giuridico di conformarsi ai precedenti. L'esistenza di tale obbligo viene argomentata sia con riferimento ai principi generali dei sistemi giuridici in considerazione, sia con riferimento a norme specifiche.

n.2) La tesi della differenza normativa, secondo la quale i giudici di *civil law* (in particolare, i giudici italiani), a differenza dei giudici di *common law*, non avrebbero il dovere di conformarsi ai precedenti, o, anzi, avrebbero il dovere di non conformarsi al precedente di cui non condividessero appieno le ragioni sostanziali.

La mia preferenza riguardo alle opzioni appena indicate sub f.1 e f.2 e sub n.1 e n.2 va alle tesi dell'identità, sia fattuale (f.1) che normativa (n.1) tra ordinamenti di *civil law* e di *common law*. Tale identità tuttavia, deve intendersi in modo solo tendenziale, senza escludere specifiche differenze sia nella prassi che nella normatività del fenomeno del precedente.

Questa convinzione giustifica la forma della seguente trattazione, che presenta una ricostruzione unitaria di alcuni concetti fondamentali del diritto giurisprudenziale, in una prospettiva teorico-giuridica, ma mette in evidenza alcune divergenze tra diversi ordinamenti, sia sotto il profilo fattuale che sotto quello normativo¹. Per indicare le nozioni del diritto giurispudenziale si userà di regola la terminologia italiana, pur riportando talvolta le espressioni corrispondenti in lingua inglese.

2. Precedente

In un termini molto generali, possiamo forse dire che un precedente è costituito da due componenti:

- a) un *caso*, inteso come una specifica situazione problematica individuale, cioè come un insieme particolare di circostanze empiriche che esprimono un particolare *problema* o *questione*,
- b) la *soluzione* data al problema espresso dal caso, in seguito alla con-

siderazione e alla valutazione delle caratteristiche del caso stesso.

Questa ampia nozione di precedente si applica a tutti i settori dell'attività umana nei quali situazioni concrete richiedano una soluzione o una decisione, decisione che può consistere in una mera qualificazione della situazione problematica o in una ulteriore determinazione. In particolare, in ambito giuridico, ogni atto costituisce un precedente rispetto agli atti successivi del medesimo tipo: possiamo quindi avere precedenti legislativi, amministrativi, contrattuali, ecc. In un senso più ristretto, la nozione di precedente viene limitata al precedente giudiziale (opera di organi giurisdizionali) e, in un senso ancor più ristretto, al solo precedente relativo alla giurisdizione contenziosa. In quest'ultima nozione di precedente, quindi:

- a) il caso è costituito dalle circostanze di una controversia;
- b) la soluzione è il provvedimento giudiziale che decide la controversia.

Nell'attività giudiziale, tuttavia, sia l'aspetto sub a) che l'aspetto indicato sub b) sono compositi.

Il caso comprende due aspetti:

- a1) le *circostanze di fatto* da cui nasce la controversia;
- a2) le *questioni* inerenti a tali circostanze.

La soluzione della controversia è anch'essa complessa, includendo (almeno) tre distinti aspetti:

b.1) la sequenza degli atti processuali che hanno preceduto la decisione, incluse le attività delle parti;

- b.2) il *dispositivo*, cioè la statuizione sul caso concreto;
- b.3) la *motivazione* della decisione.

All'interno della motivazione della decisione si possono poi enucleare tre tipi di contenuti:

b.3.a) la *ratio decidendi*, cioè la ragione della decisione sul caso, decisione suscettibile di riverberarsi sui casi futuri.

b.3.b) l'*obiter dictum*, cioè l'affermazione "per inciso", priva di immediata connessione con il caso;

- b.3.c) il c.d. *rationale*, cioè la giustificazione della *ratio decidendi*².

L'uso della espressione "precedente" è corrispondentemente ambiguo, potendo far riferimento, talvolta al caso, talvolta alla questione, talvolta alla sua soluzione, talvolta alla sola *ratio decidendi*.

La nozione di precedente giudiziale, oltre agli aspetti contenutistici appena indicati, include, ovviamente, un aspetto temporale: il caso precedente è un caso che si è verificato in un momento anteriore rispetto alla decisione successiva nella quale il precedente può essere richiamato.

La nozione di precedente, almeno in alcuni usi, sembra includere elementi ulteriori oltre a quelli indicati (oltre, cioè, al fatto che si tratti di un caso giudiziale, deciso nel passato). Così quando si dice che il caso A rappresenta un precedente rispetto al caso B si intende (spesso) affermare, non solo che A è un caso giudiziale anteriore a B, ma anche che:

- a) A è pertinente rispetto a B;
- b) A è suscettibile, almeno *prima facie*, di influire su B, cioè di far sì che B (il processo decisionale relativo a B) tenda ad uniformarsi ad A.³

Secondo questa più ristretta nozione, quindi, incorrerebbe in una contraddizione chi parlasse di un precedente non vincolante (o privo di valore giuridico) o di un precedente non pertinente.

Noi preferiamo partire da una nozione più ampia di precedente, per esplicitare poi le diverse possibili qualificazioni e funzioni del precedente, e in particolare quelle della obbligatorietà e della pertinenza.

Nelle pagine seguenti cercheremo dapprima di illustrare gli elementi

più problematici della nozione di precedente, cioè quelli di *questione*, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, e *rationale*, elementi che, come vedremo, si richiamano reciprocamente.

2.1. *Questione (issue)*

Una *questione*, in generale, è un qualsiasi problema controverso, sul quale il giudice si sia pronunciato (o dovesse pronunciarsi) al fine di decidere la controversia.

Il problema della individuazione delle questioni in un senso più specifico, o meglio della determinazione della nozione di *questione rilevante*, è importante qualora si fondi su quest'ultima nozione il concetto di *ratio decidendi* (concetto che, come vedremo, rappresenta il cardine del diritto giurispudenziale).

Gorla (1990, 10) osserva che ai fini del precedente giudiziale le *questioni rilevanti* sono solo quelle del caso, cioè quelle inerenti al fatto. Tale inerenza si determina, secondo questo autore, in vario modo a seconda della giurisdizione. Nella giurisdizione contenziosa le questioni inerenti sarebbero quelle sollevate dalle parti o d'ufficio dal giudice.

Questa nozione (la *questione rilevante* è ogni problema sollevato dal giudice o dalle parti inerente ai fatti del caso) mi sembra eccessivamente ampia, ricomprendendo tutti i punti su cui il giudice abbia ritenuto di pronunciarsi, anche se non suscettibili di incidere sulla decisione della causa.

Propongo, pertanto, la seguente, più ristretta, nozione di *questione rilevante* (rispetto alla motivazione di una decisione):

Una *questione è rilevante*, per una decisione che contempli più alternative decisionali, se la sua soluzione (in un determinato modo) è un elemento necessario di una giustificazione di una delle possibili alternative decisionali.

Questa nozione è ancora sufficientemente estesa da tener conto della possibilità che il giudice proponga più giustificazioni alternative per la soluzione di una medesima questione. Inoltre, una *questione* potenzialmente suscettibile di condurre ad una definizione della controversia rimane rilevante anche se abbia di fatto avuto una soluzione diversa da quella atta a definire la controversia (ad esempio, una *questione di competenza* rimane rilevante anche quando la relativa eccezione sia stata respinta).

Nella nozione di *questione rilevante* possiamo quindi ricomprendere:

- i problemi di competenza, poiché una conclusione negativa sulla competenza è un elemento necessario della giustificazione del rigetto per incompetenza;
- i problemi di giurisdizione, poiché una conclusione negativa sulla giurisdizione è un elemento necessario della giustificazione del rigetto per mancanza di giurisdizione.
- i problemi pregiudiziali di merito, poiché una conclusione positiva su una *questione pregiudiziale* è un elemento necessario di una giustificazione della decisione che includa il fatto pregiudiziale e la conclusione giuridica subordinata a quel fatto.

2.2. *Ratio decidendi (holding)*

La *ratio decidendi* è di solito definita come la regola giuridica che risolve una *questione* sollevata davanti al giudice, regola che, secondo la dottrina del precedente, vincola i giuridici futuri. Nel diritto americano è più frequente l'espressione *holding*, usata sempre per indicare la statuizione universale (*ruling*) che definisce le *questioni* sollevate davanti alla corte.

La nozione di *ratio decidendi*, ancorché incerta e controversa, ha una funzione fondamentale nel diritto giurispudenziale, poiché, come vedremo nel seguito, si suole ritenere che solo la *ratio decidendi* vincoli il giudice successivo: determinare la *ratio decidendi* significa quindi stabilire il contenuto prescrittivo della decisione giudiziale (al di là del ca-

so deciso).

Secondo la tradizionale costruzione sviluppata dalla dottrina inglese, l'aspetto essenziale della *ratio decidendi* consiste nel trattarsi di una regola di diritto necessaria alla decisione del caso:

- Si tratta di una regola, cioè di una statuizione tipizzata o universale, e quindi non sono *rationes decidendi* le disposizioni sulle parti e l'oggetto della causa, ma le statuzioni universali che fondano o giustificano tali disposizioni; non sono *rationes decidendi* le specifiche soluzioni delle questione individuali su cui si scontrano le parti, ma le soluzioni delle questioni-tipo che sussumono tali questioni individuali⁴.

- Si tratta di una regola di diritto, e quindi non costituiscono *rationes decidendi* le regole di esperienza enunciate dal giudice per risolvere questioni di fatto.

- Si tratta di una regola necessaria alla decisione, e quindi non costituiscono *rationes decidendi* le affermazioni incidentali, gli incisi non necessari alla soluzione della controversia dedotta in giudizio.

Tutti gli aspetti della *ratio decidendi* appena ricordati, involgono, in realtà, questioni complesse e controverse, che cercherò di illustrare sinteticamente nel seguito prima di proporre una definizione.

Necessità della ratio decidendi

Sulla nozione di necessità fa perno la classica definizione di Wambaugh (1884, 17-18), citato in Cross (1977, 53):

La *ratio decidendi* di un caso è un regola generale senza la quale il caso sarebbe stato definito diversamente.

Per verificare se una regola giuridica sia una *ratio decidendi*, Wambaugh propose un celebre test: bisogna invertire la regola (trasformare la regola negando la regola stessa o la conclusione da essa stabilita) e chiedersi la decisione sarebbe rimasta la stessa qualora il giudice avesse accolto la regola invertita anziché la regola originaria. Se la decisione sarebbe potuta rimanere invariata, allora la regola originaria non è una *ratio decidendi*, se l'inversione della regola avrebbe comportato necessariamente un cambiamento della decisione, allora la regola è *ratio* della decisione.

Cross (1977, 55), osserva che il test di Wambaugh ha il limitato valore di un test negativo applicabile alle decisioni fondate su una sola *ratio decidendi*⁵: se una regola non supera il test di Wambaugh allora si può escludere che essa sia una *ratio decidendi*, ma non è detto che ogni regola che supera quel test possa essere considerata una *ratio*. I limiti del test emergerebbero, in particolare nei casi che includono *dicta generali*, la cui "inversione" risulta incompatibile con la decisione della causa (dandosi contraddizione tra il *dictum* "invertito" e la decisione), ma che non dovrebbero considerarsi *rationes*, secondo l'opinione del giudice, per la loro eccessiva generalità. Il giudice stesso, infatti, pur enunciando il *dictum*, ha preferito fondare la sua decisione su una *ratio* più specifica, e questa valutazione dovrebbe essere rispettata dall'interprete.

Fatti del caso v. regole esplicite

La controversia principale, ai fini della ricostruzione della nozione di *ratio decidendi*, sembra tuttavia dividere coloro che pongono l'accento sui fatti della causa, e coloro che mettono in rilievo, invece, le regole enunciate dal giudice nella motivazione.

Tra i primi, va ricordato soprattutto Godhart (1930, 1949), il quale negava che la *ratio* potesse trovarsi nelle ragioni o nei principi di diritto ad-

dotti nella motivazione, e affermava che *ratio* doveva individuarsi, invece, mettendo in rapporto i fatti accertati e considerati rilevanti dal giudice con la decisione della controversia, e universalizzando in una regola il rapporto tra fatti e decisione.

La tesi di Godhart è acutamente criticata da Stone (1947), il quale osserva che i fatti della causa possono essere considerati a diversi livelli di generalità (astrattezza), ed è proprio il livello di generalità della *ratio decidendi* che ne determina l'applicabilità a casi futuri⁶.

Solo ipotizzando una regola generale che si può proporre una tipizzazione dei fatti del caso. Quindi, come osserva MacCormick (1978, 84), il metodo proposto da Godhart è perfettamente valido, ma solo quale tecnica per estrarre un criterio di decisione nei casi in cui il giudice abbia omesso di indicare espressamente una *ratio decidendi*. Un reciso rifiuto della nozione di *ratio decidendi* proposta da Godhart, è altresì in Gorla (1990).

L'importanza delle affermazioni del giudice è sottolineata anche da Cross (1977, 76) il quale propone la seguente nozione di *ratio decidendi*:

La *ratio decidendi* di un caso è ogni regola giuridica esplicitamente o implicitamente considerata dal giudice come un passo necessario nel raggiungere la sua conclusione, avendo riguardo alla linea di ragionamento da lui adottata, o ad una parte necessaria del suo indirizzo rivolto alla giuria.

Vicina alla definizione di Cross è quella proposta da MacCormick(1987, 170), il quale, dopo aver osservato che il principio della giustizia formale richiede e giustifica la statuizione di regole universali sui punti di diritto controversi, ricostruisce in questa chiave la nozione di *ratio decidendi*:

Una *ratio decidendi* è una statuizione generale (*ruling*) esplicitamente o implicitamente data da un giudice che è sufficiente a decidere un punto di diritto messo in questione dagli argomenti delle parti in un caso, trattandosi di un punto sul quale una statuizione generale era necessaria per la giustificazione (o una delle sue giustificazione alternative) della decisione del caso.

A mio parere, benché la tesi di Godhart sia inaccettabile nel suo tenore letterale, il riferimento ai fatti della causa, su cui insiste questo autore, è importante, non solo perché fornisce un criterio per estrarre la *ratio decidendi* implicita in decisioni insufficientemente motivate, ma anche perché può servire a fondare argomenti interpretativi contro la lettera di enunciazioni (troppo) generali contenute nella sentenza. Altrettanto importanti, tuttavia sono le enunciazioni esplicite del giudice circa i principi che egli pone a fondamento della propria decisione.

Il contrasto dottrinale illustrato consiste, in sostanza, non tanto nello scontro tra diverse nozioni di *ratio decidendi*, quanto nello scontro tra opposti canoni interpretativi, da conciliare nell'estrarre la *ratio decidendi* dalla motivazione: da una lato la considerazione del rilievo attribuito dal giudice ai fatti del caso, dall'altro l'attenzione per le regole espressamente statuite dallo stesso giudice.

Ratio v. rationale

Una seconda questione, attiene alla separazione della *ratio decidendi* dal resto della motivazione, e in particolare, dalle ragioni che sostengono la stessa *ratio decidendi*, il c.d. *rationale* della *ratio decidendi* (concetto sul quale ritorneremo nel seguito).

Si suole sostenere la necessità di distinguere la *ratio decidendi* dalle ragioni addotte a suo sostegno

in quanto solo alla *ratio* compete il valore di vincolo giuridico. In questo senso si pronunciano, ad esempio, Cross (1978, 70) e MacCormick (1987, 170) il quale osserva che

Gli argomenti di principio e gli argomenti che valutano altre decisioni o valutano le conseguenze della regola preferita o delle regole rivali appartengono alla classe degli *obiter dicta*, anche se alcuni di tali argomenti sono necessari per giustificare la regola statuita, e anche quando solo gli argomenti effettivamente proposti potrebbero giustificare tale regola.

Contro la separazione della *ratio* dal suo *rationale* sembra pronunciarsi invece Gorla (1990), il quale, dopo aver affermato che la *ratio decidendi* consisterebbe nel “rapporto tra la risoluzione motivata del “caso” e il caso stesso (che comprende il “fatto” e le questioni inerenti) sostiene che, almeno nel nostro ordinamento, sarebbe impossibile distinguere la *ratio decidendi* dalla sua giustificazione.

Ratio decidendi tra fatto e diritto

Nel *common law* si afferma frequentemente che la *ratio decidendi* deve essere una regola giuridica: non da luogo ad una *ratio incidenti* la risoluzione, pur motivata, di una questione di fatto.

Questo punto solleva gravi interrogativi:

- La distinzione tra fatto e diritto effettuata negli ordinamenti di *common law* coincide con quella cui siamo adusi?
- Ad ogni modo, entro quali limiti ha senso che un giudice si consideri vincolato alle regole non giuridiche cui si è attenuto il giudice anteriore?

Gorla (1990) nega recisamente che il valore di precedente debba limitarsi alle questioni di diritto. Secondo tale autore anche le questioni di fatto, in quanto tipizzabili, costituiscono precedenti. Se ne deve concludere (anche se Gorla non è esplicito a questo riguardo) che anche le regole d'esperienza usate per decidere questioni di fatto sarebbero vincolanti per il giudice successivo.

A me sembra problematica l'affermazione di un vincolo generale del giudice successivo di fronte ad ogni regola d'esperienza adottata, ad esempio a fini probatori, in un caso precedente. D'altra parte sembra difficile, se non impossibile, tracciare una distinzione tra fatto e diritto, soprattutto quando si tratta di stabilire se un certo comportamento soddisfaccia uno standard giuridico (diligenza, buona fede, ecc.). Il problema merita ulteriori specifiche riflessioni, che in questa sede non possono essere sviluppate. Lo stesso Cross, d'altro lato sembra molto scettico circa la possibilità di tracciare una netta distinzione tra questioni di fatto e questioni di diritto, e conclude affermando che sono di fatto tutte le questioni che debbono essere affidate ad una giuria, definizione circolare qualora si ritenga che le questioni da affidare ad una giuria, secondo il diritto inglese, siano proprio quelle di fatto⁷.

Ratio decidendi espressa v. ratio decidendi costruita

Alcuni autori contrappongono la nozione di *ratio decidendi* espressa a quella di *ratio decidendi* costruita:

- La prima è la regola formulata espressamente dal giudice per giustificare la propria decisione;
- La seconda è la regola costruita dall'interprete, in mancanza di una *ratio* espressa o comunque di una *ratio* espressa soddisfacente, sulla base

dei fatti del caso, di significati impliciti nelle affermazioni del giudice, di considerazioni di tipo sistematico o di altri argomenti extratestuali.

Più analiticamente, Twining (1987, 461) distingue quattro accezioni della nozione di *ratio decidendi*:

- a) "le regole giuridiche espressamente enunciate dal giudice come fondamento della decisione" (le risposte esplicite alle questioni giuridiche del caso);
- b) "le ragioni della decisione" (l'esplicita giustificazione delle risposte date alle questioni giuridiche del caso);
- c) "le regole giuridiche implicite nel ragionamento del giudice nel giustificare la decisione" (le risposte implicite alle questioni giuridiche del caso);
- d) "le regole del diritto attribuite al caso, o per le quali il caso è citato, da un interprete successivo (le risposte ascritte alle questioni giuridiche del caso).

Secondo Twining l'accezione sub d) è l'unica accettabile (anche se egli ritiene che la nozione di *ratio decidendi* sia priva di valore analitico), poiché consentirebbe di tener conto del fatto che nella costruzione della *ratio* si può tener conto di fatti successivi alla decisione cui la *ratio* viene ascritta.

Tale nozione di *ratio decidendi* (che la rende una libera costruzione dell'interprete) può implicare un radicale scetticismo: se la *ratio decidendi* è qualsiasi significato sia attribuito al caso da un interprete successivo, come si può ritenere che essa vincoli l'interprete stesso?

A mio parere, nessuna delle accezioni proposte da Twining può considerarsi un'adeguata risposta al problema della definizione del concetto di *ratio decidendi*, e la stessa impostazione del problema nei termini indicati da tale autore risulta forviante, così come sarebbe forviante la riduzione del problema dell'interpretazione della legge all'alternativa tra l'accertamento dell'intenzione del legislatore storico e l'arbitraria attribuzione di un significato da parte dell'interprete.

Il problema della nozione di *ratio decidendi* è infatti un problema normativo. Si tratta di stabilire in quale misura, e in quali modi, una decisione precedente debba vincolare il giudice successivo. In questa prospettiva sembra ragionevole:

- Limitare il vincolo ad una parte delle affermazioni contenute, implicitamente o esplicitamente, nella motivazione, cioè solo alle statuzioni universali che risolvono immediatamente una questione rilevante per la decisione della causa. A tali statuzioni infatti, il giudice ha presumibilmente dedicato la massima attenzione, poiché esse risultano direttamente funzionali alla decisione del caso concreto, prima e imprescindibile finalità dell'esercizio del potere giurisdizionale. La giustificazione delle stesse statuzioni, cioè il loro *rationale*, può essere usata per interpretare quelle statuzioni e coglierne i limiti (come vedremo nel seguito), ma non come regola autonomamente vincolante i giuridici successivi.

- Intendere la *ratio decidendi* come il frutto di una interpretazione razionale o giustificata delle statuzioni appena indicate (razionale o giustificata in relazione alla funzione vincolante della *ratio decidendi* stessa). A questo fini potranno essere usati diversi metodi interpretativi (come vedremo nel seguito, nel paragrafo dedicato all'interpretazione della sentenza).

In questa prospettiva, anche il conflitto tra *ratio* espressa e *ratio* ricostruita è solo la distinzione tra il frutto di diversi metodi interpretativi: da un lato un'interpretazione letterale, che fa riferimento alle espresse enunciazioni del giudice, dall'altro il risultato dell'impiego di ulteriori ca-

noni ermeneutici. La possibilità di usare canoni ermeneutici che prendano in esame fattori successivi all'emanazione della decisione in questione (ad esempio, la coerenza con decisioni successive), non esclude l'importanza dell'interpretazione letterale. Come nell'interpretazione della legge, anche nell'interpretazione delle sentenze, si può forse attribuire un'efficacia presuntiva (o *prima facie*) all'interpretazione letterale, che dovrebbe vincolare l'interprete (al fine dell'estrazione della *ratio*) finché non emergano specifiche ragioni prevalenti in contrario.

D'altro lato, il fatto che la *ratio* sia intesa come il frutto di un'interpretazione ragionevole o giustificata, esclude che l'interprete debba limitarsi a rilevare il risultato delle interpretazioni precedenti, e offre la prospettiva di sviluppi evolutivi (come nell'interpretazione della legge).

Nostra definizione

Per prendere posizione rispetto al dibattito dottrinale presentato nelle pagine precedenti è necessario cercare di dare una definizione di *ratio decidendi*, e tale definizione deve tener conto dell'aspetto valutativo o normativo sotteso all'uso di questa espressione. In questa prospettiva, propongo la seguente definizione, che si avvicina a quella di MacCormick:

La *ratio decidendi* è una statuizione universale (tipizzata) implicita o esplicita in un precedente giudiziale, statuizione usata per, e sufficiente a, fondare la soluzione di una questione giuridica rilevante per la decisione della causa.

Sulla base di questa nozione cercherò di affrontare alcune ipotesi problematiche, nelle quali diventa particolarmente difficile la distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dictum*, ipotesi che considererò dopo aver brevemente introdotto il concetto di *rationale*.

2.3. Rationale della ratio decidendi

Dalla *ratio decidendi* si suole distinguere il *rationale* della *ratio* stessa, cioè la giustificazione addotta a sostegno dell'adozione della *ratio decidendi*. Se la *ratio decidendi* esprime la giustificazione della decisione del caso, il *rationale* è una giustificazione di "secondo ordine", come osserva MacCormick 1977, 100 ss.): si tratta cioè dell'insieme delle ragioni e considerazioni che fondano la *ratio decidenti*, e che giustificano la scelta di questa rispetto a possibili *rationes* concorrenti.

Alcuni autori hanno argomentato che il *rationale* non può essere separato dalla *ratio*. Questa affermazione, tuttavia, può essere intesa in due sensi nettamente distinti:

a) Non esiste una distinzione di valore giuridico tra la *ratio decidendi* e le ragioni che la sostengono: tanto la *ratio decidenti* della soluzione della questione controversa, quanto le regole e i principi addotti a sostegno della *ratio* hanno lo stesso valore giuridico e vincolano (o non vincolano) allo stesso modo il giudice successivo;

b) La *ratio* può essere intesa ed applicata, solo in relazione alle ragioni che la giustificano: il *rationale* non vincola, ma condiziona l'efficacia e il contenuto della *ratio*.

Come si è già osservato, la tesi sub a) sembra inaccettabile, mentre invece la tesi sub b) esprime un ragionevole criterio interpretativo (corrispondente alla c.d. interpretazione teleologica dei testi di legge). Ad quest'ultima tesi sembra ispirarsi largamente la prassi nordamericana, più aperta alla considerazione delle ragioni sostanziali alla base delle norme e delle decisioni. Come affermava Llewellyn, la regola segue le sue ragioni, dove le ragioni si fermano si ferma anche la regola. Si tratta cioè di esaminare per quali scopi la *ratio* fu formulata. Se nel nuovo caso

la regola non conduce a tali scopi ma produce risultati ingiusti o assurdi, allora il giudice successivo può rifiutarsi di applicare la regola.

Mi sembra possa essere letta in questa chiave anche la tesi di Gorla (1990), secondo il quale la *ratio* non sarebbe una regola, ma la motivazione riferita ad una questione.

2.4. *Obiter dictum*

La maggior parte degli autori concordano nel ritenere l'*obiter dictum* un nozione residuale, definibile solo in modo negativo. Ad esempio, Cross, afferma che è un *obiter dictum* qualsiasi regola generale di diritto che non faccia parte della *ratio decidendi* (Cross 1977, 79-80).

Negli ordinamenti di *common law* si osserva frequentemente che l'*obiter dictum* non è vincolante, ma può assumere un certo valore al fine della decisione di casi successivi, valore che dipende da un insieme di fattore difficilmente tipizzabili, come la persuasività dell'argomentazione nella quale l'*obiter dictum* è stato pronunciato, l'autorità del giudice che l'ha formulato, ecc.

Sono di particolare interesse i casi nei quali la forma dell'*obiter dictum* viene adottata dai giudici di *common law* per proporre principi generali, i quali si configurano come generalizzazioni della *ratio decidendi* (che si vuole, invece, specifica e aderente ai fatti del caso). Si ritiene che tali principi non vincolino i giudici successivi, almeno finché non siano stati confermati da numerose decisioni successive (le cui *rationes* concretizzano, in modi diversi, il principio). Solo in quest'ultima ipotesi si avrebbe infatti un onere dell'argomentazione a carico di chi intende discostarsi dal principio, il quale assumerebbe così un valore simile a quello di una *ratio decidendi*⁸.

Secondo Gorla (1990, 12), la differenza tra *obiter dictum* e *ratio decidendi* consisterebbe nella connessione con il caso *sub judice*: mentre, come si è visto, la *ratio decidendi* esprime la giustificazione della decisione del caso, l'*obiter dictum* riguarda un caso diverso da quello deciso *sub judice*, diverso per il fatto o per la questione.

Questa nozione di *obiter dictum* a me sembra eccessivamente ristretta, poiché ne rimangono escluse le affermazioni generali che, pur applicabili ai fatti della causa, il giudice non ritenga atte a fondare la propria decisione:

- le generalizzazioni della *ratio decidendi*,
- le affermazioni di principi che il giudice effettui tentativamente, o solo per respingere un'obiezione, pur escludendo esplicitamente che quei principi costituiscano la ragione della propria decisione.

Possiamo quindi accettare la nozione tradizionale: un *obiter dictum* è una qualsiasi statuizione generale, implicita o esplicita nella decisione giudiziale, che non costituisca una *ratio decidendi* di tale decisione.

2.5. *Casi in cui è difficile la distinzione tra ratio decidendi e obiter dictum*

Vi sono alcuni casi in cui è assai difficile distinguere tra *ratio decidendi* e *obiter dictum*. In alcune di tali situazioni la difficoltà dipende dalla posizione della questione cui afferisce la regola, nell'ambito dell'argomentazione che ha condotto alla

definizione della causa:

1) Casi con più *rationes decidendi* alternative: il giudice propone più *rationes*, ciascuna sufficiente a risolvere la questione. I dubbi nascono, in questi casi, dal fatto che nessuna delle *rationes* è necessaria alla soluzione adottata (che si reggerebbe comunque sulle *rationes* alternative). Tuttavia, sulla base della definizione sopra proposta, che intende la necessità solo in modo relativo (rispetto ad una determinata giustificazione della decisione), tutte le *rationes* alternative sono *rationes decidenti*, poiché necessarie nell'ambito di diverse giustificazioni alternative della decisione.

2) Questioni indipendenti: il giudice deve decidere due questioni nella disputa tra l'attore A e il convenuto B, e la soluzione di ciascuna di queste in favore di B è sufficiente a decidere la disputa. Il giudice risolve la prima questione (ad esempio, una pregiudiziale di merito) a favore di A e la seconda a favore di B, che vince la causa. I dubbi nascono, in questi casi, dal fatto che la soluzione della prima questione non è necessaria alla decisione, poiché il giudice avrebbe potuto decidere la causa allo stesso modo (cioè dando ragione a B) anche limitandosi a considerare la seconda. In questi casi, secondo la definizione di Cross (che richiede che la *ratio decidendi* sia necessaria alla decisione) la regola di giudizio della prima questione sarebbe un *obiter dictum* (Cross afferma tuttavia che tale *dictum* avrebbe autorità di *ratio decidendi*). Secondo la definizione da noi proposta, invece, anche quella regola è una *ratio decidendi* (come ritiene anche Summers, 1994) poiché giustifica la risoluzione di una questione rilevante.

3) Questioni dipendenti: la corte deve decidere una questione preliminare (ad esempio, una decisione sulla competenza o sulla giurisdizione), e quindi una questione di merito. Se il giudice decide a favore dell'attore la questione preliminare respingendo l'eccezione del convenuto, ma rigetta poi l'azione nel merito, la decisione sulla questione preliminare è *ratio* o *obiter dictum?* Anche in questo caso, sulla base della nostra definizione si tratterebbe di una *ratio decidendi* (non così per Cross).

La dottrina di *common law*, si soffrema, inoltre, sui casi nei quali i dubbi sul valore di una regola di giudizio discendono dalle modalità nelle quali si è manifestata la volontà dei giudici:

1) Casi nei quali una minoranza dissente dalla maggioranza per quanto attiene alla regola che giustifica la decisione della corte. In questa ipotesi è vincolante la *ratio* sulla quale abbia concordato la maggioranza, anche se i *dicta* delle eventuali *dissenting opinions* possono influenzare, per la loro autorevolezza, la successiva evoluzione giuridica.

2) Casi nei quali la corte sia divisa in pari numero, a favore e contro la decisione. In questa ipotesi, secondo il diritto inglese l'appello si intende respinto, ma sussistono notevoli incertezze sull'effetto vincolante della *ratio* di una decisione siffatta.

3) Casi nei quali non c'è una maggioranza a favore di una determinata *ratio decidendi*, mentre si è formata una maggioranza sulla soluzione della controversia. Sembra che se una delle *rationes* di minoranza è più specifica, così da essere sussunta sotto tutte le altre, tale *ratio* più specifica possa considerarsi comune.

Le ipotesi appena presentate hanno comunque uno scarso rilievo nel nostro ordinamento, nel quale, come è noto, non sono ammesse opinioni dissidenziali, e la motivazione è unica.

Un ulteriore profilo rilevante per la qualificazione di una regola di giudizio come *ratio decidendi* attiene al suo livello di generalità. Benché la *ratio decidendi* debba essere necessariamente una regola universale, cioè un principio applicabile a tutti i casi dello stesso tipo (tutti quelli che soddisfacciano la fattispecie della *ratio* stessa), numerosi

studiosi del *common law* affermano che essa deve essere molto specifica (poco generale). L'esigenza di limitare il livello di generalità delle *rationes decidendi* si riconnette da un lato alle modalità dell'attività giudiziale (l'attività giudiziale è idonea a decidere questioni specifiche, mentre il legislatore dispone dei mezzi e delle informazioni necessarie per adottare decisioni dotate di un'elevata generalità) sia al principio della divisione dei poteri (e quindi alla diversa legittimazione che caratterizza le scelte politiche e quelle giudiziarie). Si tratta di esigenze che non consentono di trarre con precisione una linea netta tra generalizzazioni ammissibili e generalizzazioni inammissibili, ma che tuttavia debbono essere tenute presenti, e che ispirano la prassi giudiziaria⁹.

3. Vincolo al precedente

Il vincolo al precedente, spesso richiamato con l'espressione *stare decisis*, indica l'obbligo giuridico a conformarsi alle *rationes* dei precedenti (*stare rationibus decidendi*). Come abbiamo visto, la *ratio decidendi* è una statuizione universale, e si riferisce quindi anche a tutti casi futuri per i quali essa sia pertinente: pertanto il vincolo dello *stare decisis* differisce dall'obbligo di rispettare la *res judicata* (che è la disciplina del concreto caso controverso).

Nella dottrina classica dei precedenti è usuale la distinzione tra precedenti vincolanti e precedenti persuasivi: si dice che i precedenti vincolanti sono quelli che il giudice successivo è obbligato ad osservare (sempre che siano pertinenti), mentre i precedenti persuasivi sono quelli per i quali tale obbligo non sussiste, e che godono, quindi, solo di un'autorità morale o di fatto.

Questa distinzione, tuttavia, è sempre più spesso messa in discussione:

- la nozione di precedente vincolante è incerta: a seconda del senso il cui la nozione di "vincolo" è intesa, si può affermare che nessun precedente è vincolante, in nessun ordinamento, o che tutti i precedenti sono vincolanti, in tutti gli ordinamenti;

- la nozione di precedente persuasivo è ambigua e oscura: sono persuasivi tutti i precedenti non vincolanti, o solo quelli che di fatto persuadono il decisore successivo, o solo quelli atti a persuadere per la bontà delle loro ragioni sostanziali, o solo quelli atti a persuadere per caratteristiche formali indipendenti dalla bontà delle loro ragioni (in forza, ad esempio, del prestigio, o della posizione istituzionale, del giudice da cui promanano)?

La scarsa chiarezza di queste nozioni può essere superata solo mediante una classificazione analitica dei diversi modi in cui un precedente (*rectius*, la *ratio decidendi* del precedente) può essere vincolante in un caso futuro rispetto al quale il precedente sia pertinente:

V.1) precedente assolutamente vincolante (deve essere sempre applicato);

V.2) precedente formalmente vincolante (deve essere applicato salvo che ricorrano specifiche eccezioni);

V.3) precedente presuntivamente (*defeasibly*) vincolante (deve essere applicato salvo che ricorrano ragioni sostanziali prevalenti in contrario);

V.4) precedente non vincolante ma di supporto (può essere applicato e dà sostegno ad una decisione conforme, senza forzarla);

V.5) precedente meramente illustrativo (vale solo per le ragioni che lo sostengono, che debbono essere bilanciate con le ragioni contrarie)¹⁰.

Ovviamente, le qualifiche appena indicate non dipendono solo dal precedente, ma anche dal soggetto chiamato ad applicarlo. Un mede-

simo precedente presenta diversi gradi di obbligatorietà per i diversi giudici chiamati a prenderlo in considerazione, come vedremo nel seguito considerando il profilo istituzionale del precedente.

Si noti infine che la categoria sub V.3) è la più problematica: modalità molto diverse di trattamento dei precedenti sono concepibili a seconda della forza che si richiede alle ragioni sostanziali contro il precedente, affinché questo possa essere abbandonato. Possiamo forse distinguere due ipotesi limite, che segnano il confine superiore e il confine inferiore del vincolo presuntivo al precedente:

V.3.a) precedente presuntivamente vincolante in modo forte (deve essere applicato salvo che il bilanciamento delle ragioni segni un consistente vantaggio a favore di una nuova regola, tanto da far ritenere assurda o gravemente ingiusta *laratio* del precedente).

V.3.b) precedente presuntivamente vincolante in modo debole (deve essere applicato salvo che le ragioni sostanziali a favore della sua disapplicazione siano superiori, anche di poco, a quelle a favore della sua applicazione).

La differenza tra le ipotesi sub V.3.a e V.3.b può essere utile per spiegare alcuni comportamenti giudiziari, e specialmente l'atteggiamento delle corti statunitensi, le quali hanno il poter di revocare (*overrule*) i propri precedenti per ragioni sostanziali, ma tuttavia spesso si conformano al precedente pur affermando che non avrebbero deciso nello stesso modo se il caso si fosse presentato quale impregiudicata *res nova*.

Il principio che si può evincere da questa prassi è il seguente: per discostarsi da un precedente, quei giudici non considerano solo le ragioni sostanziali a favore della regola adottata nel passato e le ragioni sostanziali a favore della nuova soluzione, ma altresì le ragioni della stabilità e della certezza giuridica, valori interni al sistema del *common law* e comunque suscettibili di essere pregiudicati da un mutamento di giurisprudenza. Quindi essi debbono mettere su un piatto della bilancia le ragioni R2 a favore della nuova soluzione, e sull'altro piatto non solo le ragioni R1 a favore del precedente, ma anche le ragioni di stabilità e certezza giuridica RS. Solo se R2 è superiore a R1 + RS, sarà giustificato l'abbandono del precedente. D'altro canto, a favore della nuova regola essi debbono considerare, non solo la maggiore equità che essa consente nella soluzione del caso concreto, ma anche i vantaggi della sua applicazione come nuovo precedente (che metterebbe fine alla reiterazione dell'errore incluso nel vecchio precedente). Un mutamento di giurisprudenza può inoltre contribuire alla certezza del diritto, evitando che i giudici successivi debbano ricorrere ad acrobazie interpretative per eludere l'applicazione di un precedente ingiusto.

La tendenza a preferire la conservazione di un precedente moderatamente “ingiusto” ad una nuova regola sembra riconnettersi altresì a ragioni istituzionali: da un lato si ammonisce sul fatto che un eccesso di disinvoltura nel trasgredire o revocare (*overrule*) i precedenti metterebbe fine all'istituzione stessa del precedente e con essa, alla “fabbrica del *common law*”¹¹, d'altro lato si ricorda la possibilità un intervento legislativo per superare il precedente inadeguato.

Quindi, possiamo concludere che il vincolo al precedente, anche quando il precedente possa essere abbandonato per ragioni sostanziali, non sempre si esaurisce, almeno negli ordinamenti di *common law*, in un inversione dell'onere della prova, ma la forza di quel vincolo va determinata in funzione della preponderanza richiesta alle ragioni sostanziali in favore dell'innovazione¹².

La possibilità di un rimpianto giudiziale (*judicial regret*) di fronte alla

necessità di applicare il precedente (avrei deciso diversamente, ma non posso farlo perché c'è il precedente) sembra quindi il criterio necessario e sufficiente per distinguere tra il vincolo di tipo V.3.a e il vincolo di tipo V.3.b. Ovviamente, all'interno della categoria V.3.a ulteriori distinzioni sarebbero possibili rispetto alla "misura" in cui si richiede che le ragioni a favore dell'innovazione prevalgano sulle ragioni a favore del precedente.

E' molto sfumato anche il passaggio tra i precedenti presuntivamente vincolanti in modo debole (V.3.b) e i precedenti di supporto (V.4): qui il test decisivo sembra vertere sul fatto che il richiamo del precedente possa essere considerato o no una giustificazione sufficiente della decisione conforme ad esso.

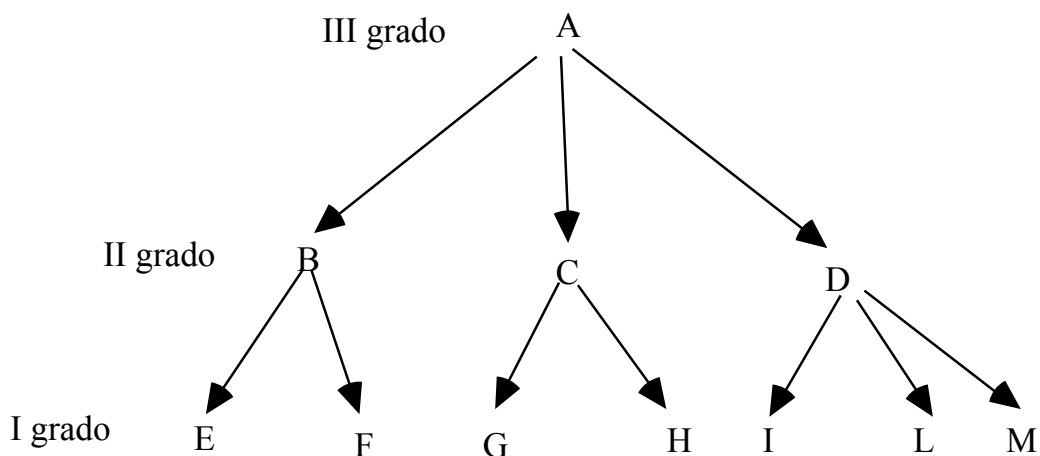
L'ipotesi sub V.3.b segna probabilmente il punto minimo affinché si possa parlare in senso proprio di un vincolo giuridico al precedente. Il vincolo, infatti, si riduce ad una inversione dell'onere dell'argomentazione: spetta a chi intenda discostarsi da un precedente vincolante, dare una corrispondente motivazione. In tale inversione dell'onere dell'argomentazione, alcuni teorici del diritto, come si vedrà nel seguito, tendono a riscontrare l'aspetto essenziale e universale (e, in questo senso, "logico") del vincolo al precedente.

3.1. Classificazione istituzionale dei precedenti

Il precedente giudiziale, almeno negli ordinamenti di *common law*, ha un valore istituzionale: esso vale (e eventualmente vincola) in quanto proviene da un determinato organo, e nei confronti di determinati organi. Questa dimensione istituzionale deriva, ovviamente, dalla strutturazione degli organi giudiziali in gerarchie funzionali, nelle quale un giudice X è superiore al giudice Y, se X è competente a decidere sui ricorsi contro la decisione di Y.

Una struttura siffatta può essere rappresentata nella forma di un albero. Un albero, come è noto, è una struttura composta da più nodi, ciascuno dei quali è legato ad uno o più nodi inferiori (non è invece possibile che un nodo inferiore sia collegato a più nodi superiori), chiamati figli del nodo superiore. I nodi, collegati attraverso più passi, sempre discendenti, ad un nodo, si chiamano i successori di quel nodo, che è il loro predecessore.

Albero giudiziario



3.2. Precedente gerarchicamente superiore

Possiamo dire che la decisione di un certo giudice X è un precedente gerarchicamente superiore per un giudice Y, se X è un predecessore di Y nell'albero giudiziario (se, cioè, attraverso uno o più

passaggi è possibile discendere da X a Y)¹³. Ad esempio, la deci-

sione del giudice supremo A è un precedente gerarchicamente superiore, nel nostro albero, per tutti gli altri giudici, mentre la decisione di B è un precedente gerarchicamente superiore per E ed F, e non invece per G.

Il precedente gerarchicamente superiore è quello che normalmente ha maggior efficacia, anche perché, se il giudice gerarchicamente inferiore decide in difformità dal giudice gerarchicamente superiore, quest'ultimo può revocare, in sede di gravame, la decisione del primo.

3.3. Precedente gerarchicamente inferiore

La decisione di un giudice X è un precedente gerarchicamente inferiore per un giudice successivo Y, se X è un successore di Y, nell'albero giudiziario (se, cioè, è possibile discendere; attraverso uno o più passaggi, da Y a X). Ad esempio, nell'albero della figura precedente, la decisione di E è un precedente gerarchicamente inferiore per B, mentre non lo è la decisione di G.

Il giudice superiore normalmente non si sentirà vincolato ad uniformarsi alla decisione precedente del giudice inferiore, benché questa presenti per lui uno speciale rilievo, poiché esprime un indirizzo presente nell'ambito della propria giurisdizione, sul quale egli potrà essere chiamato a pronunciarsi.

3.4. Autoprecedente

Si suole chiamare autoprecedente, rispetto ad un determinato giudice, ogni decisione adottata nel passato da quello stesso giudice. Questa nozione è tuttavia ambigua, a seconda della nozione di "stesso giudice". In particolare, ci si può chiedere se appartengano ad uno stesso giudice le diverse sezioni di uno stesso organo giudiziario, e se costituiscano "uno stesso giudice" le diverse istanze di una stessa sezione di un organo, successive o contemporanee, e diverse per le persone fisiche che vi afferiscono. Possiamo quindi distinguere tra:

- autoprecedente in senso stretto: decisione precedente adottata dagli stessi magistrati chiamati a decidere il caso successivo;
- precedente interno (all'organo): decisione precedente adottata da diversi magistrati dello stesso organo giudiziario.

L'autoprecedente in senso stretto normalmente presenta un certo valore in qualsiasi ordinamento giuridico, poiché uno stesso magistrato, per ragioni di coerenza e "universalizzabilità" tenderà a non contraddirsi (o almeno a non farlo frequentemente). Più complesso è il problema del valore giuridico del precedente interno, che potrà presumibilmente essere assai variabile a seconda delle strutture istituzionali e della coesione interna all'organo giudiziario.

Precedente gerarchicamente irrelato

Infine va considerato il precedente *gerarchicamente irrelato*, cioè deciso da un giudice che non sia né predecessore né successore rispetto al giudice del nuovo caso. Un'ipotesi particolare è quella del c.d. *precedente orizzontale*, adottato cioè da un diverso giudice dello stesso livello, ma rientrano in questa tipologia anche i precedenti di giudici di livello superiore o inferiore, non collegati da legami gerarchici al giudice dato. Ad esempio, rispetto al giudice E, tanto il precedente di C che il precedente di G sono gerarchicamente irrelati, ma solo il precedente di G è un precedente orizzontale.

Di regola l'efficacia vincolante di questo tipo di precedente è limitata, e decresce quanto più i due precedenti sono lontani, cioè quanti più passi si debbono fare per arrivare ad un giudice superiore comune.

3.5. *Vincolo al precedente nei paesi di common law*

Passiamo ora ad esaminare il valore giuridico del precedente negli ordinamenti di *common law* e di *civil law*, alla luce delle nozioni introdotte nei paragrafi precedenti.

Secondo la usuale presentazione della dottrina del precedente (*doctrine of precedent*) inglese, in quell'ordinamento (Cross 1977, 7):

- a) ogni giudice è vincolato alle decisioni delle corti superiori ad esso;
- b) le corti di secondo grado (*appellate courts*) sono vincolate a seguire le proprie decisioni.

E' dubbio invece se la corte suprema (House of Lords) sia vincolata a seguire le proprie decisioni poiché nel famoso Practice Statement del 1966 i Lords affermarono che "pur considerando le proprie precedenti decisioni come normalmente vincolanti", essi si riservavano di "discostarsi da una precedente decisione quando appaia giusto farlo".

La regola del vincolo al precedente ammette nel diritto inglese solo specifiche eccezioni (Cross 1977, 150)¹⁴. Un precedente non vincola, in particolare, qualora:

- a) sia in conflitto con un'altra decisione del giudice autore del precedente;
- b) sia stato *overruled*, implicitamente o esplicitamente da una decisione successiva di un giudice superiore;
- c) sia stato ottenuto *per incuriam*, cioè senza tener conto di una norma di legge o di un precedente vincolante;
- d) sia oscuro, in disaccordo con fonti del diritto o principi stabiliti, o formulato in termini eccessivamente generali;
- e) sia intervenuta una legge successiva la cui considerazione avrebbe condotto ad una diversa soluzione.

La dottrina americana del precedente riconosce alle corti superiori una più ampia facoltà di revocare (*overrule*) i propri precedenti per ragioni sostanziali. Pertanto, al di fuori dell'ipotesi di decisione "sbagliata", adottata *per incuriam*, che può quindi essere trascurata¹⁵, le ipotesi in cui il precedente non vincola coincidono con quelle nelle quali si riconosce alla corte successiva il potere di *overruling* (nozione che sarà ampiamente considerata nel seguito). Possiamo quindi dire, che, negli Stati Uniti:

- a) ogni giudice è vincolato alle decisioni dei giudici gerarchicamente superiori (salvo la possibilità di un *anticipatory overruling*, come vedremo nel seguito);
- b) il giudice che ha deciso il precedente è vincolato a seguirlo, sempre che non ricorrono le condizioni per un *overruling* del precedente stesso.

Da questa sommaria descrizione, risulta che neppure nei paesi di *common law* esistono precedenti la cui *ratio decidendi* si imponga con una forza vincolante assoluta (di tipo V.1). Forse si potrebbe attribuire tale efficacia alle decisioni di annullamento delle corti costituzionali (dove quelle decisioni siano previste), ma in questo caso di tratterebbe dell'efficacia del dispositivo della sentenza (e quindi della *res judicata*), non dell'efficacia della *ratio* della sentenza stessa (e quindi del suo valore di precedente).

I precedenti gerarchicamente superiori sembrano possedere un'efficacia di tipo V.2 (vincolo formale) tanto in Inghilterra che negli Stati Uniti (temperata, in quest'ultimo caso, dalla già ricordata possibilità di *anticipatory overruling*).

L'*autoprecedente* sembra spiegare in Inghilterra un'efficacia vincolante di tipo V.2, per le *appellate courts*, e V.3.a (vincolo presuntivo forte) per la House of Lords; negli Stati Uniti, indistintamente un'efficacia di tipo V.3.a.

Il precedente gerarchicamente irrelato, invece, sembra spiegare, in

entrambi gli ordinamenti un vincolo solo di tipo V.3.b (presuntivo debole) o V.4 (di supporto). Forse il vincolo può essere maggiore quando, anziché un singolo precedente, si abbia una *communis opinio*.

Seppure in modo incerto e sfumato, la forza del vincolo al precedente è correlata anche alla materia alla quale il precedente inerisce. Si tratta di una questione spesso affrontata dalla dottrina statunitense (Summers 1994, 22):

a) Le decisioni in materia di interpretazione della costituzione sono ritenute dai giudici americani meno vincolanti dei precedenti in materia di interpretazione di norme legislative. Ciò in quanto il compito di adattare i principi della costituzione alle esigenze sociali spetta in primo luogo al potere giudiziario (dati i limiti entro i quali è realisticamente possibile una revisione della costituzione), mentre il compito di far evolvere la disciplina legislativa spetta in primo luogo al legislatore. Inoltre, l'importanza dei principi costituzionali è tale che l'esigenza della loro migliore concretizzazione ed applicazione prevale sulle ragioni di certezza sottese al vincolo al precedente.

b) I precedenti in alcune materie di diritto privato (proprietà, contratti, e rapporti commerciali) sono ritenuti maggiormente vincolanti. In queste materie spesso i giudici americani dichiarano di seguire un precedente pur essendo in disaccordo con esso. Il precedente avrebbe infatti creato un assetto di aspettative consolidate che solo il legislatore potrebbe cambiare.

3.6. Vincolo ai precedenti nei paesi di civil law

Nei paesi di *civil law* la caratterizzazione del vincolo ai precedenti è assai incerta, e varia a seconda, non solo delle strutture istituzionali, ma anche delle opzioni teorico- e politico- giuridiche accolte dagli studiosi del precedente. Non si approfondirà qui questo tema, che richiederebbe una discussione dettagliata delle diverse soluzioni dottrinali, ma ci si limiterà a distinguere schematicamente le principali tesi al riguardo.

La distinzione fondamentale, sembra essere quella tra chi afferma che il precedente (almeno il l'autoprecedente e il precedente gerarchicamente superiore) possegga almeno una forza presuntivamente vincolante in modo debole (V3.b) e chi nega al precedente quel valore (e quindi nega al precedente ogni valore di obbligo giuridico, se si accoglie la nostra ipotesi che tale forza sia il livello minimo affinché si possa parlare di un vincolo giuridico).

Nel nostro paese come è noto, l'obbligatorietà del precedente è stata oggetto, negli ultimi anni, di un vivace dibattito dottrinale, per il quale si rinvia alle fonti indicate nella nota 1, dibattito cui corrispondono, come osserva Galgano (1994, 33) due opposte tendenze nella giurisprudenza della Corte di Cassazione¹⁶: “da una lato quella che mira a realizzare il più alto grado di certezza del diritto [mediante l'osservanza del precedente]; dall'altro l'ideologia propria del giudice di *civil law*, che a null'altro si ritiene sottoposto se non alla legge e che, in nome di una interpretazione della legge che sia la migliore possibile, non esita a contraddirsi le proprie precedenti interpretazioni”. Infatti, la stessa Corte di cassazione ha affermato il principio del vincolo presuntivo al precedente¹⁷ — e più esattamente, come ricorda lo stesso Galgano, il principio che il precedente (della Cassazione) “dispensa il giudice che vi si adeguì dall'obbligo di motivare; impone al giudice che voglia discostarsene l'obbligo di motivare convincentemente il rifiuto” — ma l'operatività di tale principio è compromessa dalla volubilità della giurisprudenza del Supremo Collegio.

Tra le dottrine favorevoli all'obbligatorietà del precedente in ordinamenti di *civil law*, ci limitiamo qui a ricordare quella di Gorla (1990)¹⁸,

secondo il quale (sulla base dell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario e dell'art. 111 della Costituzione) "di fronte ai precedenti giudiziali della Cassazione, specialmente se a Sezioni riunite o costituenti 'giurisprudenza costante', v'è un dovere giuridico-funzionale della stessa Corte di Cassazione e dei giudici di 1^a e 2^a istanza (oltre che di conoscere tali precedenti, con gli offerti mezzi di informazione) di non distaccarsene se non motivando e allegando gravi motivi". Secondo lo stesso Gorla quel dovere giuridico funzionale si estenderebbe anche ad altri tribunali supremi e ai giudici di precedenti istanze, e anzi "a tutte le giurisdizioni, e inoltre esso sussisterebbe anche di fronte alla *communis opinio* dei giudici di 1^o e 2^o grado nelle materie in cui la Cassazione non può intervenire".

Un dibattito analogo a quello in atto nel nostro paese, ma iniziato precedentemente, può ritrovarsi nella dottrina tedesca, dove il vincolo ai precedenti è negato da illustri giuristi e teorici del diritto, ed è affermato da altri non meno valenti studiosi¹⁹.

Sul problema del vincolo all'autoprecedente, si può ricordare la recente decisione del Tribunal Constitucional spagnolo (illustrata in Gascón Abellán 1993): i giudici costituzionali spagnoli hanno ritenuto che il principio dell'egualanza davanti alla legge comprenda non solo l'egualanza nella legge (divieto di differenze di trattamento legislativo non giustificate) ma anche l'egualanza nell'applicazione della legge. Quest'ultima egualanza includerebbe non solo il requisito di un'applicazione non discriminatoria della legge, ma anche l'esigenza che un organo giurisdizionale non modifichi arbitrariamente la propria precedente linea giurisprudenziale, cioè che esso non abbandoni il proprio precedente indirizzo senza darne una motivazione sufficiente e ragionevole. Secondo lo stesso Tribunal Constitucional il nuovo criterio di interpretazione deve essere adottato "come soluzione generale consapevolmente differenziata". In sostanza, sembra di poter concludere che, secondo i giudici spagnoli, il mutamento di giurisprudenza richiede una nuova *ratio decidendi* giustificata da un proprio *rationale*, *ratio* che si rivolga consapevolmente al di là del caso concreto.

La decisione del giudice costituzionale spagnolo è di estremo interesse, poiché espone una dottrina forse trasferibile anche nell'ambito del nostro ordinamento. Due interrogativi sembra rimangano tuttavia aperti:

a) Per superare un precedente, basta sviluppare una nuova argomentazione a favore della nuova *ratio*, o bisogna anche argomentare per la prevalenza della nuova *ratio* sulla *ratio* precedente? Se si accogliesse la prima tesi (cioè la sufficienza di un'argomentazione a favore della nuova *ratio*) allora la decisione costituzionale spagnola si limiterebbe a concretizzare e specificare l'obbligo di motivare le sentenze. Se invece l'obbligo argomentativo concernesse anche la preferibilità della nuova *ratio* sulla precedente, allora si realizzerebbe pienamente l'inversione dell'onere dell'argomentazione che costituisce il grado minimo del vincolo al precedente.

b) L'obbligo vale solo per le decisioni della stessa persona fisica, o anche per le decisioni di diversi magistrati che rivestano successivamente lo stesso ufficio, o anche per diverse sezioni di uno stesso organo? A seconda della risposta a questo quesito il vincolo all'autoprecedente acquisisce una diversa portata operativa e una diversa incidenza organizzativa.

3.7. Precedente vincolante e persuasivo

Come abbiamo già rilevato, la contrapposizione tra precedente vincolante (*binding*) e precedente persuasivo (*persuasive*) — spesso utilizzata dalla dottrina dei paesi di *common law*, e frequentemente ripresa anche negli ordinamenti di *civil law* — non rende ragione delle diverse forme e gradazioni in cui può presentarsi il vincolo al precedente. Tale distin-

zione può tuttavia essere riportata alla scala da noi proposta.

Precedente vincolante

La qualifica di “vincolante” dovrebbe forse essere riservata ai precedenti caratterizzati da un elevato grado di obbligatorietà, e comunque da un grado di obbligatorietà non inferiore a quello da noi chiamato *vincolo presuntivo in senso debole* (V.3.b).

Il precedente persuasivo

La nozione di precedente persuasivo è sfuggente, e spesso illustrata solo mediante esempi: come precedenti persuasivi si ricordano, solitamente, le pronunce dei giudici non gerarchicamente superiori e dei giudici stranieri.

Alcuni autori hanno osservato che la stessa espressione “precedente persuasivo” non è felicissima, in quanto non viene usata per indicare (come dovrebbe, se intesa in senso letterale) i precedenti che siano effettivamente capaci di convincere per la bontà dei motivi che li sorreggono. Sembra doversi quindi accogliere la raccomandazione di chi, come Gorla (1990, 45), suggerisce invece l’uso di espressioni come “precedente di fatto” o precedente dotato di valore morale.

Dovendo precisare comunque il significato della nozione di precedente persuasivo (o delle locuzioni alternative appena indicate), è probabilmente possibile indicare un livello di “obbligatorietà” a partire dal quale l’espressione non può più essere usata: il carattere persuasivo di un precedente sembra incompatibile con la possibilità di un “rimpianto giudiziale” (*judicial regret*) per aver dovuto adottare una soluzione che non si sarebbe accolta in assenza del precedente, cioè per aver dovuto adottare una determinata soluzione pur esistendo ragioni sostanziali prevalenti a favore della soluzione opposta. La persuasività presuppone quindi l’assenza di un obbligo di attenersi al precedente quando prevalessero le ragioni sostanziali a favore di una diversa soluzione, e quindi non ricorre nelle ipotesi in cui la forza vincolante raggiunga il livello del vincolo presuntivo forte (V.3.a). E’ dubbio, invece, se possa considerarsi persuasivo lo stesso precedente presuntivamente vincolante in modo debole (V.’b). Volendo mantenere l’opposizione reciprocamente esclusiva tra precedente vincolante e precedente persuasivo, la soluzione negativa sembra preferibile.

Il termine “precedente persuasivo” dovrebbe quindi applicarsi solo ai precedenti la cui efficacia vincolante fosse inferiore a quella indicata sub V.3.b, cioè ai precedenti non vincolanti ma di supporto (V.4) e a quelli meramente illustrativi (V.5).

3.8. Precedente pertinente (on the point)

Non ogni precedente è suscettibile di incidere sulla decisione di un caso successivo, ma solo quelli pertinenti (*on the point*).

E’ possibile, tuttavia, distinguere diversi gradi di pertinenza del precedente:

1) Precedente sullo stesso caso. La *ratio* del precedente è, *prima facie*, applicabile al nuovo caso (il caso soddisfa la fattispecie della *ratio* del precedente). In questo caso vi sarà l’obbligo giuridico decidere il nuovo caso sulla base della *ratio* del precedente, salva la possibilità di una *spiegazione* che conduca ad un’interpretazione restrittiva del precedente, tale da renderlo inapplicabile al nuovo caso, o di una *distinzione* basata nell’individuazione di un fatto impeditivo peculiare al nuovo caso, non pre-

sente nel precedente, e tale da precludere l'applicazione della *ratio* del precedente (su queste nozioni ci soffermeremo nel seguito).

2) Precedente su un caso diverso (ma analogo). La *ratio* del precedente non è applicabile al nuovo caso, il quale soddisfa solo alcuni degli elementi contemplati nella *ratio* del precedente. Tuttavia, il precedente consente di fondare per analogia la soluzione del nuovo caso: in questa ipotesi si tratta di astrarre dalla *ratio* del precedente una *ratio* più generale, che sussuma sia il precedente che il nuovo caso.

Con riferimento alla distinzione appena tracciata, MacCormick afferma che mentre il precedente sullo stesso caso comporterebbe un obbligo di uniformarvisi, il precedente su caso diverso (ma analogo) comporterebbe solo il permesso di uniformarsi al precedente, sulla base di un'argomentazione analogica²⁰.

A mio parere la distinzione può meglio essere colta sotto il profilo degli oneri argomentativi. Adducendo un precedente (vincolante) sullo stesso caso si è assolto l'onere argomentativo: qualora non emergano elementi (e argomenti) in contrario, il caso può e deve essere risolto applicando il precedente. Adducendo un precedente su caso diverso, invece, non si è assolto l'onere argomentativo: a tal fine, oltre a (1) addurre il precedente (e la sua *ratio*) bisogna (2) sviluppare un ragionamento analogico, da quale risulti che il precedente e il nuovo caso hanno in comune elementi decisivi, e (3) costruire una *ratio* più generale che, contemplando tali elementi, sussuma la vecchia *ratio* e il nuovo caso.

4. Rapporti tra i precedenti

Il diritto giurisprudenziale non è un insieme di decisioni isolate, ciascuna dotato di una propria *ratio* autonomamente definita: la portata giuridica di ciascun precedente può essere colta solo sullo sfondo delle decisioni correlate, cui il singolo precedente si collega, sia nel momento della sua formazione, sia nella sua successiva evoluzione. Da un lato infatti, ogni precedente si situa in un rapporto di continuità e di rottura (in misura variabile) con le decisioni antecedenti, che può riaffermare, sviluppare o contraddirie, dall'altro lato il medesimo rapporto si instaurerà tra il precedente stesso e le decisioni successive.

4.1. Shepardizing

La dottrina del *common law* ha elaborato una tipologia complessa ed articolata (almeno rispetto alle nostre usuali nozioni di precedente conforme e difforme) delle relazioni tra i precedenti.

Tale tipologia è sistematizzata nella classificazione adottata nei volumi delle Shepard's citations, che costituiscono forse, nell'esperienza giuridica statunitense, il principale supporto per l'accesso ai precedenti e la determinazione del loro valore attuale.

I volumi delle Shepard's citations indicano, sotto ogni precedente, le decisioni successive che hanno citato il precedente, accompagnate da abbreviazioni che rappresentano il rapporto tra il precedente e la successiva decisione che lo ha citato.

Le decisioni successive (citanti) possono riguardare fasi successive dello stesso processo nel quale si formò il precedente citato (si dice allora che attengono alla "storia del caso") o possono riguardare casi diversi (si dice allora attengono al "trattamento del caso").

Ad esempio, per quanto riguarda la storia di un caso si riportano le seguenti abbreviazioni.

a (*affirmed*)

La decisione citante ha confermato in appello il precedente citato.

cc (<i>connected case</i>)	La decisione citante verte su un caso diverso da quello oggetto del precedente citato ma connesso con questo.
D (<i>dismissed</i>)	La decisione citante ha respinto l'appello contro il precedente citato.
m (<i>modified</i>)	La decisione citante ha modificato il precedente citato in appello.
r (<i>reversed</i>)	La decisione citante ha riformato in appello il precedente citato.
s (<i>same case</i>)	La decisione citante verte sullo stesso caso
S (<i>superseded</i>)	La decisione citante ha sostituito, in sede di appello, la motivazione del precedente citato con una nuova motivazione.

Più interessanti sono le abbreviazioni in materia di trattamento del caso, che specificano le relazioni tra il precedente e le decisioni successive, relazioni dalle quali risulta la portata giuridica attuale del precedente.

c (<i>criticized</i>)	La decisione citante ha criticato il precedente citato quanto riguarda la correttezza della decisione o della motivazione.
d (<i>distinguished</i>)	La decisione citante ha considerato il precedente citato sostanzialmente diverso dal nuovo caso.
e (<i>explained</i>)	La decisione citante ha determinata la portata giuridica del precedente citato (senza limitarsi ad una mera ripetizione del contenuto letterale della motivazione del precedente).
f (<i>followed</i>)	La decisione citante ha considerato il precedente citato come proprio fondamento giuridico.
h (<i>harmonized</i>)	La decisione citante ha risolto un'apparente incoerenza tra il precedente citato e altri precedenti.
j (<i>dissenting opinion</i>)	Nella decisione citante il precedente è menzionato in un'opinione dissidente.
L (<i>limited</i>)	La decisione citante si è rifiutata di estendere la decisione del precedente citato al di là delle precise questioni trattate nel precedente stesso.
o (<i>overruled</i>)	La <i>ratio decidendi</i> del precedente citato è stata espressamente revocata.
p (<i>parallel</i>)	La decisione citante è sostanzialmente simile o identico nel diritto o nel fatto al precedente citato.
q (<i>questioned</i>)	La decisione citante ha messo in dubbio la correttezza del dispositivo o della motivazione del precedente citato.

4.2. Conflitto tra precedenti

Si ha un conflitto tra precedenti quando vi siano più precedenti tutti pertinenti rispetto al nuovo caso, tutti *prima facie* vigenti (non revocati), e tutti dotati di *rationes* incompatibili.

Per risolvere questo conflitti la dottrina del *common law* sembra usare criteri analoghi a quelli usati per risolvere i conflitti normativi:

- a) principio gerarchico: nel caso di conflitto prevale il precedente emanato dal giudice gerarchicamente superiore;
- b) principio di specialità: nel caso in cui uno dei precedenti sia maggiormente specifico rispetto ai fatti del caso (la sua *ratio decidendi* con-

templa una circostanza di fatto aggiuntiva, presente nei fatti della causa, e comune al caso in esame), allora il precedente più generico, o comunque meno pertinente (meno “on the point”) può essere distinto e tralasciato;

- c) principio cronologico: prevale il più recente dei precedenti in conflitto.

Mentre l'applicazione dei principi gerarchico e di specialità sembra indiscutibile, l'applicazione del principio cronologico è più dubbia, ed è probabilmente limitata alle ipotesi in cui uno dei precedenti sia notevolmente più vecchio dell'altro, o nelle quali il nuovo giudice disponga del potere di revocare il precedente. Infatti, qualora il decisore avesse il potere di revoca, in conseguenza del conflitto il vecchio precedente dovrebbe considerarsi revocato (si trattierebbe di revoca implicita)²¹. In mancanza di tale potere, si dovrebbe invece ritenere difettosa la decisione successiva.

Una generale applicazione del principio cronologico sembra esclusa da Cross, secondo il quale il giudice successivo che si trovi di fronte a due validi precedenti in conflitto ha la facoltà di scelta tra le corrispondenti *rationes decidendi*.

Summers osserva analogamente che nel caso di conflitto la corte può scegliere il precedente che ritiene maggiormente giustificato in linea di principio, o quello che consente una decisione più giusta nel caso di specie, e decidere di fatto sulla base dei propri valori sostanziali.

Pur con le incertezze rilevate, la dottrina di *common law* sembra indicare criteri sufficienti a risolvere la maggior parte dei conflitti tra precedenti. Purtroppo, i criteri indicati possono essere applicati solo quando si confrontino singoli precedenti. Quando invece, come nella nostra prassi forense e giudiziale, si tratti di comparare linee giurisprudenziali incompatibili (ciascuna delle quali composta da una lunga serie di precedenti, che si sovrappongono nel tempo, nella specialità, nella gerarchia), sembra venir meno ogni possibilità di razionalizzare il confronto, sulla base di criteri che consentano di trarre conclusioni univoche.

5. Ragionamento giuridico e precedente

Gli studiosi del ragionamento giuridico hanno offerto diverse rappresentazioni dell'uso del precedente nell'argomentazione giudiziaria. Tutti, però, pongono l'accento sui momenti della spiegazione (*explaining*), della distinzione (*distinguishing*) e della revoca (*overruling*), quali aspetti caratteristici dell'elaborazione del precedente.

Secondo Kriele, ad esempio, il confronto del giurista con i precedenti presuppone un'ipotesi normativa formulata sulla base dei fatti del caso, e involge quindi i seguenti passi:

- a) la ricerca dei precedenti rilevanti, sulla base di un confronto analogico dei casi concreti (sulla base della loro somiglianza intesa come coincidenza negli aspetti essenziali, ma quali aspetti siano essenziali dipende dalla *ratio decidendi* del precedente e dall'ipotesi normativa);
- b) l'individuazione della *ratio decidendi* del precedente;
- c) l'interpretazione della *ratio decidendi* del precedente, inclusa la possibilità di una spiegazione di tale *ratio* o di una distinzione del caso in esame dal precedente;
- d) la valutazione dell'eventuale necessità di revocare il precedente.

Secondo Cross (1977, 1982) il ragionamento basato sui precedenti si svolge invece in tre momenti:

- a) la percezione delle somiglianze rilevanti tra i precedenti e il nuovo caso;
- b) la determinazione della *ratio decidendi* del precedente (inclusa la possibilità di una “spiegazione”);

c) la decisione di applicare tale *ratio* al nuovo caso (decisione che involge gli aspetti del *distinguishing* e dell'*overruling*).

Cross osserva che l'analogia svolge un ruolo importante nei momenti indicati sub a) e c), e specialmente in quest'ultimo, mentre non svolge alcuna funzione nel momento indicato sub b)²².

Una ricostruzione parzialmente diversa del ruolo dell'analogia nel ragionamento con i precedenti è offerta da MacCormick (1978, 153 ss.). Secondo questo autore, qualora il caso rientri nella *ratio decidendi* del precedente (adeguatamente interpretata) il giudice sarebbe semplicemente tenuto ad applicare tale *ratio*, senza ricorrere al ragionamento analogico. Una forma di analogia si avrebbe solo nell'ipotesi in cui il nuovo caso non rientrasse sotto la *ratio decidendi* del precedente. In quest'ultima ipotesi, per fondare una decisione conforme al precedente sarebbe necessario elaborare un principio capace di sussumere sia il precedente (con la sua *ratio*) che il nuovo caso. L'estensione analogica del precedente sarebbe non un obbligo ma una facoltà di cui il giudice potrebbe discrezionalmente scegliere di avvalersi.

A mio parere, è assai difficile elaborare modelli procedurali precisi del ragionamento basato sui precedenti, cioè modelli nei quali si individuino con chiarezza distinte fasi successive, necessariamente presenti in ogni caso. Infatti, il giurista può adottare, a seconda delle diverse situazioni, e del tempo e delle informazioni disponibili, comportamenti molto diversi di fronte al precedente:

- ricercare il precedente sulla base dell'analogia tra la situazione di fatto da valutare (*rectius*, tra gli elementi di tale situazione che sembrano giuridicamente rilevanti) e la situazione già disciplinata dal precedente, oppure sulla base dell'analogia tra la disciplina giuridica che sembra *prima facie* appropriata alla nuova situazione e la disciplina adottata nel precedente;
- accogliere senza dubbi la (supposta) *ratio decidendi* del precedente presentata in forma di massima, o invece ricercare la *ratio* nel testo della motivazione;
- applicare direttamente al nuovo caso tale *ratio*, come si farebbe con una norma legislativa, o sviluppare argomentazioni intese a estendere la *ratio* o invece a giustificare una deviazione da essa.

Più che un modello generale del ragionamento basato sui precedenti, può essere utile l'analisi di alcuni momenti peculiari della trattazione del precedente, come quelli dell'interpretazione del precedente, della spiegazione, della distinzione, e della revoca, che esamineremo nelle pagine seguenti.

5.1. Interpretazione del precedente

L'interpretazione del precedente è l'attività volta a cogliere la portata giuridica del precedente: l'aspetto principale consiste nella determinazione della *ratio decidendi* del precedente.

Secondo la teoria tradizionale la distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dictum* dipende dall'atteggiamento e dalle parole del giudice²³. Si tratta, quindi, di una teoria "soggettiva" dell'interpretazione del precedente.

Si suole osservare, tuttavia, che l'attenzione per le parole enunciate dal giudice nel giustificare, mediante una regola generale, la propria decisione, deve essere temperata dall'attenzione per i fatti del caso²⁴. Sembra quindi, che valga per i precedenti una sorta di presunzione a favore di un'interpretazione restrittiva, in considerazione della natura dell'attività giudiziale e del principio della divisione dei poteri.

Nell'interpretazione del precedente, come nell'interpretazione della

legge, intervengono inoltre considerazioni di tipo teleologico, sistematico ed evolutivo. In particolare, ogni regola enunciata da un giudice deve essere intesa dal giudice successivo nell'ambito del *common law* esistente al momento in cui la regola deve essere applicata.

Quindi, come osserva Cross 1977, 77) l'interpretazione di un precedente può richiedere:

- 1) l'accertamento della *ratio decidendi* espressamente formulata nel precedente;
- 2) la considerazione della *ratio decidendi* alla luce dei fatti del precedente;
- 3) la considerazione dei commenti sul precedente enunciati dai giudici in casi successivi;
- 4) l'accertamento della *ratio decidendi* di casi successivi;
- 5) la formulazione di una regola basata su più casi.

Alcuni autori hanno sottolineato gli ampi spazi di discrezionalità di cui gode l'interprete del precedente, spazi che finirebbero per annullare la portata operativa del vincolo al precedente (l'interprete potrebbe comunque estrarre dal precedente l'interpretazione che egli intende sostenere).

Contro queste opinioni, si può osservare, con MacCormick (1978, 215), che l'interpretazione del precedente è simile all'interpretazione dei testi di legge: come nell'interpretazione della legge, anche nell'interpretazione del precedente vi è una presunzione a favore della lettera, presunzione che può essere tuttavia superata da considerazioni di altro tipo (sistematiche, teleologiche, ecc.).

La peculiarità del precedente, rispetto alla legge sembra consistere soprattutto nei seguenti aspetti:

- Il legame del precedente alla specificità del caso, che consente di far riferimento alle circostanze del caso per sostenere un'interpretazione non letterale della *ratio decidendi*.

- L'immersione della *ratio decidendi* nella motivazione: la *ratio decidendi* è un significato che deve essere ascritto all'intera motivazione, benché alcune parti della motivazione possano esprimere con maggior immediatezza (talvolta con un'evidenza decisiva). Pertanto anche altre parti della motivazione possono essere usate a supporto di interpretazioni non letterali della *ratio decidendi* (*rectius*, delle frasi intese ad esprimere immediatamente la *ratio*).

- L'influsso del *rationale* della *ratio decidendi* sull'interpretazione della *ratio*. Il *rationale* della *ratio decidendi* sembra avere un'importanza molto superiore a quella della motivazione dei testi di legge (quale si può trovare, ad esempio, negli atti parlamentari), in quanto è opera dello stesso organo che ha formulato la *ratio*, ed è consegnato nello stesso documento ufficiale.

Gli aspetti indicati, unite all'elevato numero dei precedenti e ai loro complessi rapporti attribuiscono all'interprete del precedente un'area di discrezionalità maggiore rispetto a quella di cui gode l'interprete della legge, ma ciò non giustifica né l'eliminazione della distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dictum*, né uno scetticismo radicale rispetto al diritto giurisprudenziale.

5.2. Applicazione di un precedente

Se il nuovo caso viene deciso sulla base del precedente, si dice che il precedente viene applicato o “seguito” (*followed*). Queste espressioni, e in particolare l'ultima, vengono spesso usate in un senso più ristretto, per indicare che la *ratio* del precedente si è potuta usare direttamente (senza ricorrere a estensioni analogiche), in quanto il nuovo caso

rientrava direttamente nella regola stabilita dal precedente. L'applicazione del precedente può tuttavia richiedere la statuizione di una nuova regola che concretizzi la *ratio* del precedente rispetto al nuovo caso (non diversamente da quanto avviene nell'interpretazione intesa a specificare la portata di una norma di legge rispetto ad una determinata fattispecie)²⁵.

5.3. Explaining (spiegazione) di un precedente

La spiegazione del precedente consiste in un'interpretazione non letterale della *ratio* del precedente da parte del giudice successivo (è quindi simile all'interpretazione evolutiva, teleologica o sistematica della legge).

Tale interpretazione può condurre ad uno dei seguenti risultati:

a) La *ratio* del precedente può essere interpretata in modo restrittivo, cosicché ad essa sfugga il nuovo caso. Si tratta, cioè, di inserire nella fattispecie della *ratio* del precedente un elemento ulteriore tratto dai fatti della causa, che si assume debba concorrere a giustificare la soluzione adottata nel precedente (anche se non riportato nelle formulazioni espresse della *ratio*). Il precedente si dirà allora "limitato" (*limited*).

b) La *ratio* del precedente può essere interpretata in modo estensivo, cosicché essa contempli anche il nuovo caso. Si tratta, cioè di eliminare un elemento dalla fattispecie della *ratio* del precedente, elemento che si assume irrilevante per giustificare la soluzione adottata nel precedente (anche se esplicitamente richiamato dal giudice)²⁶. Il precedente si dirà allora "esteso" (*extended*).

Nell'effettuare le operazioni appena illustrate si potrà tener conto del *rationale* del precedente.

La possibilità di spiegare il precedente dando una interpretazione non letterale alla sua *ratio* offre all'interprete un ampio spazio di discrezionalità, ma non elimina l'obbligo di uniformarsi al precedente: come osserva MacCormick, occorre comunque una specifica giustificazione per allontanarsi dalla lettera della motivazione del precedente così come occorre una specifica giustificazione per allontanarsi dalla lettera di un testo legislativo.

5.4. Distinguishing (distinzione) di un precedente

Un caso nuovo viene distinto da un precedente, quando il giudice del caso successivo afferma che, essendo il nuovo caso diverso dal precedente in aspetti essenziali, la *ratio decidendi* del precedente non può essere applicata ad esso.

Si possono forse distinguere due tipi di *distinguishing*:

a) Un *distinguishing* debole, che consiste semplicemente nel riscontrare che la *ratio decidendi* del precedente non è applicabile ai fatti del nuovo caso. Ciò implica la rinuncia all'applicazione analogica della *ratio decidendi* del precedente.

b) Un *distinguishing* forte, che consiste invece nel rilevare che, pur essendo *prima facie* applicabile al nuovo caso la *ratio decidendi* del precedente, il nuovo caso contiene un elemento di fatto ulteriore (un fatto impeditivo), assente nei fatti del precedente, che rende inadeguata la soluzione giuridica adottata nel precedente.

In altre parole, nell'ipotesi sub (b) si afferma che al nuovo caso, anziché la *ratio* del precedente, va applicata una nuova e diversa *ratio*, che rappresenta una specifica eccezione rispetto alla *ratio decidendi* del precedente distinto (*distinguished*).

Si è affermato che la possibilità del *distinguishing* annullerebbe la portata operativa del vincolo al precedente: è sempre possibile indicare una circostanza di fatto, presente esclusivamente nel nuovo caso, e distinguere il nuovo caso dal precedente sulla base di tale circostanza. Questa tesi tuttavia è inaccettabile poiché dimentica-

ca che la circostanza aggiuntiva deve essere rilevante, cioè tale da fondare un'eccezione, rendendo ingiustificata la qualificazione giuridica stabilita dalla *ratio* del caso precedente, e di ciò si deve dare adeguata motivazione.

5.5. *Overruling (revoca) del precedente*

Si ha un *overruling* quando il giudice successivo respinge il precedente, decide il caso senza tenerne conto, e così facendo elimina il precedente dall'ordinamento. La decisione di procedere all'*overruling* si fonda sulla convinzione che il precedente sia errato o comunque inadeguato, e lo sia così gravemente che non sarebbe possibile limitarsi ad introdurre una nuova eccezione alla sua *ratio* (seguendo il metodo del *distinguishing*).

La *ratio decidendi* del precedente revocato (*overruled*) perde ogni valore vincolante (*authority*) per i casi futuri. Pertanto, nei casi successivi il precedente revocato non può più essere citato come una fonte vincolante per quanto riguarda la proposizione giuridica che ne costituisce la *ratio decidendi*. Tuttavia esso può conservare un valore storico, e i *dicta* che contiene possono ancora essere citati nelle argomentazioni di casi successivi.

La revoca di un precedente va intesa quindi come revoca della sua *ratio decidendi*: l'*overruling* di un precedente corrisponde alla “abrogazione” della sua *ratio*. Si tratta tuttavia, a differenza che nell'abrogazione di testi di legge, di un'abrogazione retroattiva, salvo che nel caso di una revoca per il futuro (*prospective overruling*).

Si possono distinguere differenti tipologie di *overruling*.

Express overruling (revoca esplicita)

Nell'*express overruling* la corte dotata del potere di revoca dichiara espressamente che il precedente è revocato. Questa forma di revoca del precedente è quindi analoga all'abrogazione esplicita dei testi di legge.

Implied overruling (revoca implicita)

L'*implied overruling* discende dal fatto che il precedente è incompatibile con una decisione successiva di una corte che possiede il potere di revoca. Questa forma di revoca del precedente è quindi analoga all'abrogazione implicita dei testi di legge (basata sull'incompatibilità con leggi successive).

Retrospective overruling (revoca retroattiva)

Se l'*overruling* è retroattivo, il precedente revocato non può più essere applicato né a eventi passati (inclusi i fatti della causa) né a eventi futuri. Il *retrospective overruling* del precedente è l'unica forma conosciuta nel diritto inglese, mentre il diritto americano conosce altresì la revoca per il futuro. La retroattività dell'*overruling* è coerente con la tesi tradizionale secondo la quale l'attività giudiziale avrebbe natura dichiarativa (il giudice si limiterebbe ad accertare che il precedente esso corrispondeva al diritto, e a dichiarare la vera norma giuridica, già vigente nel passato, che deve essere applicata a tutti i casi non coperti dal giudicato), ma contrasta con le esigenze di tutela di chi abbia fatto affidamento nel precedente revocato.

Prospective overruling (revoca per il futuro)

Nel *prospective overruling* il precedente è revocato solo rispetto ai casi successivi alla decisione di revoca: il precedente revocato continua ad ap-

plicarsi ai fatti verificatisi prima della sentenza (incluso il fatto oggetto della controversia in corso), ma non si applica agli eventi futuri, per i quali la *ratio* del precedente è sostituita dalla nuova statuizione del giudice. Questa tecnica giurisprudenziale è ormai un'acquisizione consolidata nell'ordinamento nordamericano, dove esiste un'analitica dottrina circa i limiti e le forme del *prospective overruling*.

Anticipatory overruling (revoca preventiva)

Nell'*anticipatory overruling* il giudice del nuovo caso si rifiuta di seguire il precedente di un giudice superiore, in base all'ipotesi, avvalorata dalle decisioni più recenti di tale giudice, che quest'ultimo non intenda più seguire quel precedente.

L'ipotesi della revoca preventiva si avvicina quindi a quella dell'*implied overruling*, forse con una sfumatura diversa: mentre nel caso dell'*implied overruling* è necessaria una specifica decisione del giudice superiore che contraddica la *ratio decidendi* del precedente, nel caso di *anticipatory overruling* basta che nella giurisprudenza del giudice superiore si delinei un implicito mutamento di opinione rispetto al precedente.

Undermining

Il c.d. *undermining* è un'ipotesi specifica di *implied overruling*.

La decisione successiva non contraddice la *ratio decidendi* della decisione precedente, ma contraddice la motivazione (il *rationale*) della *ratio decidendi*, indicando che tale *ratio* si basa su principi giuridici errati.

Condizioni per l'overruling

Le condizioni dell'*overruling* sono state elaborate specialmente dalla dottrina americana, che ammette con maggiore ampiezza la revoca del precedente. Secondo la ricostruzione di Summers (1994, 48 ss) l'*overruling* è possibile nei casi seguenti:

- a) quando lo sviluppo tecnologico rende il precedente obsoleto, cosicché la sua osservanza continuata risulterebbe inefficiente o inadeguata;
- b) quando il precedente è in contrasto con lo sviluppo sociale o morale, e quindi i valori sostanziali sui quali esso si basa non risultano più accettabili²⁷;
- c) quando si scopre che il precedente era stato errato nella sostanza o concepito erroneamente fin dall'inizio²⁸.

Il problema dell'*overruling* nel nostro ordinamento è affrontato da Gorla (1990, 6), secondo il quale le gravi ragioni che giustificherebbero un mutamento di giurisprudenza comprenderebbero, oltre agli errori in cui il precedente fosse incorso (errore nell'interpretazione di un testo legislativo, omessa considerazione di norme di legge, o considerazione di leggi abrogate) anche le seguenti ipotesi:

- a) il mutamento delle condizioni economico-sociali (concetto comprendente anche fatti di costume, valori, e, nell'economia, nuove tecniche di produzione e simili) sulle quali si basava la precedente giurisprudenza;
- b) l'esigenza di adeguamento alla "civiltà giuridica" della comunità delle nazioni cui l'Italia appartiene.

Limiti dell'overruling nel civil law

Secondo Kriele (1983, 73) l'*overruling* sarebbe possibile tanto negli ordinamenti di *common law* quanto negli ordinamenti di diritto legislativo: in entrambi, l'abbandono del precedente richiederebbe una specifica motivazione, e comporterebbe una riaffermazione del vincolo al precedente (chi abbandona un precedente lo fa in considerazione dell'efficacia di precedente che la propria decisione avrà in futuro).

La tesi di Kriele contiene elementi di verità, ma non sembra accettabile, almeno quale descrizione della prassi giudiziaria: è vero che anche negli ordinamenti di *civil law* l'obbligo di motivare il rifiuto del precedente è frequentemente adempiuto, ma sembra mancare quasi completamente, almeno nell'ordinamento italiano, l'effetto generale tipico dell'*overruling*, effetto consistente nell'abrogazione del precedente revocato. In altre parole, nell'ambito del nostro diritto, il principio secondo il quale *judicium posterius derogat judicio priori* (sia espressamente che implicitamente) sembra operare in modo assai imperfetto: anziché sostituire il nuovo precedente al vecchio, l'*overruling* sembra limitarsi ad introdurre una contraddizione nel diritto giurisprudenziale, di modo che il decisore successivo può far riferimento, a sua discrezionalità, tanto alla decisione revocante quanto a quella revocata.

La mancanza o comunque l'insufficienza della funzione di *overruling* nel nostro ordinamento rende quindi difficile un precisa determinazione del diritto giurisprudenziale in vigore (o, se si preferisce, consente la contemporanea vigenza di precedenti incompatibili), con grave pregiudizio per la certezza del diritto.

Questo problema, come osserva Taruffo (1993b), si ricollega altresì alle strutture giudiziarie, e in particolare al fatto che nell'impugnazione davanti ai giudici supremi prevale la funzione di rimedio offerto alle parti, rispetto alla funzione nomofilattica. Ciò comporta la necessità di discutere un elevato numero di cause, e quindi richiede un grande numero di magistrati che spesso operano in modo discordi. Il problema è stato risolto nei paesi di *common law* (e, recentemente, anche in alcuni paesi di *civil law*) attribuendo ai giudici supremi il potere di scegliere discrezionalmente i ricorsi da decidere, a seconda del rilievo della questione giuridica implicata, cioè secondo l'opportunità di costituire un precedente su tale questione.

6. Giustificazione del vincolo ai precedenti

La tematica teorico-giuridica del fondamento o della giustificazione del vincolo al precedente è di grande importanza anche per il diritto positivo. Questo problema deve essere affrontato soprattutto dal giurista che intenda stabilire il contenuto e i limiti del vincolo al precedente negli ordinamenti di *civil law*, nei quali le basi del diritto giurisprudenziale sono ancora incerte. Tuttavia, anche negli ordinamenti di *common law* manca una precisa statuizione legislativa del vincolo al precedente, e le costruzioni dottrinali e giudiziarie in materia possono essere apprezzate, discusse, delimitate, solo interrogandosi sulle ragioni del valore attribuito al precedente giudiziale.

6.1. Giustificazione del vincolo ai precedenti nel *common law*

Una compiuta illustrazione delle giustificazioni del vincolo al precedente nel *common law* è offerta da Summers (1994, 29). Questo autore, dopo aver osservato che le ragioni principale del vincolo al precedente sono la stabilità e la certezza giuridica (stabilità e certezza che derivano dal fatto che regole conosciute sono applicate in modo coerente ed uniforme), specifica ed estende la sua analisi del fondamento dell'obbligatorietà del precedente con la seguente elencazione:

- 1) L'osservanza del precedente favorisce l'economia delle risorse giudiziali e l'efficienza nel loro impiego. Una volta che una questione sia stata compiutamente esaminata da un giudice, essa viene risolta definitivamente e non deve essere esaminata *ex novo* nei successivi casi simili.
- 2) L'osservanza del precedente facilita la libertà di scelta dei cittadini. Quando i giudici seguono i precedenti, i cittadini possono prevedere le conseguenze giuridiche delle proprie azioni e agire di conseguenza, senza la paura di incorrere inavvertitamente in violazioni del diritto
- 3) L'osservanza del precedente, contribuendo alla certezza del diritto, favorisce le transazioni commerciali e le altre forme di pianificazione economica, specialmente quelle a lungo termine.
- 4) L'osservanza del precedente facilita la soluzione privata delle dispute e scoraggia la litigiosità, contribuendo così alla realizzazione dei valori dell'autonomia delle parti e alla conservazione delle risorse private e giudiziali. Infatti i precedenti offrono uno schema esterno indipendente che consente alle parti di definire la questione e di capire quali prove e quali argomenti siano suscettibili di avere successo. In questo modo, essi offrono una base per eventuali accordi transattivi.
- 5) L'osservanza dei precedenti spersonalizza la decisione, e facilita l'osservanza spontanea della parte sconfitta, evitando la necessità di ricorrere a misure coercitive: la parte perdente capisce che il provvedimento adottato è rivolto non solo contro di essa ma contro chiunque si trovi in una situazione simile.
- 6) Nella misura in cui i casi passati sono stati decisi con saggezza, l'osservanza dei precedenti conserva e perpetua la "saggezza del passato"
- 7) L'osservanza dei precedenti si accorda con regola dell'uguaglianza formale di trattamento.
- 8) L'osservanza dei precedenti limita l'ambito dell'arbitrio possibile.
- 9) In un caso nuovo privo di precedenti pertinenti, la prospettiva che in futuro la decisione sarà considerata un precedente impone speciali standard di rigore al giudice. Il giudice che statuisce consapevolmente un precedente deve riflettere sulle implicazioni che le possibili alternative decisionali e le ragioni addotte a loro sostegno potrebbero avere nei casi futuri. L'adozione di una soluzione valida in generale per una classe di casi richiede di regola la definizione di priorità generali tra le ragioni in conflitto (e quindi tra i valori in conflitto).
- 10) L'osservanza dei precedenti determina maggiori coerenza e intelligibilità nel diritto rispetto ad esercizio del potere giudiziale ad *hoc*, senza regolarità. Questa coerenza ed intelligibilità sono desiderabili in quanto rendono il diritto più facilmente applicabile, e maggiormente suscettibile di valutazione e critica razionale.
- 11) I precedenti danno al giudice una base per procedere in modo coerente, anche quando vengano meno le ragioni sostanziali o queste si equilibrino.

6.2. Giustificazione del vincolo ai precedenti nel civil law

Gli autori dell'Europa continentale che accettano il vincolo ai precedenti pongono in rilievo specialmente le ragioni più generali, il fondamento filosofico e teorico-giuridico di tale vincolo.

Consideriamo ad esempio, le teorizzazioni proposte in materia da due importanti filosofi del diritto, Robert Alexy, che ha dato contributi originali e sistematici alla teoria dell'argomentazione giuridica, e Martin Kriele, che ha studiato approfonditamente il tema della decisione giudiziale.

Alexy osserva che il fondamento dell'uso dei precedenti è costituito dal principio di universalizzabilità, o della giustizia formale, che richiede

di trattare nello stesso modo ciò che è uguale.

Secondo questo studioso nella trattazione dei precedenti bisogna conciliare il principio di universalizzabilità, e la più ampia pretesa alla giustizia, di cui l'universalizzabilità è solo un aspetto particolare. Tale conciliazione tra giustizia e universalizzabilità può ottenersi richiedendo l'osservanza dei precedenti in linea di principio, ma ammettendo una deviazione da essi, qualora vengano addotti giustificati motivi: l'onere dell'argomentazione deve essere sia trasferito su chi intende allontanarsi dal precedente²⁹. Quindi, *overruling* e *distinguishing* debbono essere ammessi, ma solo se sostenuti da specifiche giustificazioni.

Secondo Alexy il rispetto dei precedenti (come l'accoglimento delle indicazioni della dogmatica) riveste funzioni sociali e giuridiche importanti, che giustificano questa inversione dell'onere della prova. In particolare, si tratta dei profili seguenti:

- la stabilizzazione del diritto (e quindi la sicurezza giuridica e la tutela dell'affidamento),
- il progresso giuridico (poiché i principi della decisione giudiziale, divenuti precedenti, possono essere controllati e sviluppati nei casi successivi), e
- l'alleggerimento del peso della decisione (la possibilità di adottare soluzioni già sperimentate nel passato, senza dover improvvisare in ogni caso una nuova soluzione e la relativa motivazione).

L'osservanza dei precedenti è quindi prescritta dal modello dell'argomentazione giuridica razionale proposto da questo autore. Le regole corrispondenti sono la tredicesima e la quattordicesima delle regole specifiche dell'argomentazione giuridica³⁰.

J13) Quando viene richiamato un precedente a favore o contro una determinata decisione, esso deve essere seguito.

J14) Chi intende deviare da un precedente, ha l'onere della prova.

Kriele osserva che per il giudice dell'Europa continentale il precedente ha pressappoco lo stesso rilievo che per il giudice angloamericano. Anche per il giurista continentale vale una "presunzione a favore del precedente": i precedenti capovolgono l'onere della argomentazione, poiché da essi ci si può allontanare solo se esistano buone ragioni. Più esattamente, secondo questo autore l'abbandono del precedente può essere giustificato solo mediante un attento confronto con il precedente, ricorrendo a motivazioni contrarie la cui plausibilità e forza siano tali da far ritenere che una decisione difforme dal precedente possa divenire il punto di partenza di una nuova catena di precedenti. Kriele sostiene che la presunzione a favore del precedente consente di ottenere alcuni importanti obiettivi politico-giuridici:

- Tale presunzione favorisce l'orientamento della decisione giuridica secondo massime generali che vanno al di là del caso singolo (e ciò comporta uguaglianza di trattamento, non contradditorietà, certezza del diritto, continuità e prevedibilità della decisioni giudiziali).

- La presunzione a favore del precedente consente alle costruzioni dogmatiche di diventare strutture istituzionali: la dogmatica diventa diritto solo se si traduce in decisioni giudiziali, e diventa istituzione solo grazie alla continuità che il rispetto (pur presuntivo) del precedente garantisce alla giurisprudenza. Il diritto giurisprudenziale, in questa prospettiva, non sarebbe alternativo al diritto dottrinale, ma sarebbe anzi la via attraverso cui la dottrina può diventare diritto positivo³¹.

- La presunzione a favore del precedente (anche tramite l'istituzionalizzazione della dogmatica) scarica il giudice dall'onere di discutere ogni volta daccapo tutte le controversie dogmatiche. Le figure

dogmatiche recepite nei precedenti possono inoltre essere sviluppate, delimitate e perfezionate (o invece superate) mediante gli argomenti proposti nell'argomentazione giudiziaria e dottrinale.

- La presunzione a favore del precedente si fonda sul vincolo etico del giudice e sul principio della universalizzabilità. Tale presunzione ha un duplice aspetto, all'indietro e in avanti: il giudice è vincolato ai precedenti, ma anche la sua decisione potrà rappresentare in futuro un precedente. Il giudice deve quindi decidere in modo da poter volere che la sua decisione valga come precedente, cioè che la *ratio* di tale decisione configuri una norma universale per le decisioni future. Questa partecipazione del giudice alla creazione del diritto costituisce un'applicazione dell'imperativo categorico kantiano, secondo il quale l'agente deve poter volere che la massima della sua decisione diventi una legge generale.

- La presunzione a favore del precedente favorisce il progresso della cultura giuridica: tale presunzione consolida la razionalità implicita nelle istituzioni giuridiche, e consente così nuovi sviluppi a partire dai risultati già raggiunti. Kriele osserva che proprio il carattere vincolante di una decisione stimola una critica penetrante e fruttuosa. Il vincolo ai precedente fissa le posizioni di volta in volta raggiunte in decisioni modificabili solo in forza di ragioni migliori, e spinge così il decisore a giustificare pienamente le proprie scelte, mentre induce i critici a formulare obiezioni concrete e puntuali, rivolte verso gli aspetti più deboli e più rilevanti delle soluzioni adottate nel passato. Si tratta quindi di una garanzia, non di conservazione, ma di progresso giuridico.

Nel nostro ordinamento, il fondamento dell'obbligo di conformarsi ai precedenti è approfondito, tra gli altri, da Gorla (1990), il quale tra le ragioni per l'osservanza dei precedenti giudiziali ricorda le seguenti:

- La tutela dell'affidamento di chi, confidando sui precedenti, ha compiuto certi atti o ha tenuto certi comportamenti. Secondo Gorla tale tutela dovrebbe operare non solo contro i mutamenti di indirizzo sulle questioni di diritto, ma anche contro i mutamenti concernenti l'esercizio di poteri discrezionali.

- Il principio di egualianza, intesa come egualanza di trattamento giudiziale delle persone che agiscono in casi simili.

- L'esigenza di uniformità della giurisprudenza.

La nostra esposizione della giustificazione del vincolo al precedente non sarebbe completa se non riportassimo anche un'opinione contraria. Tra gli autori che hanno negato l'obbligatorietà dell'osservanza del precedente accogliamo qui Larenz, che considera ampiamente il problema nella sua celebre Teoria del metodo per la scienza giuridica (*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*), e al quale possiamo far riferimento per una sintesi degli argomenti addotti per escludere un obbligo di conformarsi ai precedenti.

Secondo Larenz la decisione giudiziale, in quanto motivata, ha la pretesa di essere corretta, e quindi "mediatamente, attraverso il contenuto della sua motivazione, ha la capacità di operare al di là del caso deciso". Tuttavia, il precedente non ha valore di fonte del diritto: ciò che vincola è solo la norma giuridica correttamente interpretata e concretizzata. La correttezza giuridica dei precedenti deve essere valutata autonomamente da ciascun giudice, che deve risolvere nuovamente la questione giuridica già trattata dal precedente, decidendo solo secondo la propria convinzione, formatasi in modo scrupoloso.

Il giudice sarebbe anzi obbligato a decidere in modo diverso quando il precedente risultasse scorretto, e avrebbe l'obbligo di esaminare approfonditamente la correttezza della *ratio* del precedente, anche quando vi fosse solo un dubbio al riguardo. Il vincolo (anche solo presuntivo) al precedente potrebbe invece spingere il giudice ad accettare il precedente stesso senza averne controllata la correttezza, in tutti i casi in cui la sua ingiustizia non emergesse con evidenza immediata.

Secondo Larenz il vincolo al precedente ostacolerebbe il progresso giuridico, impedendo alla pratica e alla scienza del diritto di procedere in modo sperimentale, attraverso congetture e refutazioni: si

deve evitare che il processo di chiarimento, progresso, e precisazione delle costruzioni giuridiche che può verificarsi solo in considerazione delle circostanze dei casi successivi, venga interrotto o indirizzato in una direzione errata attraverso l'accettazione frettolosa del precedente.

Una giurisprudenza costante potrebbe diventare vincolante solo quando diventasse il fondamento di un diritto consuetudinario, ma a questo fine occorrerebbe la realizzazione di una “convinzione giuridica” in tutti i circoli rilevanti, e quindi non solo tra i giudici: per stabilire se un indirizzo un indirizzo giurisprudenziale sia diventato diritto consuetudinario, si dove indagare se esso se corrisponda ad opinioni generalmente condivise o se invece incontri opposizione nella dottrina e nella pubblica opinione.

Larenz respinge anche la pratica giudiziaria consistente nella statuizione di criteri generali, che il giudice si impegna ad applicare non solo nel caso in esame, ma anche nei casi futuri (ad esempio per effettuare quantificazioni monetarie di danni o di assegni divorzili). Tale pratica sarebbe in contrasto con il principio della divisione dei poteri tra il giudice e il legislatore: essa potrebbe ammettersi solo quando fosse necessaria per porre rimedio a situazioni di grave incertezza, e a condizione che non ci si possa attendere un sollecito intervento legislativo, e che il giudice possiega tutti i dati per valutare gli effetti futuri della propria decisione.

6.3 Conclusione sul vincolo del giudice ai precedenti

A mio parere, le ragioni addotte a sostegno del vincolo del giudice ai precedenti risultano più convincenti di quelle proposte in senso contrario, almeno quando il vincolo sia inteso in modo sufficientemente flessibile, e in particolare quando il precedente sia ritenuto solo presuntivamente vincolante.

Il punto decisivo attiene forse alla valutazione realistica di due aspetti dei procedimenti decisionali giuridici:

- a) le risorse umane, intellettuali, e temporali, disponibili per la trattazione dei problemi giudiziari;
- b) la capacità dell'argomentazione giuridica di raggiungere sempre conclusioni univoche ed esatte.

Se si concorda sul fatto che, di regola, le risorse di cui al punto (a) sono limitate, come limitata è la capacità di cui al punto (b), allora il vincolo ai precedenti sembra uno strumento essenziale per offrire una, seppur limitata, certezza del diritto e per ridurre i costi dei processi decisionali giuridici.

Infine, e questo è forse l'argomento più forte, il vincolo ai precedenti attribuisce alla decisione del singolo caso un rilievo generale, trasformandola nel punto di riferimento di un dialogo cui partecipano non solo i giudici, ma anche la dottrina e gli organi legislativi. Tale dialogo consente di sviluppare argomentazioni e riflessioni che possono poi essere riprese nella trattazione dei singoli casi: in esso l'argomentazione giuridica può dispiegarsi in quantità, tempi, e forme non disponibili nella trattazione giudiziaria di singoli casi isolati. Il vincolo al precedente riduce l'autonomia del singolo giudice nella trattazione del singolo caso concreto, ma in compenso offre alla decisione giudiziale una dimensione collettiva e un controllo discorsivo suscettibili di migliorare, seppure indirettamente, la stessa trattazione dei singoli casi.

Tale dibattito si fonda, tuttavia, sulla possibilità che le ragioni addotte a favore o contro il precedente siano suscettibili di influenzare la prassi decisionale futura, e presuppone quindi, che il precedente possa essere superato se esistono ragioni prevalenti a favore di una diversa soluzione: un vincolo eccessivamente rigido potrebbe ostacolare quello stesso progresso giuridico cui è funzionale l'istituto del precedente.

Non è ovviamente possibile determinare con esattezza l'esatto punto d'equilibrio tra vincolo al precedente e la libertà di superarlo: si tratta di un difficile bilanciamento che può assumere diversi assetti nei diversi ordinamenti giuridici. Questo equilibrio rappresenta, tuttavia, un aspetto essenziale del corretto (ed efficiente) funzionamento della giustizia.

Opere citate

- Alexy, R. [1978] 1991. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt am Main.
- Cross, R. 1977. *Precedent in English Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Galgano, F. 1985. Giurisdizione e giurisprudenza in materia civile. *Contratto e impresa*: 42-48.
- Galgano, F. 1994. Atlante di diritto privato comparato. Bologna: Zanichelli.
- Gascón Abellán, M. 1993. In merito alla giurisprudenza del Tribunal Constitucional spagnolo sull'obbligo dei giudici di rispettare il proprio precedente: una esigenza dell'argomentazione razionale. *Giurisprudenza italiana*: IV c 554 ss.
- Godhart, A.L. 1930. Determining the Ratio Decidendi of a Case. *Yale Law Journal* 40: 161.
- Godhart, A.L. 1959. The Ratio Decidendi of a Case. *Modern Law Review* 21: 117.
- Goldstein (a cura di). 1987. *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon.
- Gorla, G. 1981. *Diritto comparato e diritto comune europeo*. Milano: Giuffrè.
- Gorla, G. 1990. *Precedente giudiziale*. In Enciclopedia giuridica Treccani.
- Kriele, M. 1988. Der Präjudiz im Kontinental-europäischen und Anglo-amerikanischen Rechtskreis. In *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, 62-80. Padova: Cedam.
- La sentenza in Europa. Metodo tecnica e stile*. 1988. Padova: Cedam.
- Larenz, K. 1992. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin: Springer.
- MacCormick, N. 1978. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon.
- MacCormick, N. 1987. Why Cases Have Rationals and What These Are. In *Precedent in Law*, a cura di L. Goldstein. Oxford: Clarendon.
- Mattei, U. 1988. *Stare decisis*. Milano: Giuffrè.
- Stone, J. 1947. *The Province and Function of Law*. London
- Summers, R.S. 1994. *Comparative Legal Precedent Study. Revised Common Questions. U.S. Legal System (New York)*. Non pubblicato.
- Taruffo, M. 1988. La corte di cassazione tra legittimità e merito. In *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, a cura di G. Visintini, 81-94. Padova: Cedam.
- Taruffo, M. 1993a. Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*: 19 - 36.
- Taruffo, M. 1993b. Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*: 411 - 430.
- Twining, W. 1988. Il precedente nel diritto inglese: una demistificazione. In *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, a cura di G. Visintini, 33-50. Padova: Cedam.
- Visintini, G. (a cura di) 1988. *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*. Padova: Cedam.
- Wambough, E. 1894. *The Study of Cases*. Boston.
- Wróblewski, J. 1988. Il precedente nei sistemi di "civil law". In *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, a cura di G. Visintini, 25-32. Padova: Cedam.

* La presente trattazione riproduce, con poche correzioni, una relazione presenta ad un incontro di lavoro tenutosi presso il Tribunale di Bologna, il 29 ottobre 1994, nell'ambito del progetto Πολις (per la creazione di una base informativa sulla giurisprudenza locale per il Tribunale di Bologna).

¹I riferimenti alla disciplina del precedente nei diversi ordinamenti sono da considerarsi, tuttavia, puramente esemplificativi. Esulano, quindi, dal presente lavoro sia l'esame della dibattito dottrinale sul valore del precedente giudiziale nel nostro ordinamento, sia l'analisi approfondita della disciplina del precedente in determinati ordinamenti stranieri.

Per la dottrina italiana si rinvia soprattutto ai numerosi contributi comparsi sulle pagine di "Contratto e impresa". Si vedano altresì i saggi raccolti in Visintini (1988) e in La sentenza in Europa (1988).

Per una sintetica considerazione dei profili comparativi, cfr. Galgano (1994, 3-33).

Per un'analisi più approfondita del precedente nei paesi di *common law*, si rimanda ai numerosi lavori specialistici in materia come Cross (1977), Goldstein (1987), e Mattei (1988), nonché alle introduzioni al diritto dei paesi anglosassoni.

²Come vedremo nel seguito, la collocazione del *rationale* oscilla tra i punti (b.3.a) e (b.3.b): secondo alcuni si anche il *rationale* è parte della *ratio decidendi*, secondo altri si tratta, invece, di un insieme di *obiter dicta*.

³Taruffo (1993) distingue tra precedente ed esempio (di decisione giudiziale), riservando la nozione di "precedente" alla decisione che si presenti come modello normativo (che, cioè, abbia in qualche misura un valore vincolante, o abbia l'attitudine ad assumere, date certe condizioni, tale valore).

⁴Nella discussione delle problematiche del diritto giurisprudenziale, si parla di generalità, astrattezza, specificità in modo non sempre coerente, almeno *prima facie*: si dice che le norme del diritto giurisprudenziale non sono generali, ma concrete, essendo tratte da casi concreti, ma anche che tali norme non riguardano il solo caso concreto e sono quindi statuzioni generali; così le *rationes decidendi* sono specifiche, riflettendo le peculiarità del caso, ma anche astratte, prescindendo dagli aspetti irrilevanti. Sembra quindi opportuna qualche stipulazione terminologica che prevenga confusioni concettuali.

Distinguiamo tra statuzioni *universalis* e *individuali* da un lato, e statuzioni *generalis* (o astratte) e *specificae* (o *concrete*) dall'altro.

Una statuzione è *universale* se riguarda soggetti e situazioni tipizzate (se essa riguarda un insieme aperto di individui e situazioni). Una statuzione è *individualis* se invece riguarda uno o più soggetti e situazioni determinate (volendo essere precisi più del necessario si potrebbero distinguere i casi in cui la statuzione sia individuale solo rispetto ai soggetti e quelli in cui sia individuale solo rispetto alle situazioni).

Le statuzioni universali possono essere dotate di un grado maggiore o minore di generalità o astrattezza (cui corrisponde un grado rispettivamente minore o maggiore di specificità o concretezza), a seconda dell'ampiezza dell'insieme dei soggetti e delle situazioni che essi contemplano.

Ad esempio, la statuzione:

1. "il produttore deve risarcire i danni causati dal prodotto al consumatore"

è universale, mentre la statuzione

2. "Rossi Mario, produttore di pizze surgelate deve risarcire il danno consistente nelle spese mediche per curare l'intossicazione di Luigi Verdi"

è individuale.

La statuzione:

3. "Il produttore di alimenti deve risarcire il danno causato dal prodotto al consumatore"

è universale come la 1, ma meno generale (più specifica) di questa, poiché contempla un insieme di soggetti (i produttori di alimenti) più ristretto rispetto a quello contemplato dalla 1 (tutti i produttori).

Si noti che, sulla base delle nostre definizioni, gli aggettivi universale ed individuale sono non scalari, cioè si applicano o non si applicano *in toto*, senza gradazioni (come sono non scalari, ad esempio, gli aggettivi vivo/morto, vero/falso, italiano/straniero, valido/invalido): pertanto non ha senso dire che una statuzione è molto o poco universale (o individuale), né ha senso dire che una norma è più o meno universale (meno o più individuale) di un'altra.

Gli aggettivi generale e specifico sono invece scalari (come sono scalari, ad esempio, gli aggettivi chiaro/scuro, alto/basso, buono/cattivo, grande/piccolo). Pertanto ogni norma universale può dirsi molto o poco generale (poco o molto specifica), e può essere più

generale (meno specifica) di certe norme e meno generale (più specifica) di altre.

⁵Se una decisione si fonda su *rationes* alternative, anche se si inverte una di tali *rationes*, la decisione continua ad appoggiarsi sulle altre.

⁶Stone sviluppa la critica di Godhart mediante un'acuta analisi del celebre caso *Donoghue v. Stevenson*, che rappresentò una tappa fondamentale nell'evoluzione della responsabilità civile.

La causa verteva sui fatti seguenti.

Una donna scozzese e un suo amico si recarono in un caffè, dove l'amico offrì alla donna un gelato e una bottiglia opaca di ginger ale. Il venditore aprì la bottiglia e ne versò il contenuto sul gelato. La donna bevve parte del miscuglio e l'amico procedette a versare il resto del contenuto della bottiglia sul gelato. Mentre stava eseguendo questa operazione una lumaca decomposta uscì dalla bottiglia. La donna affermò di aver contratto una grave malattia in seguito

all'ingestione del contenuto contaminato della bottiglia.

Ecco la questione sollevata davanti alla House of Lords.

La donna poteva ottenere un risarcimento del danno dal produttore, qualora fosse riuscita a provare che il produttore stesso o i suoi dipendenti erano stati negligenti nel permettere, o nel non prendere precauzioni contro, la presenza della lumaca nella bottiglia? Nelle categorie del diritto inglese, si trattava di stabilire se il produttore avesse un dovere di diligenza (*duty of care*) nei confronti del consumatore finale.

La questione fu risolta mediante la seguente *ratio decidendi*, enunciata da Lord Atkin:

“Un fabbricante di prodotti, che vende quei prodotti in una forma tale da mostrare che egli intende che essi raggiungano il consumatore finale nella forma nella quale hanno lasciato il produttore senza possibilità di un esame intermedio, e con la conoscenza che l’assenza di una ragionevole diligenza nella preparazione o nella confezione dei prodotti determinerà una lesione della vita o dei beni del consumatore, ha, verso il consumatore, un dovere di adottare una ragionevole diligenza”.

Stone osserva che, dati i fatti della causa e il risultato di questa (l'affermazione che il produttore del *ginger ale* in questione aveva il dovere di diligenza, e quindi l'obbligo di risarcire il danno), molte *rationes decidendi* risultano possibili (oltre a quella esplicitamente enunciata da Lord Atkin), e almeno tutte quelle che derivano da ogni possibile combinazione delle tipizzazioni alternative dei fatti della causa indicate nei punti della seguente elencazione:

1. la presenza di lumache morte oppure di qualsiasi lumaca, oppure di qualsiasi corpo estraneo disgustoso, oppure ogni corpo estraneo oppure ogni qualità inattesa,

2. in bottiglie opache per bevande, oppure in ogni bottiglia per bevanda, oppure in ogni recipiente per il consumo umano, oppure in ogni oggetto (inclusi il terreno o i fabbricati),

3. causata dalla negligenza del convenuto che è un produttore i cui beni sono distribuiti ad un pubblico ampio e diffuso da parte di dettaglianti, oppure un qualsiasi produttore, oppure qualsiasi persona che abbia lavorato l'oggetto a fini di lucro, oppure qualsiasi persona che abbia lavorato l'oggetto, oppure qualsiasi persona che abbia avuto a che fare con l'oggetto,

4. a condizione che ci si possa ragionevolmente attendere che l'oggetto sia reso pericoloso da tale negligenza oppure prescindere da tale previsione,

5. se da ciò deriva una lesione fisica all'attore, oppure una lesione fisica o psichica all'attore, oppure qualsiasi lesione all'attore,

6. l'attore essendo (a) una donna scozzese, oppure un uomo scozzese, oppure un donna, oppure qualsiasi adulto, oppure qualsiasi essere umano, oppure qualsiasi essere umano o persona giuridica che (b) abbia ricevuto l'oggetto direttamente da chi l'aveva comprato verso un prezzo da un dettagliante che aveva acquistato l'oggetto direttamente dal convenuto, oppure da chi l'aveva comprato verso un prezzo da chiunque, oppure sia una persona collegata a tale compratore oppure sia una qualsiasi persona nella quale mano l'oggetto sia pervenuto legittimamente, oppure nelle cui mani l'oggetto sia pervenuto in qualsiasi modo,

7. a condizione che nessuna parte intermedia (a) potesse fisicamente ispezionare e scoprire il difetto senza distruggere il valore commerciale della merce, oppure (b) avesse un dovere di ispezionare e scoprire il difetto, oppure (c) fosse tale che il convenuto potesse ragionevolmente aspettarsi che quella parte ispezionasse e scoprisse il difetto, oppure (d) fosse tale che la corte o la giuria potessero ragionevolmente aspettarsi che quella parte facesse ciò,

8. e che i fatti lamentati fossero occorsi nel 1932, oppure in qualsiasi tempo prima del 1932, oppure dopo il 1932, oppure in qualsiasi momento,

9. renderà il convenuto responsabile verso l'attore per danni.

La maggior parte delle alternative indicate per ciascun punto da 1 a 8, in ogni loro combinazione, sono possibili tipizzazioni dei fatti della causa, e quindi possibili elementi della fattispecie di una possibile *ratio* costruibile mediante il metodo proposto da God-hart.⁷

⁷Cross (1977, 224) ricorda il criterio per l'individuazione delle questioni di diritto proposto da Salmond: ogni decisione basata su principi universali può costituire un precedente, e in particolare, anche le decisioni volte a stabilire se il convenuto sia colpevole di dolo o negligenza.

Cross afferma, tuttavia, che l'adozione di questo criterio risulta incompatibile con la decisione della House of Lords nella causa Qualcat (Wolverhampton) Ltd. v. Haynes. Tale causa era stata decisa, nei gradi di merito, sulla base del principio indiscutibile che il datore di lavoro ha, nei confronti del lavoratore, il dovere di diligenza consistente nel fornirgli condizioni di lavoro sicure, e di alcuni precedenti secondo i quali il datore di lavoro è colpevole di negligenza se non dà indicazioni al lavoratore circa l'uso di indumenti protettivi quando ciò possa preservare il lavoratore dai rischi cui questo è esposto a causa del suo lavoro. La House of Lord annullò tale decisione, sostenendo che i casi citati dai giudici di merito non costituivano precedenti sulla negligenza del datore di lavoro, trattandosi di questione di fatto.

⁸Come esempio di un principio siffatto si può ricordare il celebre principio della prossimità (*neighbourhood*) enunciato da Lord Atkin in Donoghue v. Stevenson:

“Una parte deve adottare una diligenza ragionevole nell’evitare atti o missioni che può ragionevolmente prevedere potrebbero probabilmente ledere persone che sono così prossimamente e direttamente affette dal suo atto che tale parte dovrebbe ragionevolmente prenderle in considerazione in quanto affette quando sta rivolgendo la sua mente alle azioni o omissioni in questione”.

Quel principio, pur espressamente formulato, non costituiva la *ratio* della decisione, rappresentata invece dalla regola più specifica riportata alla nota 6, ma tuttavia ebbe una grande importanza nell'evoluzione del diritto inglese, trovando applicazioni specifiche in numerose decisioni. Come osserva MacCormick (1977, 159), il riconoscimento avuto da tale principio indusse Lord Reid, nella successiva causa *Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd.*, ad affermare: "Negli ultimi anni c'è stata una costante tendenza a ritenere che diritto della negligenza dipenda da principi di modo che, quando emerge un nuovo caso, non ci si dovrebbe chiedere se esso sia coperto da una decisione autoritativa, ma se ad esso si applichino principi riconosciuti. Penso che sia giunta l'ora di poter e dover dire che il principio di prossimità si dovrebbe sempre applicare, a meno che non vi si sia una giustificazione o una valida spiegazione per la sua esclusione".

⁹Summers (1994, 40) riporta la seguente opinione del Giudice capo della Court of Appeal di New York, Sol Wachtler:

"E' il potere legislativo e non il potere giudiziario che possiede le risorse per comprendere le circostanze generali, ed è quell'organo che è destinato a fare il diritto astratto. Pertanto la creazione giudiziaria del diritto al di fuori del contesto di una lite concreta non solo potrebbe condurre a determinazioni erronee, ma non è altro che una semplice usurpazione di potere legislativo, senza le garanzie che consentono ad un organo legislativo di creare il diritto in astratto. Si tratta di una vera legislazione giudiziale."

¹⁰La distinzione proposta riprende in parte quelle prospettate in Summers (1994) e Taruffo (1993b).

¹¹Il rispetto dei precedenti si collega spesso ad un certo conservatorismo, non estraneo alla seguente celebre affermazione di Blackstone: "i precedenti e le regole debbono essere seguiti, a meno che non siano completamente assurdi o ingiusti; perché benché le loro ragioni non siano ovvie di primo acchito, tuttavia dobbiamo una tale deferenza verso il passato da non poter supporre che si sia agito completamente senza ponderazione."

Nel dibattito più recente, tuttavia, il problema del vincolo al precedente va al di là del contrasto tra conservatori e *liberals*, per spostarsi sui valori su cui si basano lo stato di diritto (*rule of law*) e il *common law*. Summers (1994) segnala alcune diversità di opinioni tra i giudici capo della Corte d'appello di New York, significative per cogliere il dibattito sotteso al problema del vincolo al precedente.

Quale sostenitore di una rigorosa osservanza del precedente, John T. Loughran, che fu giudice capo della Corte d'Appello di New York, affermava che i giudici si sarebbero dovuti sentire costretti a seguire il precedente a meno che l'applicazione del precedente non risultasse "completamente assurda o ingiusta".

Anche Sol Wachtler, capo della Corte d'Appello dello stato di New York al 1985 al 1993, riteneva che: "Una corte è tenuta a seguire i precedenti a meno che la necessità di una nuova regola giuridica non sopravanzi di gran lunga la necessità di stabilità, predittibilità, e uniforme applicazione delle regole stabilite."

L'ultimo giudice capo, la signora Judith Kay, invece, sembra sostenere una posizione diversa: ella condanna l'eccessiva soggezione del giudice verso i precedenti, che rappresenterebbe, non una consapevole autolimitazione basata sulla natura della funzione

giudiziale, ma un limite intellettuale, e osserva che: "I giudici di valore delle corti d'appello non possono essere estranei allo sviluppo del *common law*; sono essenziali ad esso. Le scelte tra i precedenti del passato - quali portare avanti, quali lasciare indietro, quali estendere per venire incontro a nuove esigenze, quali limitare o revocare - segnano il progresso del diritto. Questo progresso mette nuova vita nel nostro diritto; da rilevanza e razionalità a regole formate per un altro tempo, in modo che tali regole possano chiedere di essere accettate come principi secondo i quali noi dobbiamo vivere".

¹²Il grado di ingiustizia (o inadeguatezza) al di sopra del quale scatta la possibilità di derogare i precedenti dipende, non solo dai contesti istituzionali, ma anche dalle scelte e dai valori degli operatori giuridici. Mi sembra illuminante, per illustrare la posizione del giudice del *common law* rispetto al precedente, questa riflessione del giudice Harris, riportata da Summers (1994, 527): "Il giudice ... può, e indubbiamente deve, qualora sia convinto che egli stesso, o il suo predecessore, sia caduto in un errore, revocare (*overrule*) l'errore, e credo che sia il dovere di ogni giudice esaminare le proprie decisioni e le decisioni di altre corti senza paura, e riformarle senza riluttanza. Ma quando una questione sia stata ben ponderata e decisa con convinzione, indipendentemente da quale potrebbe essere stata l'opinione della corte davanti alla quali la questione sia portata nuovamente se la questione fosse stata una *res nova*, tale corte non ha la libertà di turbare o cambiare quella decisione se non costretta dalle ragioni più cogenti".

¹³Ciò significa che il giudice del precedente può arrivare a conoscere della controversia sollevata avanti al giudice successivo attraverso una o più fasi di impugnazione.

¹⁴Si suole pertanto osservare che nel diritto inglese il vincolo al precedente inglese presenta uno spiccato "formalismo".

¹⁵Summers (1994, 29) osserva che "il precedente aberrante usualmente non forma la base di un corpo di diritto, ma le corti lo trattano come una specie di "pecora nera", lo ignorano e lo lasciano atrofizzarsi. Alla fine può non diventare affatto diritto "stabilito".

¹⁶Una sintetica discussione della problematica del valore del precedente nel *civil law* può trovarsi in Galgano (1994, 30-33).

¹⁷Cass 13 maggio 1983, n. 3275; 3 dicembre 1983, n. 7248; 30 luglio 1986, n. 4895.

¹⁸Che estende e completa le tesi elaborate in numerosi contributi anteriori sullo stesso tema, alcuni dei quali sono raccolti in Gorla (1981).

¹⁹Nel seguito, quando affronteremo il tema della giustificazione del vincolo al precedente, prenderemo in considerazione, tra i primi Karl Larenz e, tra i secondi, Martin Kriele e Robert Alexy.

²⁰Per una diversa concettualizzazione dei gradi della pertinenza del precedente, cfr. Wroblewski (1988) il quale distingue, invece, tra le ipotesi in cui: a) il nuovo caso ripeta il precedente (i fatti sono identici), b) il nuovo caso e il precedente presentino elementi di fatto comuni, e c) la decisione del nuovo caso possa fondarsi con argomenti in parte coincidenti con quelli compresi nella motivazione del precedente.

²¹La nozione di revoca (*overruling*) del precedente sarà ampiamente considerata nelle pagine seguenti.

²²Come esempi dei diversi modi in cui l'analogia può intervenire nella elaborazione di un precedente, lo stesso Cross ricorda due casi nei quali si richiamò la *ratio* del già ricordato caso *Donoghue v. Stevenson*.

In *Farr vs Butters* si sostenne che “La decisione nel caso *Donoghue* può consentire ad un lavoratore di vincere la causa qualora il produttore abbia messo sul mercato, con la conoscenza che essa sarebbe stata usata da un lavoratore, una macchina con un difetto di costruzione tale che nessuna ragionevole ispezione avrebbe condotto alla scoperta del difetto” (mentre la *ratio* di *Donoghue* richiedeva che il danneggiato fosse un consumatore).

In *Grant vs The Australian Knitting Mill*, si sostenne invece che il principio di *Donoghue* era limitato ai casi nei quali si mettessero in circolazione cibi o bevande senza la possibilità che un soggetto diverso dal consumatore potesse toccarli, e quindi si escludeva il risarcimento di un consumatore che aveva contratto una dermatite avendo indossato delle contenenti solfiti in eccesso.

In *Haseldine vs Daw*, il principio di *Donoghue* fu invece esteso ad un’impresa che aveva riparato negligentemente un ascensore (quindi non si trattava di un produttore, come richiedeva invece la *ratio* del precedente, e sussisteva la possibilità di un controllo).

²³Lord Devlin, in Cross (1977, 41): “Un giudice spesso può dare ragioni ulteriori per la sua decisione senza desiderare che esse diventino parte della *ratio decidendi*; egli può non essere abbastanza convinto della loro cogenza da voler dare ad esse l’autorità di precedente, e tuttavia può desiderare enunciarle affinché quanti siano successivamente chiamati ad esaminare lo stesso punto possano iniziare con qualche guida. Questa è una questione che il giudice stesso deve decidere, e il giudice successivo deve accettare quale orientamento sia stato adottato in base al linguaggio usato, e non in base alle proprie preferenze”.

²⁴Lord Halsbury, citato in Cross (1977, 43): “Ogni giudizio deve essere letto come applicabile ai fatti particolari provati o assunti come provati, poiché la maggior parte delle espressioni che vi si possono trovare non intendono esporre l’intero diritto ma governano, e sono qualificate da, i fatti particolari del caso” (tendenza ad un’interpretazione restrittiva delle enunciazioni generali).

²⁵Come esempio di questa forma di elaborazione o “concretizzazione” di una *ratio decidendi* mediante *rationes* successive, Cross cita un caso in cui si dovettero quantificare i danni dovuti dal datore di lavoro in seguito a licenziamento illegittimo.

La *ratio* del precedente pertinente stabiliva che, nella determinazione dei danni da licenziamento illegittimo, si doveva considerare la retribuzione non percepita dal danneggiato, ma detratte le imposte che il lavoratore stesso avrebbe dovuto pagare su tale retribuzione.

Nel nuovo caso, tuttavia, il licenziato aveva svolto una nuova occupazione, per la quale aveva percepito una retribuzione (ad esempio, 100), seppur inferiore a quella percepita prima del licenziamento (ad esempio, 200). In un regime di progressività dell’imposta, il lavoratore avrebbe avuto interesse a percepire la differenza tra la retribuzione percepita e la retribuzione precedente ($200 - 100 = 100$), dedotta da tale differenza una quota dell’imposta totale (ad esempio 50) dovuta sul vecchio reddito, proporzionale alla quota di reddito non percepito ($50:2 = 25$, e quindi il risarcimento sarebbe stato $100-25 = 75$). Infatti, sul reddito percepito dopo il licenziamento (100), il lavoratore veniva a pagare un’imposta (ad esempio 10) inferiore alla quota (25) che egli avrebbe dovuto pagare su un eguale ammontare (100) del reddito precedente, ragion per cui egli avrebbe conseguito, grazie al risarcimento, un reddito netto ($(100 - 10) + 75 = 165$) superiore al precedente reddito netto ($200-50 = 150$). Il giudice invece stabilì che l’imposta da detrarre ammontava alla differenza ($50-10 = 40$) tra l’imposta che il lavoratore avrebbe dovuto pagare sul vecchio reddito e quella pagata sul nuovo reddito. In questo modo, il lavoratore veniva a percepire un risarcimento inferiore ($100 - 40 = 60$), ma manteneva esattamente il reddito netto precedente ($(100 - 10) + 60 = 150$).

²⁶Come esempio di un siffatto ampliamento della *ratio* del precedente, Cross ricorda la successiva applicazione del caso *Barwick vs The English Stock Bank*, relativo alla responsabilità della banca per il fatto di un funzionario che aveva indotto l’attore ad accettare una garanzia priva di valore, in base alla quale l’attore stesso aveva dato beni e credito ad un terzo, il quale aveva così potuto pagare il proprio debito verso la banca. La *ratio* della decisione era stata la seguente:

“Rispetto alla questione se un committente sia responsabile per l’atto del suo agente nell’esecuzione degli affari del committente e nell’interesse del committente, non si può fare nessuna distinzione tra il caso di frode e il caso di qualsiasi altro illecito. La regola generale è che il committente è responsabile per ciascun illecito del dipendente o dell’agente in quanto compiuto nel corso del servizio e nell’interesse del committente, anche se non si può provare nessun esplicito ordine o richiesta del committente”.

Nel caso successivo *Lloyd vs Grace, Smith, and Co.*, nel quale un funzionario bancario aveva, nell’esercizio del suo lavoro, frodato l’attore, nell’esclusivo interesse proprio, la House of Lord, ritenne di poter applicare il precedente, lasciando cadere dalla *ratio* di questo le parole “nell’interesse del committente”, che considerò una mera allusione incidentale ai fatti davanti alla corte e non una parte essenziale della *ratio decidendi* (come aveva invece ritenuto la Court of Appeal).

²⁷Ad esempio, come osserva Summers (1994, 51) nel caso Woods vs Lancet la Court of Appeal decise di revocare (*overrule*) la decisione in Drobner vs Perters (secondo la quale un bambino non poteva essere risarcito per lesioni prenatali subite nel nono mese di gravidanza), affermando che la decisione precedente non era più tollerabile e doveva essere revocata per adattare il diritto al senso comune di giustizia.

²⁸Ad esempio, nella decisione People vs Nixon, la Court of Appeals di New York decise di revocare la precedente regola di *common law* secondo la quale era necessario un difensore affinché il convenuto in un processo senza giuria potesse opporsi alla decisione, in modo di conservare per l'appello la contestazione che le prove erano insufficienti a consentire la detenzione. La Court of Appeals affermò che "E' vero che questa corte dovrebbe esitare a revocare una decisione precedente, ma quanto la corte sia convinta che una regola artificiosa, creata da essa, è errata e ostacola l'amministrazione della giustizia, è suo dover rifiutarsi di perpetuare l'errore precedente."

²⁹Alexy osserva che questa soluzione corrispondere al principio dell'inerzia di Perelman: una decisione può essere mutata solo se possono essere addotti sufficienti motivi a favore del cambiamento.

³⁰Che Alexy elenca dopo aver specificato le regole generali dell'argomentazione razionale.

³¹Kriele si dichiara scettico circa la possibilità della recezione delle costruzioni dogmatiche negli atti legislativi.