

Precedente e giurisprudenza*

Michele TARUFFO**

SOMMARIO: 1. Introduzione; – 2. Precedente o giurisprudenza; – 3. La forza del precedente; – 4. La direzione del precedente; – 5. Precedente e esempio; – 6. Precedente e nomofilachia.

RIASSUNTO: Il riferimento al precedente non è più da tempo una caratteristica peculiare degli ordinamenti di *common law*, essendo ormai presente in quasi tutti i sistemi, anche di *civil law*. Il ricorso al precedente caratterizza in maniera peculiare la struttura dell'argomentazione giuridica, sia quando il precedente viene richiamato in sede di analisi dottrinale, sia quando ad esso si fa capo nell'ambito dell'interpretazione giudiziale del diritto. È la giurisprudenza che costituisce il contenuto effettivo del c.d. diritto vivente, il quale rappresenta in molti casi il solo diritto di cui disponiamo o il vero diritto di cui disponiamo.

PAROLE-CHIAVE: 1. Precedente. 2. Giurisprudenza. 3. Sistemi di *civil law*. 4. Sistemi di *common law*.

TÍTULO: Precedente e jurisprudência

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Precedente ou jurisprudência; 3. A força do precedente; 4. A direção do precedente; 5. Precedente e exemplo; 6. Precedente e nomofilaquia.

RESUMO: A referência ao precedente não é mais há algum tempo uma característica peculiar dos ordenamentos de common law, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmo os de civil law. O recurso ao precedente caracteriza de maneira peculiar a estrutura da argumentação jurídica, seja quando o precedente seja reclamado em sede de análise doutrinária, seja quando a ele se faz referência no âmbito da interpretação judicial do direito. É a jurisprudência que constitui o conteúdo efetivo do assim chamado direito vivo, o qual representa em muitos casos o único direito de que dispomos ou o verdadeiro direito de que dispomos.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Precedente. 2. Jurisprudência. 3. Sistemas de civil law. 4. Sistemas de common law.

ENGLISH TITLE: Precedent and jurisprudence

* A civilistica.com agradece penhoradamente a intercessão de seu Conselheiro, Prof. Adrian SGARBI, que solicitou ao Prof. Taruffo a autorização para a publicação do presente texto. Uma versão traduzida para o português encontra-se publicada neste mesmo número, na seção "Traduções".

** Professore Ordinario [Titolare] di Diritto processuale civile nell'Università di Pavia.

SUMMARY: 1. Introduction; 2. Precedent or jurisprudence; 3. The force of precedent; 4. The direction of precedent; 5. Precedent and example; 6. Precedent and 'nomofilachia'.

ABSTRACT: The reference to precedent is no longer a peculiar characteristic of common law systems, being now present in almost all systems, even the civil law ones. The resource to precedent characterizes in a peculiar way the structure of legal argumentation, be it when precedent is claimed by doctrine, be it when judicial interpretation of law makes reference to it. It is jurisprudence that builds the effective content of the so-called living law, which represents in many cases the only right of which we dispose or the true right of which we dispose.

KEYWORDS: 1. Precedent. 2. Jurisprudence. Common law systems. 4. Civil law systems.

1. Introduzione

Va anzitutto sottolineata la grande importanza che l'impiego del precedente e della giurisprudenza riveste nella vita del diritto di tutti gli ordinamenti moderni. Ricerche svolte in vari sistemi giuridici ¹ hanno dimostrato che il riferimento al precedente non è più da tempo una caratteristica peculiare degli ordinamenti di *common law*, essendo ormai presente in quasi tutti i sistemi, anche di *civil law*. Quindi la distinzione tradizionale secondo la quale i primi sarebbero fondati sul precedente, mentre i secondi sarebbero fondati sulla legge scritta non ha più – ammesso che davvero l'abbia avuto in passato – alcun valore descrittivo. Da un lato, invero, nei sistemi di *civil law* si fa ampio uso del riferimento alla giurisprudenza, mentre nei sistemi di *common law* si fa ampio uso della legge scritta ed intere aree di questi ordinamenti – dal diritto commerciale al diritto processuale – sono in realtà “codificate”.

L'importanza del fenomeno che stiamo considerando appare evidente soprattutto in due dimensioni, oltre a quella della sua espansione in tutti gli ordinamenti moderni: nella dimensione *teorica* e nella dimensione *pratica*.

La dimensione *teorica* attiene alla circostanza che il ricorso al precedente caratterizza in maniera peculiare la struttura dell'argomentazione giuridica in ordine all'interpretazione della regola di diritto e alla sua giustificazione, sia quando il precedente viene richiamato in sede di analisi dottrinale, sia quando ad esso si fa capo nell'ambito dell'interpretazione giudiziale del diritto. Senza affrontare qui il problema

¹ Cfr. i saggi raccolti nel volume *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, ed. by D. N. MacCormick and R. S. Summers, Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sidney, 1997 e in *6 Ragion Pratica* 1996, p. 7 ss.

se la giurisprudenza sia o non sia fonte di diritto, è certo che essa è un fattore essenziale e decisivo in sede di interpretazione e di applicazione del diritto. Questo fattore condiziona la struttura dell'argomentazione giuridica in quanto questa viene ad avere non una struttura sillogistico-deduttiva, né una struttura dogmatico-sistemica, ma una struttura *topica*, proprio nel senso chiarito da Viehweg in *Topik und Jurisprudenz*.² I precedenti rappresentano infatti i *tòpoi* che orientano l'interpretazione della norma nella complessa fase dialettica della *Rechtsfindung*, e che danno supporto all'interpretazione adottata come valida nell'ambito dell'argomentazione giustificativa (ad esempio, nella motivazione della sentenza).

Vi è un ulteriore aspetto, forse meno evidente ma non meno rilevante, sotto il quale il riferimento al precedente influisce sulla struttura dell'argomentazione giuridica. Esso attiene alla circostanza che poiché il precedente è sempre una decisione relativa ad un caso particolare, occorre che il significato della regola giuridica usata come criterio di decisione venga "concretizzato" per riferirlo alla soluzione del caso particolare: il precedente non si comprende se l'interpretazione della norma che in esso è stata applicata non viene connessa direttamente con la fattispecie concreta che è stata decisa. Per un verso, la correlazione tra il precedente e una norma generale che si intende interpretare implica dunque che la norma venga letta alla luce della sua attuale o eventuale applicazione a casi concreti. Per altro verso, e si tratta forse del profilo più rilevante, la decisione resa sul caso precedente può spiegare effetti in qualche modo prescrittivi o normativi sulla decisione del caso successivo soltanto a condizione che dal precedente specifico possa derivarsi una regola applicabile anche ad altri casi, ossia – per dirla con MacCormick³ – a condizione che la decisione formulata in diritto sul caso precedente sia *universalizzabile*.

L'importanza *pratica* del fenomeno che stiamo considerando non ha bisogno di lunghi commenti, dato che è sotto gli occhi di tutti: la ricerca e l'uso del precedente giurisprudenziale sono ormai il ferro del mestiere quotidiano del giurista pratico, il cui impiego è reso agevole – anche eccessivamente agevole, il che attutisce l'impatto dell'analisi critica – dai mezzi informatici e dalle banche dati. D'altra parte, è la giurisprudenza che costituisce il contenuto effettivo del c.d. *diritto vivente*, il quale rappresenta in molti casi il *solo* diritto di cui disponiamo – ad esempio quando i giudici creano diritto colmando lacune – o il *vero* diritto di cui disponiamo – quando i giudici

² Cfr. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz: ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, 5. Aufl., München 1974.

³ Cfr. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, p.82 ss., 134 ss., 213 ss.

creano diritto interpretando clausole generali, o qualunque altro tipo di norma⁴.

2. Precedente o giurisprudenza

Nelle prime battute del discorso ho usato deliberatamente, per semplicità, i termini “precedente” e “giurisprudenza” come se fossero sinonimi. Le cose, però, non stanno davvero così, anche se in questo senso è il linguaggio corrente, nel quale i significati dei due termini non vengono solitamente distinti. Ritengo invece che tra precedente e giurisprudenza vi sia una netta distinzione, della quale cercherò di chiarire alcuni aspetti.

Vi è anzitutto una distinzione di carattere – per così dire – *quantitativo*. Quando si parla del precedente si fa solitamente riferimento ad *una decisione* relativa ad un caso particolare, mentre quando si parla della giurisprudenza si fa solitamente riferimento ad *una pluralità*, spesso assai ampia, di decisioni relative a vari e diversi casi concreti. La differenza non è solo di tipo semantico. Il fatto è che nei sistemi che si fondano tradizionalmente e tipicamente sul precedente, di solito la decisione che si assume come precedente è una sola; al più, poche decisioni successive vengono citate a sostegno del precedente. In questo modo, è facile identificare quale decisione davvero “fa precedente”. Invece, nei sistemi – come il nostro – in cui si richiama la giurisprudenza, si fa riferimento solitamente a molte decisioni: talvolta sono dozzine o addirittura centinaia, anche se non tutte vengono espressamente citate. Ciò implica varie conseguenze, tra cui la difficoltà – spesso difficilmente superabile – di stabilire quale sia la decisione che davvero è rilevante (se ve n’è una) oppure di decidere quante decisioni occorrono perché si possa dire che esiste una giurisprudenza relativa ad un determinata interpretazione di una norma.

Peraltro, come spesso accade, la quantità condiziona la qualità, il che porta appunto ad individuare una differenza *qualitativa* tra precedente e giurisprudenza.

Il precedente fornisce una regola (universalizzabile, come già si è detto) che può essere applicata come criterio di decisione nel caso successivo in funzione della identità o – come accade di regola – dell’analogia tra *i fatti* del primo caso e *i fatti* del secondo caso. Naturalmente l’analogia delle due fattispecie concrete non è data *in re ipsa*, e viene affermata o esclusa dal giudice del caso successivo a seconda che costui ritenga

⁴ In proposito v. in particolare Mengoni, *Diritto vivente*, in *Dig.disc.priv.*, *Sez.civ.*, vol.VI, Torino 1990, p. 445 ss. Cfr. inoltre l’ampia analisi di Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*. *Gnesi, uso e implicazioni*, Milano 1994.

prevalenti gli elementi di identità o gli elementi di differenza tra i fatti dei due casi. E' dunque il giudice del caso successivo che stabilisce se esiste o non esiste il precedente, e quindi – per così dire – “crea” il precedente. A parte questo profilo – su cui tornerò in seguito – rimane chiaro che la struttura fondamentale del ragionamento che porta ad applicare il precedente al caso successivo è fondata sull'analisi *dei fatti*. Se questa analisi giustifica l'applicazione nel secondo caso della *ratio decidendi* applicata nel primo, il precedente è efficace e può determinare la decisione del secondo caso. Va notato che, quando si verificano queste condizioni, *un solo precedente* è sufficiente a fondare la decisione del caso successivo.

L'impiego della giurisprudenza ha caratteristiche assai diverse. Anzitutto, l'analisi comparativa dei fatti manca, almeno nella grandissima maggioranza dei casi. Qui il problema dipende da ciò che in realtà “costituisce” la giurisprudenza: si tratta, come è noto, soprattutto delle massime elaborate dall'apposito Ufficio che esiste presso la Corte di Cassazione. La caratteristica più importante delle massime è che si tratta di enunciazioni, concentrate in una o in poche frasi, che hanno ad oggetto *regole giuridiche*. Queste regole hanno solitamente un contenuto più specifico rispetto al dettato testuale della norma di cui costituiscono una interpretazione, ma sono pur sempre formulate come *regole*, ossia come enunciazioni generali di contenuto precettivo. Non a caso le raccolte di giurisprudenza assomigliano a codificazioni più dettagliate di quelle che rappresentano i codici veri e propri, ma pur sempre a “raccolte di norme”. Il discorso sulle massime, sulla loro utilizzabilità e sulla loro attendibilità, potrebbe essere assai lungo.⁵ Qui vale solo la pena di osservare che – per quanto è a mia conoscenza – un ufficio come quello del Massimario esiste solo in Italia, e che i sistemi nei quali vige la regola del precedente non conoscono nulla di simile alle nostre massime: in quegli ordinamenti, infatti, il precedente è costituito dall'intera sentenza, non da brani più o meno sintetici estratti dalla motivazione in diritto. Ecco dunque una prima differenza assai rilevante: di regola i testi che costituiscono la nostra giurisprudenza *non includono i fatti* che sono stati oggetto di decisione, sicchè l'applicazione della regola formulata in una decisione precedente non si fonda sull'analogia dei fatti, ma sulla sussunzione della fattispecie successiva in una *regola generale*.

Questo *modus operandi* è così profondamente radicato nelle nostre abitudini, che ai fatti non si bada neppure quando si dispone dell'intero testo della sentenza e non solo

⁵ Cfr. in generale i saggi raccolti nel volume *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova 1986, ed in particolare Sacco, *La massima mentitoria*, ivi, p. 51 ss.

della massima. Invero, se il testo è pubblicato da una rivista, solitamente i fatti del caso sono coperti dagli *omissis*. Se invece si dispone del testo integrale, ma si tratta di una sentenza della Corte di Cassazione, allora i fatti del caso o sono esposti in modo assai sintetico nella parte “narrativa” della sentenza, o non compaiono affatto. D'altronde, le sentenze di Cassazione si studiano per scoprire dov'è e qual è il *principio di diritto*, poiché ciò che si cerca è la *regula juris* astratta da applicare al caso successivo, non l'individuazione della fattispecie concreta che è stata oggetto di decisione. Si potrà dire che ciò dipende anche dalla funzione istituzionale che la Corte di Cassazione svolge nel nostro sistema come giudice della sola legittimità, ma non va comunque dimenticato che la Corte è chiamata sempre più spesso a decidere nel merito, ossia anche sui fatti del singolo caso, e quindi – almeno in queste ipotesi – si occupa dei fatti anche se non può accertarli *ex novo*.⁶

Come si è accennato, la giurisprudenza è formata da un insieme di sentenze, o meglio: da un insieme di sottoinsiemi o di gruppi di sentenze, ognuno dei quali può includere una elevata quantità di decisioni. In questa direzione non si può non accennare ad un fenomeno gravemente patologico, che rappresenta uno dei maggiori fattori di crisi del nostro sistema giurisdizionale: si tratta dell'abnorme numero di sentenze che la Corte di Cassazione pronuncia ogni anno, e che non è paragonabile a quanto accade nella maggior parte delle altre corti supreme. Non è il caso di analizzare qui le cause di questa degenerazione gravissima, e neppure dei possibili rimedi, su cui esiste un'ampia letteratura.⁷ Vale piuttosto la pena di segnalare alcuni degli effetti che ne derivano.

Per un verso, in questa alluvione incontrollata di decisioni accade che sulla stessa questione, o sulla stessa norma, vengano pronunciate ogni anno *decine o centinaia* di sentenze, sicché la giurisprudenza su molti temi raggiunge le migliaia di decisioni se solo si considerano pochi anni di riferimento. La consultazione dei repertori, o dei dati forniti dal CED della Cassazione, offre prove eloquenti di ciò.

Per altro verso, il numero incontrollato delle decisioni favorisce una ulteriore degenerazione, ossia il frequente verificarsi di incoerenze, e spesso di evidenti contraddizioni, e di repentini mutamenti di indirizzo, nell'ambito della medesima giurisprudenza della Cassazione. Si tratta, purtroppo, di fenomeni assai noti e

⁶ Sulla recente riforma dell'art.384 cod.proc.civ. cfr., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, Taruffo, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.* 2006, p. 776 ss.

⁷ Cfr. da ultimo, anche per riferimenti, Taruffo, *op.cit.*, p.755 ss.

frequenti,⁸ sui quali non possiamo approfondire il discorso. Per quanto qui interessa, essi portano a far sì che l'uso della giurisprudenza sia spesso un'impresa complicata, difficile e rischiosa. Da un lato, invero, non si sa quasi mai se davvero si è arrivati a conoscere *tutta* la giurisprudenza (il che è spesso impossibile), o almeno tutta la giurisprudenza *rilevante* su una determinata questione. Dall'altro lato, spesso si scopre che la giurisprudenza è incoerente e contraddittoria: si tratterà allora di stabilire se vi è o non vi è giurisprudenza *conforme*, se vi è una giurisprudenza *prevalente*, se la giurisprudenza è *incerta*, o se addirittura vi è una situazione di caos giurisprudenziale.

Questi problemi non esistono, o sorgono soltanto in pochissimi casi limite, negli ordinamenti che sono davvero fondati sull'uso del precedente. A spiegare questa differenza basti un dato: attualmente la *House of Lords* pronuncia in media meno di 100 sentenze all'anno, mentre la Corte Suprema degli Stati Uniti, che è anche giudice di costituzionalità, ne pronuncia meno di 200. La nostra Corte di Cassazione pronuncia mediamente circa 50.000 sentenze all'anno.

3. La forza del precedente

Tornando a parlare del precedente, vi sono due ordini di considerazioni che meritano di essere qui accennate.

La prima considerazione riguarda la determinazione di ciò che si considera come precedente in senso proprio, ossia quella parte della sentenza alla quale si fa riferimento per derivarne la regola di giudizio per il caso successivo. In proposito la dottrina del precedente distingue tra *ratio decidendi*, ossia la regola di diritto che è stata posta a diretto fondamento della decisione sui fatti specifici del caso, e *obiter dictum*, ossia tutte quelle affermazioni ed argomentazioni che sono contenute nella motivazione della sentenza ma che, pur potendo essere utili per la comprensione della decisione e dei suoi motivi, tuttavia non costituiscono parte integrante del fondamento giuridico della decisione.⁹ Questa distinzione può essere difficile da tracciare in pratica, ma è fondamentale in quando fa intendere come soltanto per mezzo del riferimento

⁸ In proposito cfr. in particolare Moneta, *Mutamenti nella giurisprudenza della Cassazione civile. Ottocentosessantasette casi di contrasto nel quinquennio 1988-1992*, Padova 1993; Id., *Conflitti giurisprudenziali in Cassazione. I contrasti della Cassazione civile dal settembre 1993 al dicembre 1994*, Padova 1995.

⁹ Cfr. Marshall, *What is binding in a precedent*, in *Interpreting Precedents*, cit., p.506 ss. In argomento cfr., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, Taruffo, *Giurisprudenza*, in *Enc.Treccani delle Scienze sociali*, vol.IV, Roma 1994, p.359 ss.; Id., *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.* 1994, p.421 ss.; Schlüter, *Das Obiter Dictum. Die Grenzen hochrichterlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitgerichts*, München 1973.

diretto ai fatti della causa si possa determinare qual è la ragione giuridica effettiva della decisione, ossia la *ratio* che soltanto può avere efficacia di precedente. Gli *obiter dicta* non hanno nessuna efficacia, e non possono essere invocati come precedente nella decisione di casi successivi proprio in quanto non hanno condizionato la decisione del caso anteriore. Questa distinzione non è ignota nell'ambito della nostra giurisprudenza, ma non viene applicata con il necessario rigore: non di rado le massime contengono *obiter dicta*, in quanto chi formula la massima spesso estrae dal testo della sentenza qualunque enunciazione giuridica senza verificare se essa sia la base effettiva della decisione; nella pratica giudiziaria ci si comporta non di rado nello stesso modo, richiamando qualunque parte della sentenza che pare utile invocare come precedente. In tal modo diventa del tutto incerto che cosa sia ciò che si utilizza per rafforzare la giustificazione della decisione successiva, sicché anche l'*obiter dictum* può – benché indebitamente – “fare precedente”.¹⁰

La seconda considerazione attiene all'efficacia del precedente. In proposito va osservato che la tradizionale e corrente distinzione tra precedente *vincolante*, che sarebbe tipico degli ordinamenti di *common law*, e precedente *persuasivo*, o *di fatto*, che sarebbe tipico degli ordinamenti di *civil law*, è largamente inattendibile. Piuttosto, appare appropriato parlare di *forza* del precedente per indicare il grado, o l'intensità con cui esso riesce ad influire sulle decisioni successive.¹¹

Da un lato, non è appropriato dire che il precedente di *common law* è vincolante, nel senso che ne derivi un vero e proprio obbligo del secondo giudice di attenersi al precedente. E' noto che anche nel sistema inglese, che pare essere quello in cui il precedente è dotato di maggiore efficacia, i giudici usano numerose e sofisticate tecniche argomentative, tra cui il *distinguishing* e l'*overruling*, al fine di non considerarsi vincolati dal precedente che non intendono seguire.¹² Rimane dunque vero che in quell'ordinamento il precedente è dotato di notevole forza, in quanto ci si aspetta che in linea di massima il giudice successivo lo segua – come in effetti solitamente accade –, ma questa forza è sempre *defeasible*, poiché il secondo giudice può disattendere il precedente quando ritenga opportuno farlo al fine di formulare una

¹⁰ Cfr. ad es. Caselli, *Gli obiter dicta persuadono anche quando non convincono*, in *Contratto e impresa* 1987, p.675 ss.; Grippo, *Travisamento e persuasività dell'obiter dictum in due casi emblematici*, ivi, p.659 ss.

¹¹ Al riguardo cfr. in particolare Peczenik, *The Binding Force of Precedent*, in *Interpreting Precedents*, cit., p.461 ss.; Id., *Sui precedenti vincolanti de facto*, in *6 Ragion Pratica* 1996, p.35 ss.

¹² Cfr., anche per riferimenti, Taruffo, *op.ult.cit.*, p.361, ed inoltre Marshall, *Trentatré cose che si possono fare con i precedenti*, in *6 Ragion Pratica* 1996, p. 29 ss.

soluzione più giusta del caso che deve decidere.¹³ Nel sistema americano, poi, la forza del precedente esiste, ma in grado minore: il giudici americani applicano i precedenti con grande discrezionalità, ossia – per così dire – quando non trovano ragioni sufficienti per non farlo. Lo *stare decisis* continua ad esistere, dunque, e quindi i giudici solitamente spiegano perché non intendono seguire il precedente: pare tuttavia chiaro che il precedente ha efficacia solo quando il secondo giudice lo condivide. In caso contrario, il precedente viene *overruled*.¹⁴

Negli ordinamenti di *civil law* il grado di forza che viene attribuito al precedente è probabilmente minore rispetto a quello del precedente di *common law*, ma nulla esclude che vi siano precedenti così autorevoli e così persuasivi da imporsi ai giudici successivi. A questi viene comunque lasciato uno spazio di possibile dissenso, condizionato però all'indicazione di ragioni adeguate che giustifichino l'adozione di una regola di giudizio diversa.¹⁵ Se tuttavia si guarda a cosa accade nell'ambito della nostra pletorica giurisprudenza, si scopre facilmente che in ogni settore i precedenti che meritano veramente questo nome, ossia i c.d. *grands arrêts* della Corte di Cassazione, non sono certamente numerosi. Essi sono anzi l'eccezione, dove la regola è piuttosto l'impiego casuale, confuso, disordinato e tutto sommato irrazionale, di gruppi di sentenze scelte senza nessun criterio, più o meno numerose a seconda della pazienza del copista oppure, attualmente, della rapidità del computer. In una situazione di questo genere, si può attribuire una certa efficacia persuasiva alla giurisprudenza, quando essa non è autocontraddittoria e quando si possono individuare “stringhe di precedenti” abbastanza uniformi. Si torna, in sostanza, ad un approccio quantitativo piuttosto che qualitativo, poichè si tende a pensare che più sono le decisioni a favore di una certa soluzione, più questa soluzione dovrebbe imporsi al giudice successivo, senza considerare che spesso si tratta di dozzine di riproduzioni meccaniche della stessa massima, e senza riflettere che la forza persuasiva di ogni singola decisione è inversamente proporzionale al numero delle decisioni conformi. Come si è già detto più sopra, il vero precedente è tendenzialmente uno solo; quando si maneggiano decine o centinaia di sentenze, si è fuori dalla logica del precedente.¹⁶

¹³ Cfr. Bankowski-MacCormick-Marshall, *Precedent in the United Kingdom*, in *Interpreting Precedents*, cit., p. 325 ss.

¹⁴ Cfr. Summers, *Precedent in the United States (New York State)*, in *Interpreting Precedents*, cit., p. 369 ss.

¹⁵ Sul precedente in vari ordinamenti di *civil law* cfr. i saggi di Alexy-Dreier, Aarnio, Eng e Bergholtz-Peczenik in *Interpreting Statutes*, cit., pp.17 ss., 65 ss., 189 ss., 293 ss.

¹⁶ Naturalmente non considero qui le varie forme di “abuso della citazione” della giurisprudenza, che vanno dalla citazione di lunghi elenchi di decisioni scelte a caso con il mero fine di impressionare il lettore, alla omissione di decisioni contrarie, alla citazione di decisioni non rilevanti per il caso di specie, sino alla citazione di sentenze inesistenti. Questi abusi non sono infrequenti, e si fondano sulla speranza che il giudice e la controparte non compiano le relative verifiche.

4. La direzione del precedente

Un aspetto che va tenuto presente se si vuole intendere in modo adeguato come opera il precedente, è la sua *direzione*. Si vuole così indicare il rapporto che esiste tra l'organo che ha pronunciato la decisione che viene assunta come precedente, e il giudice del caso successivo. La *forza* del precedente, invero, non si esprime in generale e in modo indifferenziato, e nei confronti di qualunque giudice, ma dipende, appunto dalla sua *direzione*.

Il caso tipico dell'applicazione del precedente si ha quando la sua direzione è *verticale*, ossia quando il giudice successivo, che deve decidere un caso identico o simile, si colloca su un gradino inferiore nella gerarchia giudiziaria.¹⁷ Ciò dipende dal fatto che tradizionalmente la forza del precedente si fonda sull'autorità e sull'autorevolezza dell'organo che ha emanato la decisione. A loro volta, autorità ed autorevolezza si connettono alla collocazione dell'organo: più elevato è il livello della corte che emana il precedente, più autorevoli sono le sue decisioni. Per così dire, la forza del precedente scende dall'alto in basso: le vere "corti del precedente" sono le corti supreme, le cui decisioni si impongono a tutti gli organi giudiziari di grado inferiore; poi vengono le corti d'appello, e così via scendendo nella scala giudiziaria. Naturalmente può accadere che una corte suprema pronunci una cattiva decisione e un giudice di primo grado pronunci una decisione eccellente, ma ciò è casuale, e comunque non intacca il fondamento della concezione verticale del precedente.

Si parla, tuttavia, anche di precedente *orizzontale*, per indicare la forza persuasiva che un precedente può avere rispetto agli organi giudiziari che appartengono allo stesso livello di quello che ha pronunciato la prima decisione¹⁸. Il precedente orizzontale può certo avere qualche forza persuasiva, che però tende ad essere inferiore di quello del precedente verticale, sia perché non può trattarsi della corte suprema, che è unica, sia perché tra organi dello stesso livello non vi è – almeno *a priori* – alcuna differenza di autorità. Può accadere che un organo non di vertice produca decisioni particolarmente apprezzabili, e quindi abbia influenza sugli altri giudici dello stesso livello, ma ciò attiene alla qualità intrinseca delle decisioni più che a meccanismi paragonabili al precedente.

¹⁷ In proposito v. più ampiamente Taruffo, *Dimensioni*, cit., p.416.

¹⁸ Cfr. Taruffo, *op.ult.cit.*, p.417.

Un caso peculiare ed interessante di precedente orizzontale è rappresentato dal c.d. *autoprecedente*, ossia dai precedenti emanati dalla stessa corte che decide il caso successivo.¹⁹ Il problema può riguardare qualsiasi giudice ma si è posto in particolare a proposito delle corti supreme, rispetto alle quali ci si chiede se esse siano o debbano essere in qualche modo vincolate ai *loro stessi* precedenti. Una risposta positiva a questo quesito sembra giustificata, essenzialmente in base alla necessità che casi uguali vengano trattati allo stesso modo dallo stesso giudice. Una corte che, sulla stessa questione, cambiasse ogni giorno opinione, avrebbe ben scarsa autorevolezza e violerebbe qualunque principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge. Si giustificerebbe quindi, e con solide ragioni, un grado elevato di forza dell'autoprecedente, o addirittura un vincolo formale della corte a seguire i propri precedenti.

Tuttavia, vi sono buone ragioni per ritenere che si debba ammettere un apprezzabile grado di elasticità in un vincolo di questo genere. Può accadere, infatti, che la stessa corte si trovi nella condizione di dover mutare orientamento, così deviando dai propri precedenti, in varie situazioni, che vanno dall'obsolescenza del precedente al mutare di condizioni storiche, economiche o sociali che influiscono sulla decisione del caso successivo, sino all'eventualità che si presentino casi con peculiarità così accentuate da non poter essere ricondotti entro il precedente. Non a caso, proprio in vista di eventualità di questo genere nel 1966, con il famoso *Practice Statement*, la *House of Lords* comunicò che da quel momento in poi non si sarebbe più ritenuta vincolata ai propri precedenti. Nei decenni successivi essa continuò la prassi di seguire i propri precedenti, almeno nella maggior parte dei casi, ma si era in tal modo ritagliata uno spazio di discrezionalità idoneo a garantire la possibilità di adeguare la propria giurisprudenza al mutare della realtà²⁰. Analogamente, la Corte Suprema degli Stati Uniti seleziona rigorosamente i casi di cui intende occuparsi, essenzialmente in base all'opportunità di creare nuovi precedenti o di procedere all'*overruling* di quelli che non considera più validi.²¹

In realtà, come è stato segnalato già da tempo soprattutto da Gino Gorla,²² ma anche da altri autori,²³ il problema non dipende dalla circostanza che una corte suprema muti orientamento e non segua passivamente i propri precedenti: il problema sorge quando

¹⁹ Cfr. Taruffo, *ibidem*.

²⁰ Cfr. Antonioli Deflorian, *Il precedente giudiziario come fonte di diritto: l'esperienza inglese*, in *Riv.dir.civ.* 1993, I, p.157 ss.

²¹ Sul modo in cui la Corte Suprema "governa" i propri precedenti cfr. Barsotti, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino 1999.

²² Cfr. Gorla, *Precedente giudiziale*, in *Enc.Giur.Treccani*, vol.XXIII, Roma 1990, p.4, 6, 8 ss.

²³ Cfr. Taruffo, *Giurisprudenza*, cit., p.363, anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

queste variazioni sono troppo frequenti, arbitrarie, casuali e prive di seria giustificazione, come non di rado accade nella giurisprudenza della nostra Corte di Cassazione. Non è un caso, invero, che da molte parti si sia da tempo sottolineata la necessità che la Corte inauguri una seria politica del precedente, con la finalità – non facile da conseguire ma certamente necessaria – di introdurre un grado apprezzabile di uniformità e di coerenza nella propria giurisprudenza.²⁴ Al riguardo va segnalato un maldestro tentativo del recente legislatore che, con l'intenzione di operare in questo senso, ha introdotto nel cod.proc.civ. un art. 374 comma 3 in funzione del quale la sezione semplice che ritenga di non adeguarsi all'orientamento delle Sezioni Unite non potrebbe decidere diversamente ma dovrebbe rimettere a queste la decisione del ricorso. Tentativo maldestro sia perché si tratta di un obbligo non sanzionato,²⁵ sia perché la situazione pare destinata a peggiorare a ragione delle altre novità introdotte con la pretesa riforma della Cassazione, di cui farò cenno in conclusione.

5. Precedente ed esempio

Se si individua la caratteristica principale del precedente nella sua forza, ossia nella sua capacità di determinare o almeno di indirizzare in senso conforme la decisione di casi successivi, allora pare opportuno escludere dalla nozione di precedente quelle decisioni che, pur essendo oggetto di riferimento nell'ambito dell'argomentazione giuridica, tuttavia non siano dotate di questa efficacia. Si può dire invero che queste decisioni non rappresentano dei veri e propri precedenti, ma vengono semplicemente usate come *esempi*. La loro funzione, quindi, non è quella di indicare il criterio di decisione che dovrebbe essere seguito nel caso successivo, ma semplicemente di mostrare che la norma di cui si tratta è stata applicata in un certo modo in un certo caso.²⁶ Dunque l'esempio informa ma non suggerisce, e tanto meno impone una decisione conforme. Lo dimostra l'esistenza di *esempi negativi*, ossia di casi che vengono richiamati allo scopo di dire che essi *non debbono* essere seguiti.²⁷

²⁴ V. Taruffo, *ibidem*. Negli ultimi tempi si sono verificati apprezzabili tentativi – da parte dell'Ufficio del Massimario – di razionalizzare la pubblicazione delle decisioni della Corte, con lo scopo di indicare quelle sentenze che, secondo la Corte stessa, meritano di essere usate come precedenti. Si tratta di tentativi interessanti, che mostrano come anche all'interno della Corte vi sia sensibilità verso la problematica del precedente in senso proprio. Il loro esito è però reso difficoltoso dal numero eccessivo di decisioni che la Corte è comunque costretta a pronunciare.

²⁵ E' quindi lecito ritenere che questo vincolo in realtà non esista, o non sia efficace: in questo senso cfr. Taruffo, *Una riforma*, cit., p.773. In argomento v. anche Silvestri, in Carpi-Taruffo, *Commentario breve al codice di procedura civile*, V ed., Padova 2006, p.1054.

²⁶ Sulla distinzione in oggetto v. in particolare Taruffo, *Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria*, in *Scritti per Uberto Scarpelli*, a cura di L.Gianformaggio e M.Jori, Milano 1998, p.783 ss.

²⁷ Cfr. Taruffo, *op.ult.cit.*, p.796.

Vengono citati solo in funzione di esempi vari tipi di decisioni: quelle di giudici di livello inferiore, quelle di giudici di pari livello, quelle di giudici appartenenti a giurisdizioni diverse, e – in generale – tutte le decisioni che mancano dei requisiti che occorrono perché si faccia riferimento ad un precedente in senso proprio. Per così dire, l'esempio è solo superficialmente simile al precedente, ma se ne differenzia per struttura e funzione. Occorrerebbe allora distinguere, all'interno della giurisprudenza, la situazione in cui una o più decisioni vengano invocate per farne discendere effetti precettivi quanto alla decisione di un caso successivo, in presenza delle condizioni necessarie perché tali effetti possano manifestarsi, dai casi in cui le decisioni a cui si fa riferimento vengono usate semplicemente come esempi, essendo prive dei requisiti che definiscono il precedente in senso proprio. L'esempio può svolgere qualche funzione persuasiva, ed è per questa ragione che viene usato, ma non svolge una funzione propriamente giustificativa, e quindi non ha un'efficacia condizionante o vincolante sulla decisione del caso successivo.

Bisogna tuttavia sottolineare che da qualche tempo va emergendo un fenomeno che non rientra nella definizione del precedente, e dunque andrebbe ricondotto entro la categoria dell'esempio, ma che tuttavia riveste grande interesse e pare destinato ad assumere una rilevanza sempre maggiore. Si tratta della tendenza, che si riscontra in numerose giurisdizioni sovranazionali e nazionali, soprattutto al livello delle corti supreme e costituzionali, a tener conto di decisioni rese da corti non appartenenti al medesimo ordinamento. Questa tendenza è in realtà un aspetto di un fenomeno più ampio, che si manifesta quando i giudici fanno riferimento al diritto straniero.²⁸ E' chiaro che quando una corte di uno Stato fa riferimento alle decisioni di corti di altri Stati o di corti internazionali si è al di fuori del ricorso al precedente, poiché non si ha né la direzione verticale né la dimensione orizzontale del precedente. Questa corte, infatti, non è vincolata ad uniformarsi a queste decisioni né – per così dire – l'ordinamento di appartenenza si aspetta che esse vengano usate come punto di riferimento. Tuttavia, il ricorso al diritto straniero, ed in particolare a decisioni pronunciate da corti straniere, si va diffondendo, insieme con la crescente globalizzazione della cultura giuridica, di cui rappresenta un aspetto molto rilevante.²⁹ Al di fuori di ogni vincolo di qualsivoglia natura, invero, esso rappresenta uno strumento potente di circolazione transnazionale, e di tendenziale omogeneizzazione,

²⁸ Questo fenomeno è stato oggetto di recenti studi molto interessanti: cfr. in particolare Markesinis-Fedke, *Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration?*, UCL Press, New York 2006; *Comparative Law Before the Courts*, ed. by G.Canivet, M.Andenas and D.Fairgrieve, London 2004.

²⁹ Cfr. Slaughter, *Judicial Globalization*, in 40 *Va.J.Int'l L.* 1999-2000, p.1103 ss.; Bahdi, *Globalization of Judgment: Transjudicialism and the Five Faces of International Law in Domestic Courts*, in 34 *Geo.Wash.Int'l L.Rev.* 2002-2003, p.555 ss.

di regole di giudizio che si collocano soprattutto al livello dei principi generali e delle garanzie fondamentali.

Pur trattandosi soltanto di esempi, occorre tuttavia riconoscere che in molti casi essi sono dotati di notevole forza persuasiva, che dipende sia dall'autorevolezza degli organi che pronunciano le decisioni cui viene fatto riferimento, sia – soprattutto – dalla condivisione di principi che si presentano come universali e quindi si ritengono meritevoli di essere applicati superando i limiti delle rispettive giurisdizioni e guardando a come essi vengono interpretate nelle giurisdizioni che si considerano più avanzate e quindi si assumono come fonte di ispirazione.

6. Precedente e nomofilachia

Tornando, per concludere, entro i patrii confini, vale ancora la pena di accennare ad un problema di notevole rilievo. In pagine limpidissime della *Cassazione Civile*, già nel 1920 Piero Calamandrei sottolineava che la funzione di nomofilachia della Corte di Cassazione avrebbe dovuto svolgersi, in connessione con la funzione di garantire l'uniformità della giurisprudenza, attraverso l'emanazione di sentenze capaci non solo di assicurare l'esatta interpretazione del diritto, ma anche di imporre questa interpretazione come canone di decisione dei casi successivi.³⁰ Calamandrei prospettava l'idea che la Corte di Cassazione, una volta unificata, diventasse quello che in termini moderni si chiama "corte del precedente", e quindi svolgesse le sue funzioni, ed in particolare quella di nomofilachia, attraverso decisioni capaci di orientare la giurisprudenza successiva. Egli anticipava invero quella che è oggi la funzione principale delle corti supreme in molti ordinamenti, di *common law* e di *civil law*, che è di assicurare il controllo di legittimità attraverso la fissazione di precedenti destinati a proiettarsi come punti di riferimento sulle decisioni degli altri giudici. Con formula sintetica si può parlare di "nomofilachia attraverso il precedente", proprio per indicare che la funzione tipica di una corte suprema è di assicurare l'uniforme rispetto della legge attraverso decisioni "universalizzabili" e proiettate verso il futuro.

In occasione della recente riforma del procedimento in Cassazione, il legislatore ha dichiarato di voler rafforzare la funzione nomofilattica della Corte,³¹ ma ha fatto perno su una nozione di nomofilachia che non solo non corrisponde a quella di Calamandrei,

³⁰ Cfr.- Calamandrei, *La Cassazione Civile.vol.II. Disegno generale dell'istituto*, in Id., *Opere giuridiche*, vol.II, Napoli 1976, pp.34, 92, 105.

³¹ Cfr. il Capo I del d.lgs. n.40 del 2006, intitolato "Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica".

ma è in netto contrasto con le modalità – appena accennate – con cui le corti supreme degli altri ordinamenti svolgono la medesima funzione. Si prevede infatti, con varie disposizioni,³² che la Corte pronunci “principi di diritto” su ogni questione sollevata da qualunque motivo di ricorso, ed anche quando non vi sia un ricorso di parte ma la pronuncia di un principio di diritto venga richiesta “nell’interesse della legge”. Questi “principi di diritto” dovrebbero essere pronunciati con una frequenza prevedibilmente molto maggiore rispetto al passato, posto che nella medesima sentenza ve ne potrebbero essere vari, se vari erano i motivi di ricorso. Per un verso, dunque, non si fa nulla per indirizzare la Corte di Cassazione verso il ruolo di una vera e propria corte del precedente (il che richiederebbe, ad esempio, una drastica riduzione del numero delle decisioni, attraverso adeguati meccanismi di filtro dei ricorsi). Per altro verso, si fa capo ad una sorta di “nomofilachia del caso concreto”, inducendo la Corte a pronunciarsi su una infinità di questioni, indipendentemente dal loro interesse o dalla loro rilevanza generale,³³ e quindi indipendentemente dalla “universalizzabilità” del criterio di decisione che viene utilizzato nel singolo caso. Ciò che si persegue, invero, non è l’indicazione di regole destinate ad essere applicate dai giudici successivi, ma l’analitica specificazione di “principi” che in realtà principi non sono, essendo destinati a valere essenzialmente per il singolo caso di volta in volta deciso. Nessuna proiezione verso il futuro, dunque, ma soltanto l’analitica soluzione delle questioni di diritto sorte nel singolo caso.

In questo modo, è assai improbabile che la Corte di Cassazione si avvii a diventare una vera “corte del precedente”, così allineandosi con la tendenza evolutiva che caratterizza le corti supreme degli altri ordinamenti. E’ invece prevedibile qualche accentuazione *in peius* della situazione attuale, con una Corte che pronuncia una quantità inverosimile di “principi di diritto” in una giurisprudenza sempre più alluvionale, e quindi sempre meno coerente ed autorevole.

I precedenti potrebbero operare come le *strutture dissipative* di cui si parla nelle teorie della complessità, ossia come momenti di formazione di aree di ordine all’interno del disordinato fluire del caos della giurisprudenza.³⁴ Essi, infatti, potrebbero costituire

³² Cfr. i nuovi artt.363 e 384, su cui v. Taruffo, *Una riforma*, cit., p.764 ss., e Silvestri, in Carpi-Taruffo, *op.cit.*, pp.1036, 1065, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

³³ L’importanza generale della questione che si tratta di decidere è il criterio di selezione dei casi che possono essere portati davanti al *Bundesgerichtshof* tedesco: cfr. Sonelli, *L’accesso alla corte suprema e l’ambito del suo sindacato. Un contributo al dibattito sulla cassazione civile in un’ottica comparatistica*, Torino 2001, p.86 ss.

³⁴ Sul concetto di “struttura dissipativa” nell’ambito della teoria del caos cfr. Prigogine, *Le leggi del caos*, tr.it., Bari 1993, p.15 ss.; Porush, *Fictions as Dissipative Structures: Prigogine’s Theory and Postmodernism’s Roadshow*, in *Chaos and Order. Complex Dynamics in Literature and Science*, ed.by N.K.Hayles, Chicago-London 1991, p.56 ss.

importanti fattori di razionalizzazione, di uniformità pur flessibile, di prevedibilità e di uguaglianza di trattamento, nell'incontrollabile quantità e varietà dei casi che vengono decisi dalle corti. Perché ciò accada, tuttavia, è necessario che essi non siano a loro volta un elemento di disordine e di variazione casuale legata alle specificità dei singoli casi concreti: occorre dunque che si tratti di precedenti in senso proprio, e quindi che essi presentino i caratteri distintivi di "rarità", autorità e universalizzabilità in funzione dei quali essi possono emergere dal caos indistinto della prassi giudiziaria.

civilistica.com

Recebido em: 15.12.2014
Aprovado em:
30.12.2014 (1º parecer)
30.12.2014 (2º parecer)

Como citar: TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-giurisprudenza/>>. Data de acesso.