

RIFLESSIONI ORGANICHE SUL PRECEDENTE ANGLO-AMERICANO

di Francesco Maria Damosso

(Dottore in Giurisprudenza presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma)

SOMMARIO: **1. Stare decisis.** – 1.1. Definizione. – 1.2. Affermazione. – 1.2.1. La teoria dichiarativa del *common law*. – 1.2.2. Dalla prassi all'obbligo giuridico. – **2. Concreto funzionamento del vincolo.** – 2.1. Operatività verticale e orizzontale. – 2.2. Che cosa 'fa precedente'. – 2.2.1. *Opinion, reasoning* e *decision*. – 2.2.2. *Ratio decidendi* e *obiter dictum*. – 2.2.2.1. Fondamento della contrapposizione e precisazione terminologica. – 2.2.2.2. Estrazione di proposizioni universali dal *case law* e relativi limiti. – 2.2.2.3. Modalità di estrazione della *ratio decidendi* e relative criticità. – 2.2.2.4. *Obiter dictum* (ossia ciò che 'non fa precedente'). – 2.2.2.5. Conclusione sulla vincolatività *de facto* della *ratio decidendi*: il giudice di *common law* non è vincolato ma decide se e come autovincolarsi ad essa. – 2.3. Tecnica del *distinguishing*. – 2.4. Potere di *overruling*. – 2.4.1. Nozione. Derivazioni della teoria classica: materie 'privilegiate' e non privilegiate; manifesta ingiustizia ('erroneità' o 'assurdità') e personale non condivisibilità del precedente. – 2.4.1.1. *Quid proprium* dell'esperienza nordamericana. – 2.4.2. Portata dell'*undermining*. – 2.4.3. Casi in cui non si deve seguire il precedente. – 2.5. Altre forme di gestione del precedente. – 2.5.1. Sullo sfondo: l'elaborazione di tecniche di erosione del precedente e il contestuale superamento della teoria classica. – 2.5.1.1. 'Shepardizzazione' del precedente e considerazioni di sistema. – 2.5.2. Fattori che determinano una maggiore flessibilità del vincolo *stare decisis* in Nord-America. – 2.5.3. *Anticipatory overruling*. – 2.5.4. *Prospective overruling*. – 2.6. Il problema dell'*overruling* in materia penale. – **3. Effettività del sistema del precedente.** – 3.1. Condizione istituzionale: il modello 'a corte suprema'. – 3.2. Condizione operativa: adeguati '*law reports*'.

1. '*Stare decisis et non quieta movere*' è un principio cardine della tradizione giuridica dei sistemi di *common law*, in forza del quale si attribuisce valore vincolante al precedente giudiziario.

1.1. Stando alla lettera del brocardo citato, certe decisioni 'precedenti' (*rectius*, la regola di diritto sulla cui base si è 'precedentemente' giudicato) sono idonee a far sorgere, in capo al giudice che si pronunzia in un momento successivo, un obbligo giuridico che consiste, appunto, nel 'rimanere su quanto deciso'. Questo giudice sopravveniente non deve 'agitare ciò che è calmo': non può cioè discostarsi dal precedente, ma deve conformarvisi.

Tale è l'assunto su cui si fonda la '*doctrine of binding precedent*': ciò che intimamente caratterizza, seppur con intensità diversa, gli ordinamenti di *common law*.

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

Come considerazione preliminare, in tanto sembra condivisibile prendere in esame la dottrina del precedente alla stregua di un carattere tipico dei paesi di *common law*, in quanto si chiarisca una premessa concettuale di fondo: la regola *stare decisis* non va confusa con la prassi ricorrente di seguire i precedenti. Quest'ultima, infatti, può dirsi coerente con un canone di giustizia, strettamente connesso con il principio di uguaglianza, nonché con il perseguimento del valore della certezza del diritto e della prevedibilità delle decisioni, proprio di tutta la tradizione giuridica occidentale, secondo cui casi analoghi dovrebbero essere decisi in modo analogo. Si tratta perciò di un *modus decidendi* che, in quanto tale, appartiene anche agli ordinamenti di *civil law*. Diversamente, è la presenza dell'obbligo giuridico di non discostarsi da un dato precedente ciò che risulta peculiare della famiglia di *common law*, e su di un piano storico-culturale estraneo ai sistemi di *civil law*¹, sebbene il riferimento all'obbligo giuridico vada inteso alla luce della necessaria problematizzazione che accompagna l'intero svolgimento del tema.

Emerge dunque sin d'ora che rispetto a una «domanda sociale che si è fatta sentire a diversi stadi della evoluzione di ogni sistema giuridico» – ossia ad un'esigenza di certezza, già perseguita con varie modalità nei diversi ordinamenti – la regola dello *stare decisis* costituisce

¹ Cfr. sul punto U. Mattei, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, Torino 1991, p. 238, nt. 119 e V. Varano – V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino 2014, pp. 189-190. Gli AA. danno conto della ormai pluridecennale tendenza di segno opposto invalsa negli ordinamenti di *civil law* richiamando i casi in cui è attribuita un'efficacia più o meno vincolante al precedente giudiziario. A tal riguardo si menzionano l'ordinamento spagnolo (l'art. 1 del *Código Civil*, nell'elencare le fonti del diritto, non vi annovera la giurisprudenza; tuttavia, alla cd. *doctrina legal* del *Tribunal Supremo* – ossia la giurisprudenza consolidata della Corte Suprema – è attribuito un ruolo di 'completamento' dell'ordinamento giuridico mediante l'elaborazione di principi giurisprudenziali per l'interpretazione e l'applicazione della legge, della consuetudine e dei principi generali del diritto); quello messicano (hanno valore vincolante per tutti i giudici inferiori cinque sentenze consecutive di medesimo segno di una Camera del *Tribunal superior de justicia federal*, nonché le decisioni assunte in seduta plenaria della stessa Corte che risolvono contrasti giurisprudenziali tra le singole Camere; cfr. sul punto anche R.B. Schlesinger, *Comparative Law*, New York 1980, pp. 668 ss.); quello argentino (in cui all'art. 303 *Código Procedimento Civil y Comercial* è imitata la regola spagnola); quello francese e quello tedesco (nei quali la Corte Suprema è riunita in una composizione allargata, allorquando la singola sezione intenda disattendere un precedente della stessa Corte; in particolare, cfr., per quanto riguarda la Germania e in materia penale, il saggio di R. Orlandi, *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione "politica" delle corti di legittimità*, in *Cass. pen.* 2017, pp. 2596 ss.: in tale ordinamento il *Bundesgerichtshof* deve essere investito della questione di diritto controversa sia nel caso in cui un *Oberlandesgericht* intenda divergere dall'orientamento di altro *Oberlandesgericht*, sia nel caso in cui la medesima evenienza veda coinvolte due sezioni (*Senat*) del *Bundesgerichtshof* - che in tale ultima ipotesi si riunisce come *Grosse Strafsenate*); per quanto riguarda invece la fisionomia dell'ordinamento italiano sul punto, ci si riserva di dedicare uno studio *ad hoc*: qui basti accennare alle modifiche legislative ai codici di rito civile (art. 374, co. 3) e penale (art. 618, co. 1-bis), che hanno attribuito pure nel nostro sistema un certo valore giuridico formale ai principi di diritto affermati dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione.

uno strumento formale vincolante che «condensa in sé un modello di risposta istituzionale»². E al contempo si anticipa che si tratta di vincolo mai formalizzato, non etero-imposto attraverso atti di legislazione diretta, ma auto-imposto dalle stesse corti nella costruzione della pratica giudiziaria.

1.2. Lo *stare decisis* può essere anzitutto valutato come un dinamismo, frutto di diverse componenti culturali – che storicamente si avvicendano e si mescolano – tra le quali spicca senz'altro la cd. teoria dichiarativa del *common law*.

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

Fondamento dottrinario di tale sistema è la cd. teoria dichiarativa (o ricognitiva), che intende il diritto – secondo l'espressione di Francis Bacon – come un «*corpus* immutabile, fondato sul buon senso e sulla ragione»³. La concezione di un diritto che sostanzialmente non può cambiare, in quanto non cambia la ragione umana di cui è mera manifestazione, genera inevitabilmente la figura di un giudice 'oracolare', il cui compito è *jus dicere*, non *jus dare*, e dunque giammai 'creare' ma piuttosto 'scoprire' il diritto. Con tale impostazione convive un'idea di diritto inteso come antica consuetudine «esistente *ab immemorabilia*»⁴, altrettanto fissa ed immutabile, e dunque altrettanto inibente sotto il profilo creativo, anch'essa a favore di una funzione puramente dichiarativa, che sancisce perciò la *declaratory nature* del diritto giurisprudenziale anglo-americano.

I riflessi di tale concezione sulla successiva formazione della regola dello *stare decisis* appaiono tanto evidenti quanto controversi. A tal proposito, va infatti evidenziato l'emergere

² U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 214.

³ F. Bacon, *The Essays*, London 1625 (rist. London 1973 a cura di M.J. Hawkins), p. 316, citato in J.H. Baker, *An introduction to English Legal History*, Oxford 2000, p. 169.

⁴ U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 89.

Sull'origine consuetudinaria del *common law* può riportarsi anzitutto il pensiero di Blackstone, per il quale i giudici gli 'oracoli viventi' del diritto (inglese) e le sentenze, correlativamente, sono la 'prova' dell'esistenza delle consuetudini del *common law*, citato in V. Varano – V. Barsotti, *op. cit.*, p. 317. Cfr. anche E. Lewis, *The history of judicial precedent*, in *LQR* 1930, pp. 207 ss.; C.K. Allen, *Law in the Making*, Oxford 1964, pp. 187 ss.; R. Cross e J.W. Harris, *Precedent in English Law*, Oxford 1991, p. 22 ss.; W. Bigiavi, *Appunti sul diritto giudiziario*, 1934 (rist. Padova 1989 a cura di M. Bin, con note aggiunte dell'autore), pp. 116 ss. La matrice consuetudinaria non deve essere peraltro confusa con la fonte consuetudinaria – in quanto tale propria anche dei sistemi di *civil law* –, intesa come «fonte di diritto costituita dalla ripetizione costante di un determinato comportamento da parte della generalità dei soggetti, accompagnato dalla convinzione della sua obbligatorietà giuridica» (Enc. Treccani, voce "consuetudine"): cfr. in proposito V. Marinelli, voce "Precedente giudiziario", in *Enc. Dir.* 2002, p. 9, il quale evidenzia come il sistema del precedente attribuisce rilevanza alla costruzione delle *propositions of law* che si attua *in foro*, non già alle condotte dei consociati che si protraggono continuamente nel tempo; una consuetudine, se mai, entra a far parte del patrimonio del *common law* allorquando si consacrano in uno o più precedenti giudiziari – altrimenti rimane fonte secondaria.

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

È pertanto percettibile, come rileva Ugo Mattei, una dialettica implicita tra il giusnaturalismo di Grotius (aperto a verificare la validità del precedente sulla base di una sua conformità a un dettato superiore) e la tradizionale impostazione metodologica dei *common lawyers* classici (più rigorosamente legati all'autorevolezza dei precedenti, agevolmente reperibili nei *reports*)⁵. Tuttavia, nonostante l'apparente contraddittorietà della questione, si scorge un effettivo equilibrio: un precedente, se deciso bene, va seguito; la contropinta (di matrice giusnaturalistica) che tende al superamento di esso in ossequio a una regola di ordine superiore apre lo spazio per un pacifico *overruling*: un precedente può essere disatteso (e superato), sulla base di principi preesistenti *in natura rerum*, ogni volta che essi non sono stati correttamente osservati; in tal senso disattendere un precedente significa correggere una precedente decisione errata, ossia meglio dichiarare il diritto come veramente è (e non come si credeva che fosse).

Posto che la teoria dichiarativa si rinviene già finemente elaborata e consolidata nel pensiero di Sir Edward Coke (1582-1634), tale modo di intendere il peso del precedente coincide con la posizione di Sir William Blackstone, esposta oltre un secolo dopo nei suoi *Commentaries* (1765-1769) e divenuta dominante in Inghilterra e nelle colonie.

Nella sintesi finale della posizione del *common law* classico si giunge all'affermazione dell'altissimo valore persuasivo (non già vincolante) della decisione giudiziaria⁶, ed è proprio nel corso del XVIII secolo che risulta consolidata la prassi di seguire i precedenti, pur rimanendo ancora lontani dall'affermazione di quell'obbligo giuridico che sostanzierà lo *stare decisis* inglese.

1.2.2. Si può affermare dunque che, mentre la tendenza a seguire i precedenti giudiziari «è nella logica stessa di un diritto giurisprudenziale»⁷ e al contempo rappresenta un modo di rispondere a una esigenza di certezza del diritto globalmente diffusa, lo *stare decisis*, invece, è «fenomeno assente nel *common law* classico»⁸.

⁵ Cfr. U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 217.

⁶ Il notevole grado di uniformità delle pronunce che si rileva nel corso del '700 è testimoniato in particolare da A.L. Goodhart, *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, in *The Yale Law Journal* 1931, p. 53.

⁷ V. Varano – V. Barsotti, *op. cit.*, p. 316.

⁸ U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 218. Cfr. in tal senso anche N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge 2008, p. 116, là dove afferma che «[the doctrine of stare decisis] is not innate to the system». Cfr. V. Varano – V. Barsotti, *op. cit.*, p. 316. Secondo gli AA., prima del rigido imporsi della regola *stare decisis*,

Occorre attendere la seconda metà del XIX secolo per assistere all'evoluzione dalla prassi consolidata all'obbligo giuridico, e dunque all'imporsi del precedente formalmente vincolante nel diritto inglese. Peraltro, un'assai rilevante pronuncia in questa direzione viene anticipata già nel 1833 dalle affermazioni del giudice Parke: «il nostro sistema di *common law* consiste nell'applicazione a nuove circostanze delle regole giuridiche che noi giudici deriviamo dai principi giuridici e dai precedenti giudiziari; al fine di garantire l'uniformità, la coerenza e la certezza del diritto, noi dobbiamo applicare tali regole, purché non siano puramente illogiche e fuori luogo, a tutti i casi simili che si presentano; e non abbiamo alcuna possibilità di disattenderle, o di rifiutare il ricorso analogico ad esse, preferendone altre mai giudizialmente consacrate, perché riteniamo che tali regole non siano così ragionevoli e opportune come noi le desidereremmo. Mi sembra di estrema importanza tenere a mente questo principio decisorio, non solamente per la determinazione di un caso particolare, ma nell'interesse del diritto come scienza»⁹.

Se già il consolidamento della prassi era stato favorito dallo sviluppo e dalla diffusione dei *law reports*¹⁰, congiunto all'elevato ruolo sociale tradizionalmente ricoperto dai giudici – legittimati nelle loro funzioni dalla natura sapienziale del potere da loro esercitato –, il passaggio al drastico irrigidimento della regola avviene in concomitanza della riorganizzazione in senso gerarchico delle corti inglesi ad opera dei *Judicature Acts* del 1873-1875, costituenti un apparato giudiziario piramidale, nell'ambito del quale la regola è in grado di operare strutturalmente¹¹.

Letto nella prospettiva di un più ampio mutamento del clima culturale, secondo autorevoli opinioni l'irrigidimento dello *stare decisis* appare dovuto principalmente all'irrompere del positivismo giuridico. Accanto a un diritto del precedente, non creato ma scoperto dai giudici, e pertanto – se non 'male dichiarato' – fisso e immutabile in quanto espressione 'del buon senso e della ragione umana' (o di un'antica consuetudine esistente *ab immemorabilia*), si va affermando l'idea di un diritto come legge positiva, creata sì, ma dal Parlamento che rivendica in esclusiva (unitamente al Re) l'esercizio della funzione legislativa; e davanti alla quale qualsiasi discostamento dal precedente da parte dei giudici equivarrebbe di fatto a un atto di legiferazione assolutamente illegittimo. Ne consegue – sotto questo profilo – che la vincolatività del precedente, già invalsa nella prassi in ragione della teoria dichiarativa, si rafforza con la concezione positivista fino a divenire formale e coercitivo obbligo giuridico – benché, giova ripeterlo, mai previsto da alcun atto legislativo¹².

evidentemente il «bisogno di certezza» era avvertito in misura diversa; basti pensare che fino al XV secolo si discute circa una effettiva vincolatività del precedente, e sostanzialmente si conclude nel senso di negarla: 'nessun precedente può avere la stessa forza di ciò che è giusto'.

⁹ *Mirehouse v. Rennel*, [1833], 1 Cl. and Fin. 527.

¹⁰ Per un'analisi dei sistemi di raccolta delle sentenze negli ordinamenti inglese e americano, finalizzata a dimostrare come *law reports* accessibili, affidabili e ben strutturati siano *condicio sine qua non* per l'effettivo funzionamento del sistema del precedente, si rinvia al par. 4.

¹¹ V. *infra*, par. 2.1., in particolare nt. 26.

¹² Cfr. U. Mattei, *Common Law*, *cit.*, p. 89-90.

Tuttavia, anche se il punto di arrivo sulla vincolatività appare il medesimo, i punti di partenza teorici restano

Tale concezione appare efficacemente sintetizzata nelle parole di Lord Campbell, il quale nel 1861 definisce la *ratio decidendi* delle sentenze della *House of Lords* «chiaramente vincolante» per tutte le corti inferiori, nonché per gli stessi Lords. Se così non fosse «questa Camera si starebbe arrogando il potere di cambiare il diritto e di legiferare in ragione di una propria separata autorità»¹³.

Ancora più incisiva appare la *opinion* di Lord Halsbury del 1898, in occasione del celebre *London Street Tramways Co. Ltd. v. London County Council*, con il quale può dirsi completato il processo di irrigidimento dello *stare decisis*¹⁴ e che ha definitivamente sancito, per i successivi sessantotto anni, che la *House of Lords* fosse inderogabilmente vincolata ai suoi precedenti¹⁵, là dove, rivolgendosi ai Lords – e premettendo di essere «pienamente d'accordo con ciò che è stato detto da Lord Campbell» – afferma che «la decisione resa da questa Corte in punto di diritto è successivamente vincolante per questa stessa Corte» e che «è impossibile sollevare di nuovo una questione identica a quella già decisa come se si trattasse di una *res integra* tale da essere riesaminata, chiedendo a questa Camera di abrogare la precedente

diametralmente opposti. Mentre per la teoria dichiarativa il fondamento della vincolatività era l'esistenza di un valore superiore che genera un diritto fisso e immutabile, per il giuspositivismo (che incontrando il pensiero di alcuni giuristi e filosofi di *common law*, tra i quali John Locke, John Austin e Jeremy Bentham, diede forma alla cd. *analytical jurisprudence*) la vincolatività discende dal riconoscere in via esclusiva solo il diritto statuito dal potere legislativo. Dal giuspositivismo, quindi, matura lo smascheramento sul piano epistemologico della finzione della 'scoperta' del diritto propria della teoria dichiarativa (a tal proposito è incisivo il pensiero di Austin nel definire la concezione blackstoniana come «*childish fiction employed by our Judges that judiciary of common law is not made by them but is a miraculous something made by nobody, existing*»; J. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, New York 1875, p. 321, citato in U. Mattei, *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano 1988, p. 81, nt. 223). Come effetto-domino, poi, ciò comportò una inversione di tendenza a favore di un ruolo creativo dei giudici e dell'apporto innovativo della giurisprudenza; al precedente andrebbe quindi attribuito carattere costitutivo o creativo, come chiarito da V. Marinelli, *op. cit.*, p. 9, nel menzionare la concezione anti-dichiarazionistica: la giurisprudenza deve dunque considerarsi fonte del diritto. Sotto questo profilo, tra i tanti, può ricordarsi la posizione di John Salmond, datata agli inizi del secolo scorso: «*A judicial precedent speaks in England with authority: it is not merely evidence of the law, but a source of it; and the courts are bound to follow the law that is so established*»; J. Salmond, *Jurisprudence*, London 1901, p. 141. Tanto più che, a contatto con il *common law*, la matrice positivista investì di una legittimazione nuova i giudici, i quali, oltre a quella di natura sapienziale propria della teoria dichiarativa che comunque permane ben salda nel substrato culturale-giuridico dei *common lawyers* inglesi, ne acquistavano una fondata nello stesso diritto positivo statale, essendo riconosciuti come organi di un potere dello Stato.

Si deve necessariamente constatare un'ambivalenza di fondo che riguarda l'impatto della cultura positivista nella tradizione di *common law*, in cui si sconta il fatto che il portato positivista del *fétichisme de la loi* invalso con assoluta naturalezza nell'Europa continentale non attecchì mai in un tale sistema di *case law* così radicato (soprattutto in Inghilterra), con l'inevitabile conseguenza che lo sviluppo della *doctrine of binding precedent* è frutto di una incessante dialettica tra correnti di pensiero, le quali si avvicendano, convivono e creano varianti diverse e talvolta contraddittorie.

Da qui la compresenza di un duplice atteggiamento che accompagna fin dalle origini il funzionamento dello *stare decisis*, «quello riverente e quello scettico»; cfr. al riguardo U. Mattei, *Common Law*, *cit.*, p. 224, il quale anticipa come la prima posizione si sia radicata in Inghilterra, la seconda in Nord-America.

¹³ *Beamish v. Beamish*, [1861] 9 H.L. 274.

¹⁴ Cfr. V. Varano – V. Barsotti, *op. cit.*, p. 318.

¹⁵ Cfr. R. Cross e J.W. Harris, *op. cit.*, p. 102.

decisione». Da qui l'assoluta impossibilità di «ignorare tutti i precedenti in materia e ritenere che ciò che alcuni chiamano un 'caso straordinario' o un 'caso inusuale', un caso cioè in qualche modo differente da quelli ordinari, sia sufficiente a giustificare una nuova discussione e una nuova valutazione davanti alla Corte di ultima istanza di una questione che sia già stata decisa».

Pur riconoscendo la possibilità di individuare «casi di singolare difficoltà e che esistano correnti di pensiero nella professione a sostegno dell'erroneità di tale o tal'altra decisione», ad avvalorare la sua posizione richiamava la necessità di garantire la certezza delle situazioni giuridiche, attraverso una pronuncia da considerarsi finale e non più sottoponibile a nuove istanze di verifica: «Cos'è l'occasionale interferenza con ciò che è forse astrattamente giusto in confronto all'inconveniente – il disastroso inconveniente – di rendere ogni questione soggetta a ritrattazione o gli affari umani dubbi a causa delle differenti decisioni, di modo che in effetti non vi sarebbe più una reale *Court of Appeal* finale?»¹⁶.

Ancora nei primi decenni del XX secolo – decenni in cui peraltro si temeva di non riuscire a governare gli orientamenti giurisprudenziali a causa del continuo aumento del numero dei ricorsi – la rigidità del vincolo in Inghilterra era tale che Lord Wright poteva affermare che, dinanzi a un caso analogo, la decisione precedente «deve essere considerata come se fosse parte di un Atto del Parlamento»¹⁷.

Ad ogni modo, è da tenere presente che la stagione del vincolo assoluto del precedente in Inghilterra appare di relativa breve durata. Circa trent'anni dopo, Lord Reid chiariva che, sebbene in alcuni casi i giudici interpretassero i precedenti della *House of Lords* alla stregua di disposizioni di legge, detta impostazione non appariva accettabile, posto che «non è compito degli onorevoli e dotti Lords né di altro giudice elaborare definizioni o formulare regole ferree. È loro compito enunciare principi e molto di quello che esprimono deve essere inteso come illustrativo od espositivo e mai definitivo»¹⁸.

Su di un altro piano, i repentini mutamenti sociali avevano indotto le stesse *High Courts*¹⁹ a mostrarsi reticenti nel seguire precedenti alquanto risalenti nel tempo. Si era giunti così al nuovo orientamento enunciato dal *Lord Chancellor Gardiner* in un *practice statement*²⁰ della *House of Lords* nel 1966, il quale scalfiva – quantomeno sul piano teorico – la portata del vincolo ai propri precedenti.

¹⁶ *London Street Tramways Co. Ltd. v. London County Council*, [1898] A.C. 375.

Il prosieguo della *opinion* di Lord Halsbury appare inoltre significativo in correlazione a un'ulteriore considerazione che può essere svolta riguardo alla dimensione del vincolo all'autoprecedente: un tale *stare decisis* viene da molti giustificato dall'esigenza di non rimettere in discussione il contenuto di una decisione pronunciata dall'organo di ultima istanza, che per definizione costituisce il momento conclusivo del procedimento giurisdizionale, il quale già prevede momenti di verifica (l'appello; ma nel caso dell'ordinamento inglese si prevedono, a seconda delle ipotesi, anche altre forme di *appeal* dinanzi alla *High Court*) e che non ne ammette di ulteriori.

¹⁷ Lord Wright, 'Precedents', in *Cambridge L. J.* 1943, p. 126.

¹⁸ *Cassel & Co. Ltd. v. Broome* [1972] A.C. 1027, 1085, H.L.

¹⁹ V. *infra*, nt. 26.

²⁰ Un *practice statement* è una dichiarazione stragiudiziale emanata nell'ambito del potere di autoregolamentazione riconosciuto alle corti di *common law*.

Pur confermando l'uso del precedente «come un fondamento indispensabile» per le decisioni, a garanzia della tutela dell'«affidamento» degli individui, nell'ottica della «certezza» del diritto, si riconoscono i limiti e i rischi di «un'adesione troppo rigida al precedente», ravvisati nel determinare una «ingiustizia» sul caso di specie e nell'impedire un «adeguato sviluppo del diritto». Di qui la decisione di «modificare l'attuale pratica e, pur considerando i precedenti di questa Camera come di regola vincolanti, di discostarsi da una decisione precedente quando sembrerà giusto farlo».

Peraltro, l'impatto della svolta rimase espressamente circoscritto da due significative precisazioni: in primo luogo, nel discostarsi da un proprio precedente, la *House of Lords* avrebbe tenuto in debito conto «il pericolo di disturbare retroattivamente le basi sulle quali sono stati realizzati contratti o negoziazioni in materia di proprietà e concordati fiscali ed anche la particolare esigenza di certezza di cui al diritto penale»; in secondo luogo, la facoltà di discostarsi veniva ammessa solo nell'ambito della *House of Lords*²¹.

La rilevanza del *practice statement* si coglie in massima parte sul piano teorico e declamatorio, piuttosto che nella sua ricaduta concreta²². Infatti, se i casi in cui la *House of Lords* ha superato propri precedenti sono pochissimi²³ e pur sempre dibattuti²⁴, la portata sul piano dei principi è stata considerata una «*technical 'revolution'*» rispetto alle due sentenze più sopra richiamate (*Beamish*, ma soprattutto *London Tramways*), le quali consacravano il rigido vincolo del precedente affermando che questo poteva essere superato soltanto da una legge del Parlamento²⁵. Viene così aperta una breccia a favore di un ruolo creativo del giudice e della giurisprudenza, in netta contrapposizione con il fondamento della teoria dichiarativa

²¹ Practice Statement [1966] 3 All. E.R. 77, il cui testo integrale è consultabile su https://moodle2.units.it/pluginfile.php/133928/mod_resource/content/1/Practice%20Statement%20%5B1966%5D.pdf.

²² Cfr. V. Varano – V. Barsotti, *op. cit.*, p. 295. In tal senso anche N. MacCormick e R. Summers, *Interpreting Precedents*, New York 2016, p. 439, in cui si afferma che «*in fact [the House of Lords] still adheres closely to its own precedents, departing only occasionally*». In effetti fino ad oggi sono appena ventuno i casi in cui si è fatto ricorso al *practice statement*.

²³ V. nt. precedente. Si ricordi, in particolare, *Miliangos v. George Frank (Textiles) Ltd.*, [1975] 3 All E.R. 801, con il quale viene superato un precedente del 1961 – a seguito, peraltro, di un *anticipatory overruling* della *Court of Appeal* – affermando che la moneta con cui si adempie l'obbligo di risarcire un danno non deve necessariamente essere la sterlina.

²⁴ Sempre nel caso *Miliangos* è da menzionare il contenuto della *dissenting opinion* di Lord Simon, là dove riprende le parole di Lord Kilbrandon affermando che è «intollerabile» attendere l'impugnazione della sentenza per riformare il diritto attraverso la modifica o la revoca di una *ratio decidendi* antecedentemente posta. Di seguito si dichiarava più propenso a una modifica che valesse solo *pro futuro*, analogamente a quanto avviene con la promulgazione di uno *statute* da parte del Parlamento. Si noti, peraltro, come qui ci si interroghi sulla questione dell'efficacia retroattiva di tutte le decisioni giudiziarie, e non soltanto di quelle relative alle materie citate nel *practice statement* del 1966.

²⁵ Cfr. R. Cross e J.W. Harris, *op. cit.*, p. 107. Cfr. anche N. Duxbury, *op. cit.*, p. 60, in cui l'A. fa riflettere sulla forma del *practice statement*, dichiarazione evidentemente non paragonabile a una decisione giudiziaria. A tal proposito, una dottrina minoritaria rinviene in ciò un dato problematizzante: secondo Julius Stone, ad esempio, ne dovrebbe discendere l'inidoneità del *practice statement* ad essere considerato parte del *common law*; in tal senso non sussisterebbe alcuna antinomia con le precedenti decisioni sopra richiamate, in particolare *London Tramways*.

blackstoniana nella misura in cui può essere disatteso anche un precedente non reso *ab iniuria* (ossia ogniqualvolta «*it appears right to do so*»).

2. Tradizionalmente, si distingue tra dimensione verticale e dimensione orizzontale del precedente vincolante.

2.1. Da un lato, quando una certa decisione provenga da una corte superiore, tale precedente è vincolante in senso verticale per le corti gerarchicamente inferiori; dall'altro, in senso orizzontale, la regola vincolerebbe una corte a seguire i suoi stessi precedenti. Secondo taluni, peraltro, in questo secondo caso bisognerebbe parlare più propriamente di 'autoprecedente', limitando il richiamo alla orizzontalità unicamente alle ipotesi in cui assuma rilievo il precedente proveniente da altre corti di pari grado. A ben guardare, valorizzando la distinzione appena tratteggiata, negli ordinamenti inglese e statunitense ha senso parlare solo di autoprecedente, in quanto per un certo grado di giudizio o è prevista una sola corte (si pensi alla corte suprema, unica tanto per il Regno Unito quanto per gli Stati Uniti d'America, come pure all'unica *Court of Appeal* inglese e alla corte di appello unica per molti dei singoli stati americani) oppure, se ci sono più corti, la regola in senso orizzontale non opera (si pensi, sempre con riferimento al sistema statunitense, che le 13 *Courts of Appeals* federali non sono tra loro vincolate, così come non lo sono le diverse corti d'appello presenti in alcuni stati).

Il duplice meccanismo di funzionamento in discorso si comprende alla luce dell'organizzazione gerarchica delle corti²⁶, vincolando – seppur in via tendenziale, e in

²⁶ Tale sistema – in Inghilterra – risale ai *Judicature Acts* del 1873-1875, che operarono una riorganizzazione delle corti inglesi in senso fortemente gerarchico, il cui impianto rimane sostanzialmente invariato fino ai nostri giorni. Attualmente si distinguono quattro livelli, sia in ambito civile che penale: *County Courts* (materia civile) e *Magistrates' Courts* (materia penale), vincolate dalle decisioni di tutti i giudici superiori ad esse e non autovincolate alle proprie decisioni; *High Court* (materia civile e penale) e *Crown Court* (materia penale), vincolate dalle decisioni dei giudici superiori e non autovincolate alle proprie decisioni; *Court of Appeal* (*Civil Division* e *Criminal Division*), vincolate dalle decisioni della *Supreme Court of U.K.* e tendenzialmente autovincolate alle proprie decisioni, le quali vincolano a loro volta i giudici inferiori; *Supreme Court of United Kingdom* (vertice unico della giurisdizione, le cui decisioni sono vincolanti per tutti i giudici inferiori – e anche inderogabilmente autovincolanti, fino al *Practice Statement* del 1966; la funzione di suprema corte era tuttavia in precedenza attribuita alla *House of Lords* – precisamente all'*Appellate Committee*, una speciale sezione della stessa, i cui membri per tradizione non partecipavano alla funzione legislativa – fino al *Constitutional Reform Act* del 2005 (sec. 41), il quale, in luogo dell'*Appellate Committee*, ha istituito la *Supreme Court of United Kingdom* sopra menzionata, in funzione dal 1° ottobre 2009 e in assenza di soluzioni di continuità con le competenze giurisdizionali dell'organo precedente; con tale intervento normativo si volle porre fine alla contiguità tra potere legislativo e giudiziario, rendendo completamente separato e autonomo il 'nuovo' massimo consesso).

Il panorama delle corti nordamericane è invece più variegato e complesso, e sarà richiamato anche nel seguito della trattazione: da un lato vi sono cinquanta giurisdizioni statali tra loro indipendenti (al cui interno sono previsti un primo grado, un grado di appello e una corte suprema di vertice – ma in un terzo degli Stati non è previsto il grado intermedio), in cui il vincolo in senso verticale opera per le corti inferiori appartenenti alla medesima giurisdizione; dall'altro è contemplato pure un sistema di giustizia federale – con competenza in materie specificamente indicate dalla Costituzione –, il quale prevede 94 *District Courts* e 13 *Courts of Appeals*, per arrivare al vertice dell'unica *Supreme Court of United States of America*). Qui la Corte Suprema federale – che

qualche caso solo in via di principio – all'autoprecedente i giudici superiori e al precedente verticale i giudici inferiori²⁷. Ciò è coerente con la posizione e le funzioni degli organi giurisdizionali che animano la dinamica. Per il giudice inferiore, cioè, l'operatività verticale del vincolo si giustifica in base alla sua collocazione presso un livello inferiore – all'interno della 'piramide giudiziaria' – rispetto al livello del giudice da cui il precedente proviene; per il giudice superiore, il rispetto all'autoprecedente ben si attaglia a una delle funzioni che, si ritiene, primariamente ineriscano al suo ufficio: garantire (*rectius*, tendere alla) «uniformità», «coerenza» e «certezza del diritto»²⁸.

Soffermandoci sulla concreta portata dell'autoprecedente, e dunque della operatività per così dire autòloga dello *stare decisis*, è opportuno tener presente che essa ha inciso (e incide) sulla giurisprudenza delle corti supreme con minore intensità rispetto al vincolo in senso verticale. Assumendo come riferimento l'ordinamento americano e quello inglese, si può osservare in via generale che tendenzialmente la *Supreme Court* degli Stati Uniti non si è mai sentita rigorosamente legata ai propri precedenti; peraltro, come si è visto, in occasione del *Practice Statement* del 1966 pure la *House of Lords* inglese si è pronunciata nel senso della non sussistenza in capo ad essa dell'obbligo in questione in termini assoluti.

Per quanto riguarda invece le corti intermedie, si registra una maggiore osservanza della regola di rimanere coerenti alle proprie decisioni; seppur ritenuto per così dire più 'elastico' negli Stati Uniti, ma espressamente affermato in Inghilterra in termini di stretta vincolatività²⁹ – salvo che ricorrano tre ipotesi specificamente indicate³⁰.

vincola in senso verticale tutte le corti federali inferiori, nonché tutte le corti statali anche di ultima istanza – non si è mai sentita rigidamente autovincolata alle proprie decisioni e le corti di pari grado non sono tra loro vincolate – come non lo sono le varie corti supreme statali. Per il comunque notevolissimo valore persuasivo delle pronunzie di determinate corti in determinate materie, v. *infra*, par. 2.5.2., nt. 155.

²⁷ Le categorie del giudice 'superiore' e del giudice 'inferiore', si badi, devono essere necessariamente rapportate alla collocazione di questi ultimi nella 'piramide giudiziaria' e, dunque, relativizzate: una corte di appello risulta superiore rispetto alle corti di primo grado e inferiore rispetto alla corte suprema.

²⁸ Così si esprimeva già il giudice Parke, in occasione del caso *Mirehouse v. Rennel* [1833], 1 Cl. and Fin. 527. Cfr. inoltre U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 216. A tal proposito, l'A. osserva che le corti superiori rinvengono nella dimensione orizzontale (intesa come quella che abbiamo poc'anzi definito dell'autoprecedente) una via per tramandare nel tempo la loro autorevolezza, esercitando in tal modo «funzione nomofilattica», nonché una significativa fonte di legittimazione dinanzi al potere legislativo, poiché «garanzia di stabilità». Sul tema di tonerà *infra*, par. 3.

²⁹ *Young v. Bristol Aeroplane Co.*, [1944] 1 K.B. 718 (C.A.). Fino a tale momento, tuttavia, la vincolatività dell'autoprecedente a livello di *Court of Appeal* inglese era dibattuta: fino al 1895, infatti, essa non si riteneva rigidamente autovincolata ai propri precedenti; in quell'anno l'indirizzo mutò in senso contrario (*Pledge v. Carr*, (1895), 1 Ch. 51), per poi variare nuovamente fino al 1944.

³⁰ Di seguito i tre limiti al rispetto dell'autoprecedente per la *Court of Appeal* inglese, anch'essi enunciati in occasione del già menzionato caso *Young v. Bristol* del 1944: «1) La Corte ha facoltà di decidere a quale di due sentenze in conflitto, da essa stessa emesse, si atterrà; 2) la Corte ha l'obbligo di rifiutare di attenersi ad una sentenza da essa stessa emessa la quale, anche se non espressamente contraddetta, non sia, a suo parere, compatibile con una sentenza della House of Lords; 3) la Corte non ha l'obbligo di attenersi ad una sentenza da essa stessa emessa se si accerta che detta sentenza era stata pronunciata *per incuriam*, come nel caso in cui una legge o una disposizione con valore di legge, che avrebbe influenzato tale sentenza, non era stata portata all'attenzione del tribunale precedente». Anche successivamente, tuttavia, l'efficacia dell'autoprecedente per le

Infine, relativamente alle corti inferiori, si è già accennato che una tale regola dell'autoprecedente non è contemplata: ciò a causa dell'incongruenza che si determinerebbe tra essa e le funzioni dei suddetti giudici, tra le quali evidentemente non rientra il perseguimento dell'uniformità degli orientamenti giurisprudenziali³¹.

2.2. Se pensiamo che il precedente giudiziario sia da intendere come «la decisione... assunta o discussa, o anche interpretata, quale 'precedente' rispetto ad altri casi... simili o dissimili», e non già la «risoluzione di una questione astratta», bensì la risoluzione di un «caso», possiamo delineare i suoi «elementi costitutivi» come, per l'appunto, il caso (comprensivo del fatto e delle questioni giuridiche ad esso inerenti) e la risoluzione di esso (che si rinviene nei motivi

pronunzie emesse in grado di appello rimarrà oggetto di discussione; a tal proposito cfr. V. Varano – V. Barsotti, *op. cit.*, p. 321, là dove si riporta l'interessante posizione di Lord Denning, espressa in occasione di *Gallie v. Lee*, [1969] 1 All E.R. 1062: egli sostenne che la *Court of Appeal* avrebbe dovuto auto-legittimarsi a superare – all'occorrenza – i propri precedenti, sulla scia di quanto affermato dalla *House of Lords* attraverso il *Practice statement* del 1966. L'argomento opposto alla posizione in esame prende le mosse dalla collocazione intermedia, all'interno della gerarchia delle corti inglesi, della *Court of Appeal*: il potere di *outrule* un proprio precedente in capo alla *House of Lords* (oggi *Supreme Court*), infatti, si giustificerebbe (anche) per il fatto che contro le decisioni di quest'ultima non è ammesso alcun mezzo di impugnazione, sicché il superamento di un suo precedente potrebbe avvenire soltanto mediante un intervento legislativo *ad hoc* qualora essa non si fosse riconosciuta il potere in questione; così non è per la *Court of Appeal*, potendosi ricorrere dinanzi all'organo di vertice contro le decisioni di quest'ultima. Se del caso, quindi, sarà lo stesso organo di vertice a superare il precedente della corte intermedia (essendo ciò pacifico, in quanto corte gerarchicamente superiore), senza con ciò minare la certezza del sistema (fenomeno che invece, secondo taluni, avverrebbe attribuendo un simile potere direttamente alla *Court of Appeal*). A ciò potrebbe tuttavia obiettarsi che, di fatto, la *Court of Appeal* è – di regola – l'organo di massima istanza, la stragrande maggioranza dei processi non pervenendo dinanzi alla *Supreme Court*, a causa di un filtro selettivo a maglie alquanto strette e di natura discrezionale (sul quale si tornerà *infra.*, par. 3.).

Cfr. poi R. Cross e J.W. Harris, *op. cit.*, p. 155 con riguardo alle ulteriori «*exceptions to stare decisis*» in materia penale; oltre ai limiti indicati in *Young v. Bristol*, si aggiunge: a) la facoltà di superare all'unanimità una «*previous sentencing decision*», ossia una sentenza di condanna nella parte in cui riguarda il genere\la specie o il *quantum* di pena irrogata (*R. v. Newsome and Browne*, (1970) 2 QB 711); in proposito gli AA. Fanno notare che i «*principles of sentencing*» non sono visti allo stesso modo delle «*substantive rules of law*»; b) la facoltà di superare un proprio precedente, allorché l'*Attorney-General* ricorra alla *Court of Appeal* per un «*point of law*» relativo a un caso di assoluzione da parte di un giudice inferiore; un eventuale auto-*outruling* in questa ipotesi avrà efficacia solo *pro futuro*, non potendo mettere in discussione l'assoluzione pronunciata da parte del giudice inferiore conformemente a un precedente vincolante della *Court of Appeal* (*Attorney-General's reference (no. 1 of 1981)* (1982) 75 Cr. App. Rep. 45); c) la facoltà di discostarsi all'unanimità da un proprio precedente («*to depart from a decision*»), preferendo il *favor libertatis* dell'imputato (*R. v. Taylor* (1950) 2 KB 368, 371); sono assai significative le parole spese in quell'occasione da Lord Goddard, il quale conclude nel senso di un sicuro dovere («*bounden duty*») dei giudici in tal senso. Il *favor libertatis*, peraltro, dovrebbe essere il criterio di scelta anche tra due precedenti in conflitto, ossia allorché la Corte versi nella ipotesi *sub* 1) tra quelle elencate in *Young v. Bristol*: ciò che è stato affermato da Purchas LJ in termini di obbligo inderogabile («*[The Court] must opt...*») in *R. v. Jenkins* (1983) 76 Cr. App. Rep. 313, 318, ma che la successiva prassi applicativa ha parzialmente disatteso.

³¹ Cfr. U. Mattei, *Common Law, cit.*, p. 216. Anche a tal proposito (v. *supra*, par. 2.1., nt. 28), l'A. conclude nel senso della profonda connessione tra la dimensione orizzontale dello *stare decisis* (dimensione intesa, ancora una volta, come quella dell'autoprecedente) e la «funzione nomofilattica» delle corti superiori, naturalmente negandola in relazione alle corti inferiori.

della decisione, e che è non confondere con quello che definiremmo il dispositivo, il quale, se mai, è il risultato della risoluzione del caso)³².

2.2.1. Per giungere a individuare gli elementi costitutivi del precedente, occorre anzitutto soffermarsi sulla struttura delle sentenze delle corti anglo-americane.

Queste si esplicitano attraverso le *opinions* dei singoli giudici che concorrono alla decisione (in Inghilterra) o la *opinion of the court*, la cui redazione è affidata ad un unico giudice (negli Stati Uniti³³), salva comunque la possibilità per il singolo membro della corte nordamericana di presentare separatamente la propria *dissenting* o *concurring opinion* – rispettivamente qualora non condivide la decisione ovvero qualora, pur condividendo la decisione, non ne condivide le motivazioni.

Nell'accezione tecnica del termine, per *opinion* si intende un'elaborata argomentazione giuridica con la quale il giudice, dopo aver scandagliato il vasto patrimonio di *statutes* e *precedents* a sua disposizione, esprime le ragioni della sua *decision*, tendendo ad articularle in guisa che non rimangano adatte soltanto alla soluzione del caso dinanzi a lui pendente, bensì risultino idonee pure a fondare la soluzione di ipotetici casi (analoghi) futuri. È questo uno dei tratti più peculiari delle pronunzie giudiziarie in parola, le quali serbano la duplice funzione di decidere il caso di specie e, al contempo, di fissare regole di diritto *pro futuro*, agendo, così, «su due piani distinti ma complementari»: l'uno concreto, l'altro astratto³⁴. E ciò, come pure si è autorevolmente osservato³⁵, è elemento oggettivamente caratterizzante a prescindere che in via generale si prediliga una genesi dichiarativistica del diritto ovvero una funzione creativa del giudice e della giurisprudenza.

Il corpo della *opinion* è formato dalla motivazione (*reasoning*) e dalla decisione (*decision*). Nel *reasoning*, oltre ad affermazioni di carattere incidentale (*obiter dicta*), prive di immediata connessione con il caso, si rintracciano i contenuti logico-argomentativi di presupposto (*rationale*) atti a fondare la *decision*, la quale consta del dispositivo, a sua volta sostenuto dal principio, esplicito o implicito, ritenuto risolutivo del caso (*ratio decidendi*).

Prima di passare ad approfondire le nozioni appena richiamate, si deve chiarire che, sul piano dello *stare decisis*, le lunghe e ricche *opinions* non sono vincolanti in tutte le loro parti. Questo dato è il punto di partenza per l'elaborazione di tecniche di interpretazione del testo delle sentenze, formalizzata in quella che può essere considerata la teoria classica del precedente³⁶, la quale, avviata da John Salmond tra la fine dell'800 e i primissimi del '900 in

³² Chiarificatrice la lezione di G. Gorla, voce "Precedente giudiziale", in *Enc. Giur. Treccani* 1990, p. 10.

³³ Cfr. V. Varano – V. Barsotti, *op. cit.*, p. 356, in cui emerge che la prassi di redigere l'*opinion of the court* intesa come pronunzia della Corte piuttosto che come «somma dei singoli *speeches*» si affermò sotto l'impulso dello *Chief Justice Marshall*.

³⁴ G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano 1981, p. 307. Cfr. in tal senso, tra gli altri, R.J. Traynor, *Quo Vadis Prospective Overruling? A Question of Judicial Responsibility*, in *HLJ* 1977, p. 534: «*a judicial decision, relating to events that have already occurred, naturally looks backward. That common sense must be taken with the essential grain of salt. A judge is bound to make constant use of the eyes at the back of his head, but he has also a responsibility to keep a weather eye forward*».

³⁵ Cfr. G. Gorla, *Diritto comparato*, cit., p. 307.

³⁶ Cfr. U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 222.

Inghilterra³⁷ e consolidata dai dottrinari americani, tra cui spiccano soprattutto Eugene Wambaugh³⁸ e Henry C. Black³⁹, tornerà ad interessare la dottrina inglese – soprattutto Carleton K. Allen⁴⁰, Percy H. Winfield⁴¹ e Arthur L. Goodhart⁴² – solo intorno agli anni '30 del secolo scorso.

Dalla teoria classica discendono nozioni e categorie concettuali – con le quali abitualmente il giurista si confronta – che costituiscono la «messa in opera teorica»⁴³ dello *stare decisis*.

2.2.2. La teoria classica del precedente muove dalla contrapposizione tra *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Non tutto ciò che è contenuto in una certa decisione giudiziaria, cioè, ha valore di precedente: ad avere efficacia vincolante è solo la *ratio decidendi*, ossia la ragione che della decisione appare sostegno e giustificazione.

2.2.2.1. Come è stato illustrato⁴⁴, in prima approssimazione la dicotomia *ratio-obiter* deve essere colta alla luce dei concetti di *opinion*, *reasoning* e *decision*. Ciò, peraltro, aiuta pure a comprendere un tratto distintivo del contesto giurisprudenziale nordamericano: di là, per indicare ciò che è vincolante si fa uso del termine *holding*, che pare invero richiamare – per un verso – l'idea di *decision*, là dove *holding* letteralmente vuol dire 'ciò che è deciso/asserito' dal giudice; e – per altro verso – il significato proprio di *ratio decidendi*, là dove allude all'individuazione di uno o più elementi logico-argomentativo-giustificativi fondanti la decisione (su di una particolare questione o sull'intero oggetto del giudizio)⁴⁵ suscettibili di essere elevati a principio.

A ben vedere, lo *holding* è sostanzialmente assimilabile alla *ratio decidendi* e una tale diversificazione terminologica potrebbe essere dettata dal marcato senso pragmatico del giurista statunitense: costui è interessato, cioè, a capire 'che cosa è stato deciso' e pare, così, svincolarsi, in una visione anti-formalista, da una precisa definizione della nozione di *ratio decidendi*⁴⁶, rispetto alla quale sono invece evidenti gli sforzi della dottrina inglese e della stessa dottrina nordamericana formalista.

2.2.2.2. Nell'animarsi di una viva discussione circa la natura della *ratio decidendi* e la portata della relativa nozione, si suole porre l'accento sulla sua potenziale generalità e astrattezza (o

³⁷ È del 1902 la sua opera *Jurisprudence*.

³⁸ V. E. Wambaugh, *The Study of Cases*, Boston 1894.

³⁹ V. H.C. Black, *Law of Judicial Precedent*, Minnesota 1912.

⁴⁰ V. C.K. Allen, *op. cit.*

⁴¹ V. P.H. Winfield, *The Chief Sources of English Legal History*, Harvard 1925.

⁴² V. A.L. Goodhart, *Essays in Jurisprudence*, cit.

⁴³ Cfr. U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 222.

⁴⁴ *Supra*, par. 2.2.1.

⁴⁵ V. Marinelli, *op. cit.*, 13.

⁴⁶ Alle dense «implicazioni formalistiche» della nozione di *ratio decidendi* in tal senso accenna U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 225.

universalità): ciò che ne costituisce un tratto distintivo, direttamente correlato alla sua vincolatività. Richiamando la definizione classica di John Salmond, si può dire che «un precedente è una decisione giudiziale che contiene dentro di sé un principio»; «il principio sottostante che costituisce l'elemento autoritativo è sovente chiamato *ratio decidendi*»: «la concreta decisione è vincolante tra le parti, ma è l'astratta *ratio decidendi* che sola ha forza di legge con riguardo al resto del mondo»⁴⁷.

In questi termini, la proposizione giuridica contenuta in una pronuncia giurisdizionale può essere individuale ma universalizzabile dal giudice chiamato a ri-applicarla, nella misura in cui la decisione riferita ad un certo soggetto e/o a una certa situazione di fatto diviene riferibile ad un insieme di soggetti e/o a un insieme di situazioni di fatto. Il processo di universalizzazione o tipizzazione di una proposizione individuale culmina nella sua elevazione a regola o principio, provvisto dei caratteri della generalità e dell'astrattezza, con i quali possono coesistere pure gradi di specificità e concretezza a seconda dell'ampiezza dell'insieme dei soggetti e delle situazioni che la proposizione universalizzata arriva a includere⁴⁸.

Si può invero affermare che l'ampiezza del perimetro entro il quale la *ratio decidendi* può vincolare il giudice successivo dipende sempre – con maggiore o minore spazio di manovra – da una operazione interpretativa: attraverso un'interpretazione in senso lato analogica, la decisione precedente risulterà vincolante in un numero maggiore o minore di casi, a seconda, rispettivamente, che si opti per una sua interpretazione più estensiva o restrittiva. Così, quanto più i fatti vengono ricostruiti ad un alto livello di astrazione, tanto più numerose diventano le fattispecie concrete suscettibili di essere disciplinate dalla medesima regola di diritto e viceversa⁴⁹.

D'altra parte, anticipando un tema che verrà trattato poco più oltre⁵⁰, è evidente che quanto più si restringe l'ambito di vincolatività della *ratio*, tanto più si ampliano i confini della possibilità di *distinguishing*: il potere di 'distinguere' rappresenta peraltro un terreno d'osservazione privilegiato per il concreto funzionamento dello *stare decisis*, essendo uno degli indici principali in cui si sostanzia la discrezionalità del soggetto giudicante.

All'interno di un contesto siffatto, si pone la questione del livello di generalità e astrattezza a cui la *ratio decidendi* dovrebbe attenersi. Posto che essa debba configurarsi necessariamente come regola universale – dovendo risultare idonea ad essere applicata in tutti i successivi casi analoghi –, l'opinione del giurista di *common law* (inglese come americano)

⁴⁷ J. Salmond, *op. cit.*, p. 174.

⁴⁸ Con riguardo alle categorie delle «statuizioni» universali/individuali da un lato e generali (o astratte)/specifiche (o concrete) dall'altro, cfr. G. Sartor, *op. cit.*, p. 271, nt. 4.

⁴⁹ È peraltro da precisare che una cosa è l'universalizzazione della proposizione individuale contenuta nella decisione precedente, altra cosa è l'enunciazione di carattere generale o astratto che può essere contenuta in quella decisione. La prima, infatti, è risultato dell'attività interpretativa del giudice successivo; la seconda, invece, è frutto delle determinazioni del giudice precedente, il quale argomenta e giustifica la propria sentenza in forza di una certa regola di diritto. È evidente, come pure si vedrà, che l'attività di universalizzazione può essere più agevolmente condotta alla luce delle enunciazioni di carattere generale che possono rinvenirsi nella motivazione.

⁵⁰ *Infra*, par. 2.3.

è, invero, prevalentemente nel senso che la *ratio* debba rimanere molto specifica, aderente ai fatti di causa, poco generale; si coglie, allora, il senso della lezione di Henry C. Black, là dove osserva che la *ratio decidendi* «è capace di essere... astratta e generalizzata» rispetto ai fatti, ma rimane marcatamente «fondata» su questi ultimi⁵¹.

A tal riguardo, deve essere letto con un po' di discernimento quanto asserito da Lord Halsbury in *Quinn v. Leathem*, secondo il quale una pronunzia serba autorità solo per quanto essa «*actually decides*»⁵². È stato rilevato, infatti, che l'espressione in parola non deve essere presa alla lettera⁵³; così facendo si confonderebbe il precedente con il giudicato, posto che solo in forza del valore del secondo si può tecnicamente affermare che una pronunzia vale limitatamente a ciò che precisamente statuisce *inter partes*. Da una siffatta dichiarazione deve invece derivare un ammonimento circa i limiti entro cui può essere estratta la *ratio decidendi*, intesa come contenuto prescrittivo della motivazione che si presta a valere anche *ultra partes*: essa può essere ri-applicata per la risoluzione di un caso successivo solo a patto che quest'ultimo non contempra 'differenze giuridicamente rilevanti' rispetto al precedente; e posto che nessun caso può dirsi identico a un altro, una tale indagine va condotta ragionando su quegli elementi fattuali che – in via interpretativa – potranno considerarsi rilevanti (*material*) o irrilevanti (*immaterial*), giungendo ad applicare la stessa *ratio* del caso deciso solo in presenza di una ritenuta piena corrispondenza tra i *material facts* di esso con quelli del caso da decidere⁵⁴.

⁵¹ H.C. Black, *op. cit.*, p. 40. Così l'A. (p. 37) definisce la *decidendi* come «la ragione giuridica della decisione... vale a dire il principio giuridico sottostante che, applicato ai fatti, ha determinato quella particolare decisione».

La preferenza per una *ratio* più vicina ai fatti del caso si rivela, poi, nelle ipotesi in cui un membro di una corte indichi una proposizione decisoria più specifica, un altro ne indichi una più generale e il terzo si pronunci nel senso di accogliere alternativamente l'una o l'altra ai fini della decisione: in simili evenienze – in cui, cioè, non si raggiunge la maggioranza nell'affermazione della *ratio* – si afferma con una certa sicurezza che *the law of the case* dovrà essere senz'altro considerata la regola di diritto che appaia più specifica e concreta; in tal senso si pronunciava già Lord Greene in *Gold v. Essex County Council* [1942] 1 KB 293, 298. Se invece la maggioranza in tal senso viene raggiunta, *ratio* dovrà ritenersi quella costituita dalla proposizione indicata dalla maggioranza, anche se più generale rispetto a quella della minoranza. Si tenga presente, comunque, che tali questioni possono coinvolgere solo l'ordinamento inglese, in cui – come visto – ogni componente del collegio giudicante stende la propria personale *opinion*, e non anche gli ordinamenti nordamericani, in cui all'esito del giudizio viene redatta la unica *opinion of the court* (e la possibilità di redigere la propria *dissenting* o *concurring opinion* è prerogativa della minoranza).

⁵² Lord Halsbury, *Quinn v. Leathem*, [1901] AC 459, 506.

⁵³ Cfr. R. Cross e J.W. Harris, *op. cit.*, p. 57-58, i quali però ammettono pure (p. 70) che una sentenza si avvicina molto a valere limitatamente a quanto *actually decides* nell'ipotesi in cui essa sia stata sistematicamente *distinguished* nei successivi giudizi: in casi del genere si deve evidentemente riconoscere *ex post* un assai circoscritto ambito di operatività della regola di diritto stabilita nel precedente 'distinto', che finisce per operare solo con riferimento a fatti similissimi o quasi uguali.

⁵⁴ Cfr. R. Cross e J.W. Harris, *op. cit.*, p. 58, là dove si precisa che un tale metodo non risulta essere stato interamente accolto nella pratica giudiziaria: il ragionamento sugli aspetti fattuali rilevanti – si spiega – è condotto guardando a quegli elementi che già nella prima decisione siano stati ritenuti *material*.

Potremmo dire, allora, che non si attua un 'giudizio su base totale', ma su base già ristretta dal giudice precedente. Ciò non sembra scalfire, peraltro, il rilievo secondo cui a rimanere decisiva è sempre e comunque l'operazione interpretativa del giudice successivo, che, pur nel solco delle valutazioni di chi si è pronunciato

Tale preteso contenimento dell'operazione di universalizzazione si giustifica sia alla luce delle funzioni e delle modalità di esercizio dell'attività giurisdizionale, che del principio di separazione dei poteri. Sotto il primo profilo, il giudice interviene per risolvere controversie concrete, a differenza del legislatore, che invece è deputato a prevedere norme generali e astratte; sotto il secondo profilo, si deve tener conto del minor grado di legittimazione democratica che connota le scelte giudiziarie rispetto a quelle politiche⁵⁵.

2.2.2.3. Il funzionamento dello *stare decisis* rinviene il suo fulcro in un procedimento logico di tipo bifasico, condotto dal giudice gravato dall'obbligo di seguire un dato precedente e orientato alla puntuale individuazione della *ratio decidendi*, così da poterla correttamente (ri-)utilizzare per il nuovo caso di specie dinanzi a lui pendente. Esso prevede un primo *step* condotto attraverso un'operazione di natura induttiva e un secondo *step* condotto attraverso un'operazione di natura deduttiva.

In una prima fase, infatti, si mettono da parte tutti gli *obiter dicta* in modo da isolare il principio di diritto la cui applicazione – alla luce dei *material facts* – ha condotto alla soluzione del caso precedente, ossia quello «senza il quale la decisione non avrebbe potuto essere quella che è»⁵⁶; ed è bene chiarire che soltanto dopo tale momento quel precedente diviene vincolante, e il giudice diviene, così, obbligato a seguirlo: soltanto dopo tale momento, cioè, la *reason for the decision* diviene *reason for deciding*. Può dunque parlarsi di 'precedente' soltanto in forza della sua individuazione/costruzione ad opera del giudice 'sopravveniente', sicché la giuridica rilevanza del primo – se già sussiste su di un piano puramente teorico – sorge in concreto soltanto in forza di un'operazione interpretativa del secondo.

Nella seconda fase si applica il principio giuridico precedentemente fissato alla nuova fattispecie concreta, così giungendo alla decisione del caso.

Nel riflettere sul come avvenga la conduzione della prima fase, che determina inevitabilmente l'esito della seconda, si può definire ancora la *ratio decidendi* in relazione al suo contenuto. Secondo alcune ricostruzioni – rispetto alle quali, peraltro, non si registrano divergenze di vedute degne di rilievo – la nozione va delineata sulla base del concetto di 'necessità': costituisce *ratio* quella regola ritenuta cioè necessaria ai fini della decisione precedente. Così si comprende il pensiero di Eugene Wambaugh, che la intendeva alla

prima di lui, rimane indiscutibilmente libero di rinvenire differenze tra il caso già deciso e quello da decidere. Libero di valutare, cioè, quanto i *material facts* possano ritenersi tra loro simili ovvero di valorizzare la presenza di un elemento fattuale che nel caso precedente non compariva.

⁵⁵ Sul fondamento di tale esigenza di specificità, cfr. G. Sartor, *Il precedente giudiziale*, consultabile su <https://www.docenti.unina.it/webdocenti-be/allegati/materiale-didattico/268258>, 1994, p. 246, il quale riporta (nt. 9) il pensiero del giudice newyorkese Sol Wachtler al riguardo, a sua volta rinvenibile in R.S. Summers, *Comparative Legal Precedent Study. Revised Common Questions. U.S. Legal System*, New York 1994, p. 40: la 'creazione giudiziaria del diritto' è sicura usurpazione di potere legislativo. L'A., peraltro, significativamente chiarisce che suddetti limiti non possono ritenersi tanto rigidi o comunque inequivocabilmente riconosciuti nella loro portata da far distinguere con certezza le universalizzazioni ammissibili da quelle ammissibili, ma costituiscono pur sempre espressioni di idee-guida che possono essere utilmente tenute in conto nell'avvicinarsi al *case law* anglo-americano.

⁵⁶ U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 226.

stregua, appunto, di «una regola generale senza la quale il caso sarebbe stato deciso diversamente»⁵⁷; impostazione poi sostanzialmente ripresa, tra gli altri, da John C. Gray⁵⁸, Carleton K. Allen⁵⁹, Rupert Cross e James W. Harris⁶⁰, e D. Neil MacCormick⁶¹. Se un tale assunto può dirsi condivisibile sul piano teorico, bisogna evidenziarne i limiti riscontrabili sul piano pratico-applicativo: a ben guardare, difatti, nessun criterio decisivo soccorre all'interprete per orientarlo con sicurezza nella ricerca di quale regola o principio possa dirsi oggettivamente 'necessario'; sarà dunque operazione connotata da un naturale margine di soggettività quella della valutazione di quale proposizione sia stata ritenuta necessaria dal giudice precedente.

Nel vano tentativo di rendere innaturalmente certo l'esito del processo di estrazione della *ratio*, Wambaugh aveva elaborato quello che può essere definito il 'test dell'inversione della regola': per capire se una certa proposizione giuridica è stata ritenuta necessaria nel senso chiarito sopra, secondo l'autore occorrerebbe ipotizzarne la formulazione invertita nel significato, e quindi verificare se la decisione avrebbe potuto essere la stessa pure contemplando un tale rovesciamento. Se sì, quella proposizione non può dirsi evidentemente necessaria; se no, invece, quella proposizione è da dirsi necessaria, e dunque *ratio decidendi*⁶².

⁵⁷ E. Wambaugh, *op. cit.*, p. 18. L'idea di guardare alla *ratio decidendi* come alla soluzione della 'questione da risolvere necessariamente' per giungere alla decisione (da parte del giudice precedente), peraltro, sembra risalire a quanto affermato in *Carroll v. Carroll's Lessee*, 57 U.S. 275, 286-7 (1853); cfr. sul punto N. Duxbury, *op. cit.*, p. 76, nt. 69, il quale seguita rinvenendo altresì un'assonanza tra quanto sostenuto da Wambaugh e quanto precedentemente teorizzato dallo *Chief Justice* Vaughan in *Bole v. Horton* (1673) Vaugh. 360, 382, per il quale «un'affermazione espressa da una corte, se non è necessaria al giudizio, ma potrebbe ben non esserci o risultare opposta nel suo contenuto come se niente fosse, è un'affermazione priva di valore giuridico, niente più che un *gratis dictum*».

⁵⁸ J.C. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, New York 1909, p. 246: «affinché un'affermazione possa avere il peso di un precedente, deve essere un'affermazione la cui articolazione è necessaria per la decisione di un caso particolare».

⁵⁹ C.K. Allen, *op. cit.* (III ed.), p. 227: «ogni sentenza, di ogni corte, serba valore autoritativo solo limitatamente a quella parte di essa, detta *ratio decidendi*, che viene considerata necessaria per la decisione di una specifica questione controversa».

⁶⁰ R. Cross e J.W. Harris, *op. cit.*, p. 40: di tutte le proposizioni giuridiche enunciate dal giudice nella motivazione, saranno da considerare *ratio* «solo quelle che si ritiene egli ha considerato necessarie per la sua decisione».

⁶¹ N. MacCormick, *Why Cases Have Rationes and What These Are*, in L. Goldstein, *Precedent in Law*, Oxford 1987, citato in N. MacCormick e R. Summers, *op. cit.*, p. 512: la *ratio decidendi* si può definire come «la regola esplicitamente o implicitamente dettata dal giudice, che è sufficiente a decidere un punto di diritto oggetto di questione tra le parti, essendo un punto sul quale una regola era necessaria per la giustificazione (o una delle giustificazioni alternative) della decisione del caso».

⁶² Dunque: 1) «*First frame carefully the supposed proposition of law*»;

2) «*Let him then insert in the proposition a word reversing its meaning*»;

3) «*Let him then inquire whether, if the court had conceived this new proposition to be good, and had had it in mind, the decision could have been the same*» (E. Wambaugh, *op. cit.*, p. 17).

Si potrebbe pensare che il test non possa essere validamente eseguito ove si sia in presenza di una *ratio decidendi* 'implicita', che è tale poiché non poggia su alcuna enunciazione diretta da parte del giudice precedente, e di cui parleremo poco più oltre. Qui è sufficiente rilevare come in ipotesi del genere – per la verità piuttosto rare, almeno con riguardo ai casi in cui una *ratio* espressa manchi del tutto – potrebbe risultare problematico il *framing* della *supposed proposition of law*, mancando proprio l'esplicitazione della suddetta proposizione in

È stato sottolineato⁶³, però, il limitato valore euristico di una tale equazione. In primo luogo perché ben possono rinvenirsi nella motivazione talune proposizioni di carattere generale che pur superando il *test* non sono comunque suscettibili di essere considerate *rationes*, presentandosi eccessivamente generali e astratte⁶⁴; in questi casi, infatti, si è concordi (nella teoria come nella pratica) di dovere riconoscere *authority* solo a quella proposizione che rimane più vicina ai fatti del caso, sebbene l'applicazione rigorosa dell'equazione condurrebbe a ritenere vincolante anche altro⁶⁵.

In secondo luogo, bisogna considerare che – secondo il suo stesso teorizzatore – il *test* trova applicazione solo ove «*a case turns only on one point*»⁶⁶: solo nell'ipotesi, invero non frequente, in cui la risoluzione del caso dipenda dalla risoluzione di una questione a cui corrisponda la statuizione di un'unica proposizione. È ipotesi non frequente, questa, dal momento che per risolvere un caso: a) si possono solitamente percorrere più vie alternative, all'esito delle quali si può giungere all'enunciazione di altrettante *rules* o *principles*, tutti parimenti 'necessari' (si può parlare, in proposito, di *rationes decidendi* alternative); b) anche allorché si ritenga che la via sia unica, ci si deve di regola pronunciare su di una pluralità di questioni, la risoluzione di ciascuna delle quali potrebbe apparire invero necessaria ai fini della decisione (si può parlare, in proposito, di *rationes decidendi* concorrenti)⁶⁷.

motivazione. A ben vedere, però, il ricorso all'equazione può avere comunque luogo: una volta ricavata induttivamente la regola implicita sulla base dei fatti del caso, la si può invertire nel significato al fine di verificarne la tenuta.

⁶³ Cfr. N. Duxbury, *op. cit.*, pp. 76 ss., nonché R. Cross e J.W. Harris, *op. cit.*, p. 53 s.

⁶⁴ Sulla scorta delle riflessioni di Cross e Harris, G. Sartor, *op. cit.*, p. 239 riconduce a tali ipotesi i cd. *dicta* generali (che appartengono all'ampio e variegato insieme degli *obiter dicta*, come si vedrà *infra*, par. 2.2.2.4.), i quali supererebbero il *test* perché il loro rovesciamento risulta incompatibile con la decisione, malgrado la loro eccessiva generalità impedisca di considerarli *rationes*.

Possiamo dire, allora, che essi si configurano come generalizzazioni della *ratio decidendi* e non vincolano *pro futuro*, a meno che non siano successivamente richiamati e valorizzati in un certo numero di decisioni (le cui *rationes* traducono, in modi diversi ma più specifici e concreti, lo stesso principio generale); in questo caso l'*obiter* perderebbe la veste di mero *obiter* e – quasi a costituire un *tertium genus* tra *obiter* e *ratio* – sarebbe idoneo a far sorgere un onere di motivazione in capo al giudice che intenda discostarsi dal suddetto principio.

⁶⁵ Nel concentrarsi sulla sola regola maggiormente specifica e concreta, ci si torna inevitabilmente a domandare quali fatti devono intendersi ricompresi nella struttura della proposizione; cfr. sul punto R. Cross e J.W. Harris, *op. cit.*, p. 53: «*The student is entitled to ask what facts, all the facts, all the material facts, whatever that they mean, or facts regarded as material by the judge?*».

È lo stesso problema che abbiamo affrontato *supra*, par. 2.2.2.2, concernente la questione del grado di specificità e concretezza di cui la *ratio decidendi* deve essere dotata; si è concluso che rimane decisiva l'attività interpretativa del secondo giudice, il quale individuerà i fatti rilevanti sui quali appaia ragionevole che una certa *ratio* sia stata formulata. Qui ci si limita a constatare come nessun *test* o equazione di sorta possa azzerare il grado di soggettività che informa un'operazione di tal guisa, ancorando le determinazioni del soggetto giudicante a dati oggettivi e pienamente predeterminati.

⁶⁶ E. Wambaugh, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁷ Sebbene a rigore tutte queste *rationes* (alternative e concorrenti) dovrebbero ritenersi *binding* per il giudice successivo, si può registrare che nella pratica giudiziaria viene spesso riconosciuto valore autoritativo solo ad alcune tra esse. In particolare per quanto concerne le proposizioni del primo tipo, in linea di principio l'opinione tradizionale è nel senso che la loro vincolatività discende dall'essere tutte 'ragioni della decisione': all'interprete non sarebbe perciò concesso di «identificare la prima ragione come la *ratio decidendi* e tralasciare la seconda»

Con riguardo al profilo *sub a*), si noti che l'esclusione di casi siffatti dall'ambito di validazione dell'equazione si giustifica per la necessità di evitare una contraddizione logica. Il *test*, cioè, non può funzionare perché condurrebbe al paradossale risultato di ritenere entrambe (o tutte, qualora ve ne siano più di due) le proposizioni alternativamente giustificative della decisione meri *obiter dicta*, senza possibilità di rinvenire alcuna *ratio*: rovesciare il significato dell'una, infatti, risulta indifferente ai fini della decisione, la quale rimarrebbe comunque sostenuta dall'altra.

Con riguardo al profilo *sub b*), è da dire che l'esclusione di una tale classe di casi si giustifica, invece, per la scelta di limitare l'efficacia dell'equazione al rinvenimento della sola regola che si presenti, oltre che necessaria, anche di per sé sufficiente ai fini della decisione. Da un lato, infatti, il *test* in questi casi potrebbe in astratto ben funzionare, posto che si è in presenza di proposizioni che concorrono su di un pari livello alla giustificazione della pronuncia: rovesciando il significato dell'una, non basterebbe l'altra (o le altre) a sorreggere la decisione; dall'altro lato, però, tra esse corre un rapporto di interdipendenza in forza del quale ciascuna proposizione risulta elemento necessario, ma non sufficiente. Vogliamo notare che nulla vieterebbe, perciò, di eseguire il *test* pure in presenza di *rationes* concorrenti; il problema, come è intuibile, è che stabilire se effettivamente vi sia un rapporto di interdipendenza tra una pluralità di proposizioni può risultare operazione produttiva di risultati tutt'altro che univoci. Ed è probabilmente per questa ragione che si è inteso lasciare al di fuori dell'equazione simili ipotesi, concentrandosi su di un terreno relativamente più piano, anche se nella prassi meno frequentemente rilevante.

identificandola come *obiter dictum* o viceversa; al contrario, egli è tenuto («*must*») a «prenderle entrambe come parti integranti della base della decisione» (queste le parole di Lord GREER in *London Jewellers Ltd v. Attenborough* [1934] 2 KB 206, 222, CA, riportate da N. Duxbury, *op. cit.*, p. 73); l'indirizzo, peraltro, risulta già consolidato in *Commissioner of Taxation for New South Wales v. Palmer* [1907] AC 179, 184, là dove Lord Macnaghten ebbe ad affermare: «non è possibile trattare una proposizione dichiarata da una corte come autonoma e sufficiente base della decisione alla stregua di un mero *obiter dictum* semplicemente perché compare un'altra proposizione che, da sola, avrebbe potuto determinare la stessa decisione» (citato in R. Cross e J.W. Harris, *op. cit.*, p. 82, secondo i quali (nt. 110) l'opinione risale almeno al 1884, in *Crowther v. Thorley* (1884) 50 LT 43, 46). Ciò nonostante, accade di assistere al sistematico declassamento – da parte del giudice successivo – di una delle due *rationes a obiter*, con la conseguenza che in questi casi quale delle due (o delle varie) proposizioni rimanga decisiva per il caso di specie dipenderà sostanzialmente dall'esercizio del potere discrezionale del soggetto giudicante; R. Cross e J.W. Harris, *op. cit.*, p. 83 aggiungono che gli avvocati sono abituati a fare i conti con questo genere di evenienza, trattata alla stregua di «una sorta di rischio professionale». Questo stato delle cose ha condotto un indirizzo minoritario realista ad ammettere che il giudice successivo possa effettivamente decidere quale delle due o più proposizioni costituisca *ratio* e quale o quali debbano rimanere *obiter*; così, fino a quando una tale 'selezione' non avvenga, le *rationes* si qualificherebbero come '*conditionally binding*'. Conseguenza di ciò sarebbe pure che la *ratio* così 'rigettata' da una corte superiore o di pari grado dovrebbe essere considerata da quest'ultima '*virtually overruled*', ossia espunta da quel momento in avanti (di regola, a partire dal caso attualmente pendente) dal patrimonio di proposizioni vincolanti *pro futuro* qualunque giudice. Quello che certamente il giudice non può fare, invece, è ignorare entrambe le proposizioni ritenendole entrambe *obiter* (così Lord Denning in *Betty's Cafés Ltd. v. Phillips Furnishing Stores Ltd.* [1958] AC 20, 53; da ultimo, in *Ministry of Defence v. Jeremiah* [1980] 1 QB 87).

Altro elemento di contrasto in seno alla dottrina inglese e americana, sempre concernente il modo di individuare la *ratio* della decisione precedente, è costituito dal rilievo da attribuire ai *facts* e alle affermazioni rinvenibili nell'*opinion*. Più precisamente, si riflette sul peso che debba essere riconosciuto ai primi rispetto alle seconde.

Da una parte deve menzionarsi l'indirizzo avviato da Arthur L. Goodhart, che – sebbene non accolto nel suo tenore radicale – rimane parte integrante del bagaglio del *common lawyer*⁶⁸. L'autore sostiene⁶⁹ che al fine di estrarre correttamente la *ratio decidendi* si dovrebbe guardare sempre e comunque a quelli che del caso precedente sono i fatti rilevanti; poi questi dovrebbero essere letti e analizzati alla luce del contenuto del dispositivo; il risultato del rapporto fatto-dispositivo condurrebbe al rinvenimento del «*principle of the case*». Le ragioni poste a base della decisione, così come articolate da parte del giudice, non hanno dunque rilevanza ai fini dell'individuazione della *ratio*, ma solo ai fini dell'individuazione di quali fatti devono essere considerati rilevanti. Da ciò si ricava che: a) la «*rule of law*», così come viene stabilita («*set forth*») o enunciata («*enunciated*») nella *opinion*, rimane di per sé troppo generale e astratta («*wide*») o, a seconda dei casi, eccessivamente specifica e concreta («*narrow*»); b) decisiva, riguardo all'esame degli elementi fattuali, risulta non già la valutazione di rilevanza compiuta dal giudice successivo, bensì quella compiuta dal giudice precedente, che in questa misura «*furnish us with a guide*»⁷⁰.

Dall'altra parte si contrappone l'orientamento promosso da Julius Stone – poi ripreso dalla prevalente dottrina⁷¹ –, secondo il quale, posto che da ogni *material fact* può essere ricavata una «*proposition*» avente diversi livelli di generalità e astrattezza⁷², il criterio di Goodhart non appare di grande utilità in quanto conduce alla formulazione di varie possibili *rationes*: si deve, perciò, necessariamente attribuire rilevanza decisiva alle affermazioni contenute nella *opinion*. Ritenuta comunque imprescindibile l'esigenza di ritagliare una proposizione sufficientemente specifica e concreta sulla base dei fatti del caso – perché di sicuro «*judgements must be read in the light of the facts of the cases in which they are delivered*»⁷³ –, risulta perciò determinante non solo comprendere quali fatti siano stati ritenuti rilevanti dal giudice precedente, ma anche e soprattutto il perché siano stati ritenuti tali⁷⁴.

È un problema di interpretazione del precedente; e nella pratica giudiziaria, se la tecnica privilegiata per l'analisi delle sentenze che affermano, ripropongono o revocano una regola di *common law* (ossia di genesi orale) è quella che valorizza i contenuti della motivazione, la prospettiva muta parzialmente – in Inghilterra – allorquando si sia in presenza di decisioni

⁶⁸ Lo stesso può dirsi per le lezioni di Wambaugh, soprattutto per lo studioso e il pratico nordamericano; così si giustifica pure lo spazio che gli è stato dedicato più sopra.

⁶⁹ A.L. Goodhart, *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, in *YLJ* 1930, pp. 149 ss.

⁷⁰ A.L. Goodhart, *Determining the Ratio*, cit., p. 18. V. anche quanto anticipato *supra*, par. 2.2.2.2., nt. 54.

⁷¹ Cfr. J.L. Montrose, *The Language of, and a Notation for, the Doctrine of Precedent*, in *Univ. Western Australia Annual L. Rev.* 1952, pp. 306 ss.; R. Cross e J.W. Harris, *op. cit.*, p. 67 s.; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, p. 84 s.; N. Duxbury, *op. cit.*, pp. 86 ss.

⁷² J. Stone, *Recent Trends in English Precedents*, Sidney 1945.

⁷³ R. Cross e J.W. Harris, *op. cit.*, p. 43.

⁷⁴ Così, in particolare, R. Cross e J.W. Harris, *op. cit.*, p. 70.

che dipendano dall'applicazione della *statutory law* (cioè della legge scritta). Secondo l'opinione tradizionale e ad oggi prevalentemente accolta, difatti, in via di principio le parole impiegate dal giudice nell'interpretare uno *statute* non possono sostituirsi alle parole impiegate dallo stesso testo di legge, e cioè dal Parlamento – pena, evidentemente, uno sconfinamento del potere giudiziario in quello legislativo. Ne conseguirebbe che in questi casi deve essere riconosciuto rilievo primario agli elementi fattuali sulla base del dispositivo, negando di poter estrarre una *binding proposition* sulla base di rilievi esplicativi-argomentativi di sorta⁷⁵. È anche da dire, però, che quando nella dottrina inglese si illustrano le implicazioni concrete del criterio ermeneutico in parola, esse appaiono molto meno significative di quanto s'immagini: ci si limita ad affermare, cioè, che questa efficacia per così dire ristretta del precedente formatosi su *lex scripta* si rinviene nella misura in cui l'interpretazione di un termine contenuto in un certo *Act* non possa essere considerata vincolante allorché si debba procedere all'interpretazione di un termine contenuto in un testo legislativo diverso; sembrerebbe, allora, che le parole del giudice rimangano normalmente vincolanti quando si rimanga all'interno di un medesimo settore del diritto legislativo; e poi non si fa neanche questione di ulteriori (frequenti) passaggi motivazionali, che si risolvano in considerazioni di tipo sistematico o nell'enunciazione di principi di diritto che fuoriescano dalla ristretta area del significato letterale di un elemento della disposizione scritta e che senz'altro strutturano in maniera decisiva la formulazione della regola decisoria. Ciò che induce a constatare – pure quando si faccia questione di applicazione della legge scritta – il persistente maggiore peso concreto del contenuto della *opinion* piuttosto che del rapporto fatto-dispositivo, senza trascurare comunque un'attenzione particolarmente avvertita per i *particulars* del caso di specie.

Ad ogni modo – a prescindere cioè dall'accoglimento dell'uno o dell'altro criterio di estrazione della *ratio decidendi* più sopra menzionati – il metodo di Goodhart deve necessariamente essere praticato allorché si sia in presenza di una *ratio decidendi*

⁷⁵ L'idea è già ben chiara in *Paisner v. Goodrich* [1955] 2 QB 343, 358, là dove Lord Denning afferma che quando i giudici (in quel caso, della *Court of Appeal*) si pronunciano sull'interpretazione di un atto legislativo, quella decisione è vincolante per il futuro nel suo contenuto; «ma le parole che i giudici usano nell'emanare la decisione non è vincolante», precisando poi che se da un lato si tratta di una distinzione normalmente alquanto sottile, poiché la decisione deve necessariamente essere espressa *in words*, dall'altro è una distinzione altrettanto effettiva («*it is a real distinction*») se si tiene a mente che allorché occorra fare applicazione di uno *statute* la sola funzione della corte è quella di «applicare le parole della legge a una situazione data», e che la dottrina del precedente impone di applicare una determinata disposizione di legge nello stesso modo in situazioni tra loro simili, per concludere nel senso che «ogni qual volta si presenti una nuova situazione di fatto, esulante dall'oggetto di precedenti pertinenti, la corte deve rimanere vincolata (*must be governed*) dalla legge scritta, e non dalle parole dei giudici». Si registra, peraltro, una opinione contraria (già compiutamente formulata da Lord Reid in *London Transport Executive v. Betts* [1959 AC 211, 232]) secondo la quale nella pratica non ci sarebbe differenza – in punto di vincolatività della *ratio decidendi* – tra una decisione che ruoti attorno all'interpretazione di una disposizione legislativa e un'altra che si basi su di un qualsiasi altro punto di diritto. Come si vedrà, questa seconda concezione appare più aderente alla realtà operativa inglese. Già si è detto, poi, che la questione non interessa gli ordinamenti nordamericani, nei quali perciò si accoglie di fatto l'indirizzo da ultimo menzionato.

‘implicita’⁷⁶, ossia nei casi in cui l’esplicitazione della regola necessaria a decidere manchi («*decision without reasons*») o risulti particolarmente oscura («*unclear*»⁷⁷)⁷⁸.

La prima classe di ipotesi include casi in cui nei *reports* di giurisprudenza – che rappresentano, come si vedrà a suo tempo⁷⁹, lo strumento imprescindibile attraverso il quale i precedenti sono conosciuti, studiati e citati – compare solo la descrizione del fatto, con o senza rilievi argomentativi di sorta, e il dispositivo. La seconda classe di ipotesi include invece casi in cui il significato della proposizione espressa risulti particolarmente controverso ovvero la proposizione appaia così generica da non poter fungere da autentica guida per il giudice successivo, o comunque sussistano dubbi ritenuti irresolubili in ordine alla determinazione del relativo ambito di operatività. In simili evenienze⁸⁰ non si può fare altro che mettere in rapporto i fatti rilevanti col dispositivo, e ricavarne una regola, che risulterà sì universalizzabile, ma con un grado di specificità e concretezza piuttosto elevato. Si è anche osservato che queste decisioni devono al contempo essere considerate in connessione tra loro, là dove affini: «*every judgment must be read in the lights of judgments in other cases*»⁸¹. Per giungere ad un livello di generalità e astrattezza maggiore, cioè, occorre ragionare non tanto sul singolo *precedent*, quanto piuttosto su di una serie di *precedents* tra loro vicini⁸². Così, da casi simili decisi in modo simile si può evincere il minimo comun denominatore consistente in un principio di diritto, sebbene esso non sia mai stato esplicitato in alcuna delle relative decisioni, ma che in fondo permette di raggruppare un certo numero di precedenti in un determinato insieme.

Posta la defettibilità di una regola di diritto espressa, si può peraltro tornare sulla definizione di *ratio decidendi* includendovi i casi in cui essa manchi (o risulti di dubbio significato), e intendendola, dunque, come «una generale proposizione giuridica dalla quale, in connessione con le circostanze del caso, la decisione logicamente segue, e sulla quale... la Corte basa la propria decisione», «tanto che (la proposizione) sia dichiarata nella *opinion*

⁷⁶ Cfr., nello stesso senso, N. MacCormick, *Legal Reasoning*, cit., p. 84. Sull’eseguità del *Wambaugh’s test* anche in ipotesi di *ratio* ‘implicita’, v. *supra*, nt. 62.

⁷⁷ R. Cross e J.W. Harris, *op. cit.*, rispettivamente a p. 47 e 60 (il riferimento alla *unclear ratio* muove più precisamente dalle affermazioni di Lord Dunedin in *The Mostyn* [1928], AC 57, 73).

⁷⁸ *Nulla quaestio*, invece, riguardo l’eventualità di dovere ricavare la ragione decisoria non già sulla base di un’espressa indicazione contenuta nella motivazione, ma *by implications*. D’altronde, come osservava G. Gorla, voce “Precedente”, cit., p. 11, la «risoluzione di un caso, sottoposto al giudice, la quale non sia un *flatus vocis*, ha logicamente un motivo (o dei motivi), anche se *in animo retento*, non prolatato o tenuto in *secreto loco*».

⁷⁹ *Infra*, par. 4.

⁸⁰ La prima (quella delle ‘decisioni senza motivazione’) oggi è rarissima; e se pure una decisione di tal genere viene emessa, nei *law reports* non viene documentata. Nemmeno la seconda (quella della *ratio* ‘oscura’) sembra frequente: sia in dottrina che in giurisprudenza si afferma, infatti, che individuazione e comprensione della *ratio decidendi* appaiono operazioni relativamente piane nella generalità dei casi.

⁸¹ R. Cross e J.W. Harris, *op. cit.*, p. 45.

⁸² L’opinione è risalente e consolidata, e si può già rinvenire in *Wells v. Hopwood* (1832) 3 B. & Ald. 20, là dove Lord Tenterden (34) veniva ad affermare: «molti dei casi finora decisi» su determinate materie «sono assai vicini l’uno con l’altro, e non facilmente distinguibili. Ma mi pare che un principio generale o una regola di diritto possono... essere ragionevolmente ricavati dal gran numero di essi», «sebbene... non esplicitamente enunciati in alcuno di essi».

come che non lo sia»⁸³. In maniera forse ovvia si può allora dire che se da una da una parte non tutto ciò che viene esplicitato nell'*opinion* fa precedente, dall'altra alle volte fa precedente qualcosa di non esplicitato.

2.2.2.4. Diversamente, tutto ciò che non è *regula iuris* costituisce mero *obiter dictum*; il quale non è suscettibile di vincolare il giudice successivo e rispetto al quale rileva dunque la natura residuale della relativa nozione⁸⁴. In altri termini, un *obiter dictum* 'non fa precedente', collocandosi al di fuori del perimetro delle ragioni giustificative della decisione, risultando così – in contrapposizione alla *ratio decidendi* – *unnecessary* nell'accezione descritta sopra. Ciò che rimane estraneo alle *rationes* è dunque confinato alla sfera degli *obiter dicta* (o *gratis dicta*, o *dicta propria*, o *dicta*⁸⁵). In buona sostanza, per dirla con Cross, alla domanda se sia possibile definire l'*obiter* diversamente da una proposizione non facente parte della *ratio*, la risposta è tradizionalmente 'no'⁸⁶.

Geoffrey Marshall, peraltro, ci ammonisce circa i limiti di una definizione meramente negativa; o meglio, pur ritenendo condivisibile definire in ultimo gli *obiter* come sopra – parti della decisione da non ritenere vincolanti – propone di riflettere sulle diverse funzioni che nell'economia del *reasoning* essi possono assumere, allorquando si presentino come proposizioni giuridiche (*judicial dicta*⁸⁷), e non come affermazioni circa mere questioni di fatto. Si distinguono, così, almeno quattro diversi volti con cui l'*obiter* può presentarsi: 1) irrilevante per i fatti del caso o per altra importante questione; 2) rilevante per i fatti del caso, ma non necessario per la decisione; 3) rilevante per talune questioni marginali; 4) rilevante per altre importanti questioni che possono presentarsi in altri casi⁸⁸.

⁸³ E. Wambaugh, *op. cit.*, p. 29, così tradotto da U. Mattei, *Common Law, cit.*, p. 226. Sulla stessa scia sembrano potersi collocare R. Cross e J.W. Harris, *op. cit.*, p. 72 quando definiscono la *ratio* come «ogni regola di diritto esplicitamente o implicitamente considerata dal giudice come un passo necessario per raggiungere la sua conclusione, avendo riguardo alla linea di ragionamento da lui adottata» (o 'alle' linee di ragionamento – si precisa in nt. 75 –, nell'ipotesi di *rationes decidendi* alternative o concorrenti; sul punto v. *supra*, par. 2.2.2.3., nt. 67), «o ad una parte necessaria del suo indirizzo rivolto alla giuria».

⁸⁴ Sulla natura residuale della nozione di *obiter dictum* è concorde la larghissima parte degli studiosi in materia; cfr., nella dottrina italiana, V. Marinelli, *op. cit.*, p. 13, il quale si sofferma sul significato dell'avverbio latino '*obiter*', che significa «incidentalmente, occasionalmente, in pari tempo (da '*ob*': dinanzi, a motivo di)».

⁸⁵ L'opinione prevalente tende a non soffermarsi sul puntuale significato di queste espressioni, al fine di assorbitarle nella nozione di *obiter dictum*. Sebbene alcuni autori (Ram, Towenshend, Black, citati in U. Mattei, *Common Law, cit.*, p. 227, nt. 68) si siano cimentati nel tentativo di dotare di autonomia concettuale tali termini, pare difatti condivisibile concludere che si tratta pur sempre di distinzioni prospettabili unicamente sul piano teorico e – utilizzando la terminologia propria dei comparatisti – prive di qualsiasi risvolto 'operazionale': per dirla con E. Wambaugh, *op. cit.*, p. 19, una simile serie di distinzioni «appare superflua». Non è forse superfluo, però, il rilievo di ciò che può essere definito '*judicial dictum*', appartenente alla categoria dei *dicta propria*, ossia l'*obiter* riferito a una questione giuridica non direttamente rilevante (*collateral issue*) ai fini della decisione (cfr., sulla definizione, R. Cross e J.W. Harris, *op. cit.*, p. 81), di cui subito si dirà.

⁸⁶ R. Cross e J.W. Harris, *op. cit.*, p. 75-76.

⁸⁷ V. anche *supra*, nt. 85.

⁸⁸ G. Marshall, *What is Binding in a Precedent*, in N. MacCormick e R. Summers, *op. cit.*, p. 515. D'altronde già G. Gorla, voce "Precedente", *cit.*, p. 12, affermava che gli *obiter* «vengono inseriti per occasioni varie» nel discorso argomentativo del giudice; ma sulla posizione dell'A. in merito ai *dicta* si tornerà.

Si può allora proporre una speculare classificazione delle funzioni degli *obiter* in questi termini: 1) mera affermazione incidentale; 2) funzione illustrativa o argomento *ad abundantiam* (letteralmente ‘oltre il bisogno’) in relazione alla *ratio decidendi* del caso; 3) mera affermazione incidentale (dunque come nell’ipotesi *sub 1*) o scopo illustrativo ‘indiretto’ della *ratio*, a seconda dei casi⁸⁹; 4) funzione ‘anticipatoria’/‘preparatoria’ della costruzione della *ratio* in un futuro *leading case* ovvero rafforzativa della *ratio* applicabile a un caso successivo e relativa a quella questione ovvero ‘anticipatoria’/‘preparatoria’ all’*overruling* della *ratio* concernente quella questione.

Ad ogni modo, un *obiter* potrà – al più – incidere sul piano psicologico del soggetto giudicante, dispiegando un’efficacia persuasiva più o meno marcata a seconda del pregio intrinseco dell’argomentazione (se, cioè, appaia un ‘*well-reasoned dictum*’) e dell’autorevolezza della corte da cui provengono⁹⁰. Secondo Mattei⁹¹, la *authority* di cui può esser dotato un *obiter dictum* è così posta sullo stesso piano di quella che può discendere da un’opinione dottrinale⁹².

Bisogna comunque dare conto anche di una diversa ricostruzione della nozione di *obiter dictum*, definito da Gorla – e questa volta in positivo – come insieme di elementi «che riguardano un ‘caso’ diverso da quello *sub judice*: diverso per il fatto e/o per la questione», che vengono inseriti come «ipotesi nel discorso argomentativo della motivazione»⁹³. Si ritiene tuttavia preferibile l’opinione prevalente, nel senso sopra precisato, dal momento che accogliendo la tesi in parola esulerebbero dal *corpus* degli *obiter* le affermazioni di carattere generale, pur inerenti ai fatti di causa e strettamente connesse con la *ratio decidendi*, ma al contempo non elette a fondamento della decisione: ci si riferisce ai *dicta* generali⁹⁴ e alle

⁸⁹ In questo secondo caso, il pronunciamento relativo a una questione marginale potrebbe essere atto a suffragare la bontà della *ratio* circa le questioni principali rilevanti ai fini della decisione.

⁹⁰ Invero, se si eccettua il periodo formalista che – come si vedrà – pure gli ordinamenti nordamericani hanno conosciuto, il rilievo non è valido anche per i *dicta* della Corte Suprema federale USA, nel senso che le corti inferiori si ritengono pacificamente vincolate pure agli *obiter* di quest’ultima. Sul punto v. anche *infra*, par. 2.5.3. Ciò che rappresenta, peraltro, una delle più vistose divergenze della prassi applicativa rispetto agli assunti della teoria classica ora in esame.

⁹¹ In termini sostanzialmente analoghi anche G. Marshall, *What is Binding*, cit., p. 515.

⁹² Invero, la provenienza dell’*obiter* in rapporto alla sua portata persuasiva dovrebbe considerare come parametro di riferimento la corte giudicante nel suo complesso allorquando si prende in esame l’esperienza americana; a tal proposito si è già accennato al fatto che storicamente i giudici statunitensi sono soliti far figurare la decisione a nome dell’intera corte, non essendo distinguibile il contributo dei singoli membri di essa al risultato finale (a meno che il singolo membro non voglia presentare separatamente la propria *dissenting* o *concurring opinion*). Diversamente, la tradizione giuridica inglese si caratterizza (anche) per il peculiare stile di redazione delle sentenze: nel testo della sentenza compaiono in via sequenziale le *opinions* dei singoli componenti della corte; in questa prospettiva – ossia nell’analizzare un *obiter dictum* alla stregua di un pronunciamento personale – si coglie ancor meglio il valore di opinione ‘dottrinale’ cui fa riferimento Mattei nel descrivere la portata persuasiva di un *obiter*. Di «*persuasive authority*», ad ogni modo, se ne parla tradizionalmente: cfr. sul punto anche R. Cross e J.W. Harris, *op. cit.*, p. 41.

⁹³ G. Gorla, voce “Precedente”, cit., p. 12. Sul punto, v. anche A.L. Goodhart, *Determining the Ratio*, cit., p. 163, secondo il quale è *obiter* l’enunciato che si fonda su di un *hypothetical fact*.

⁹⁴ V. *supra*, nt. 64.

affermazioni enunciate per contrastare un rilievo argomentativo ovvero per via di tentativi o ipotesi⁹⁵.

Ancora, in base al criterio per cui la *ratio decidendi* è regola di diritto, non sono *rationes* – oltre, come si è detto sin qui, agli *obiter* intesi come incisi non necessari alla soluzione del caso – le disposizioni sulle parti e l’oggetto della causa (ma solo le eventuali relative statuizioni universali); né le regole di esperienza dettate dal giudice per risolvere mere *quaestiones facti*⁹⁶.

È dubbia, invece, la collocazione del cd. *rationale*, per tale intendendosi l’insieme degli elementi giustificativi della *ratio decidendi*, le basi logico-(politico-)giuridiche su cui essa poggia. Talune opinioni (la prevalente dottrina anglo-americana, tra cui Goodhart, Cross, MacCormick) sono nel senso di considerare il *rationale* nient’altro che un insieme di *obiter dicta*, sulla base del principio secondo cui l’unica parte della sentenza dotata di efficacia vincolante è la *ratio decidendi*, non anche le ragioni addotte a suo sostegno⁹⁷; talaltre (invero nazionali: Gorla, Marinelli), invece, stentano ad ammettere la separazione della *ratio* dal suo *rationale*, attribuendo quindi efficacia vincolante anche al secondo (facendo esso parte della prima)⁹⁸. A livello di giurisprudenza nordamericana, poi, si osserva che anch’essa parte dall’assunto secondo cui il *rationale* non può essere separato dalla *ratio*, ma non conclude nel senso che l’efficacia vincolante vada attribuita pure al primo, oltre che alla seconda; piuttosto, vi è l’idea secondo la quale una certa regola di diritto vada interpretata e applicata sempre e solo in connessione con le ragioni che ne costituiscono il fondamento: se il *rationale* non vincola, sicuramente condiziona in modo determinante l’ambito di operatività e il significato

⁹⁵ Cfr. le riflessioni di G. Sartor, *op. cit.*, p. 244, in senso conforme anche rispetto al rigetto della nozione di *obiter* offerta da Gorla.

⁹⁶ Cfr. G. Sartor, *op. cit.*, p. 239.

⁹⁷ Cfr. in tal senso R. Cross e J.W. Harris, *op. cit.*, p. 70. Sulla stessa scia, N. MacCormick, *Why Cases have Rationes*, cit., p. 170.

⁹⁸ Cfr. in tal senso G. Gorla, voce “Precedente”, cit., p. 11. Tuttavia è necessaria una chiarificazione sulla posizione dell’A. sul punto; questa, infatti, è circoscritta esclusivamente all’ordinamento italiano. Egli, ovviamente negando un valore *stricto sensu* vincolante del precedente nel nostro ordinamento, afferma che possa parlarsi solo di precedente ‘persuasivo’, e dunque necessariamente comprensivo della *ratio decidendi* e delle motivazioni che la sostengono, al fine di spiegare qualche forma di efficacia; sicché da noi non è agevole né sembra avere molto senso distinguere una ‘parte risolutiva’ e una ‘parte argomentativa o giustificativa’ della decisione, posto che «risoluzione del caso e giustificazione o argomentazione di essa fanno tutt’uno»; dunque una sentenza italiana considerata ‘precedente’ «bisogna prenderla come sta». Al contempo non rigetta la tesi di quegli autori (nell’occasione è citato A.L. Goodhart, *Determining the Ratio*, cit., p. 161) che sostengono la separazione tra *ratio* e *rationale*, ritenendo vincolante solo la *ratio* (intesa come risoluzione ‘secca’ del caso, senza ricomprendervi le ragioni addotte a suo sostegno, le quali di regola fanno da bussola per comprendere il contenuto della decisione); a parere dell’A., è infatti possibile condividere tale posizione in un ordinamento, come quello inglese, in cui il precedente è formalmente *binding*, «quasi come un *quid* analogo nella struttura ad una norma legislativa... ove mancano i motivi».

Anche V. Marinelli, *op. cit.*, p. 13, sembra propendere per la soluzione di ritenere *ratio* e *rationale* un’unica cosa, là dove definisce la *ratio decidendi* come «il complesso di ragioni che stanno a base di una decisione (o di un capo di decisione) giudiziaria, con riferimento sia ai dati – o... elementi di giudizio –, sia alla loro valutazione, sia agli argomenti ed alle inferenze che accompagnano la valutazione stessa, nella sua origine (‘contesto di scoperta’) o nella sua motivazione (‘contesto di giustificazione’)».

della *ratio decidendi*, con la conseguenza che – una volta chiariti gli scopi per i quali un certo principio giuridico è stata formulato – potrà non essere applicata una certa *ratio* a un nuovo caso, allorquando la sua applicazione non perseguisse suddetti scopi⁹⁹.

2.2.2.5. La conformazione di questo e di ulteriori terreni in cui si registrano vedute non nette (o tra loro contrastanti) inducono a riconoscere rilievo decisivo all'attività interpretativa del soggetto giudicante. Si può affermare, in particolare, che la *doctrine of binding precedent* – a scapito delle impalcature della teoria classica – non può che operare, nei fatti, in virtù delle scelte discrezionali operate dal giudice successivo, le quali sciolgono dubbi suscettibili di incidere in maniera determinante sull'esito del processo: non considerando ancora la possibilità di effettuare un *distinguishing* tra il caso da decidere rispetto a quello già deciso o quella di esercitare il potere di *overruling* (così non rimanendo *tout court* vincolati a una determinata proposizione)¹⁰⁰, per restare in tema di distinzione tra *ratio* e *obiter*, si pensi, per esempio, alle ipotesi in cui una proposizione giuridica (già *ratio* del caso deciso) venga ritenuta troppo generale e perciò considerata non vincolante (così declassata ad *obiter* nel caso da decidere)¹⁰¹. Si è già visto, poi, come dipenda dalla risoluzione di questa o quest'altra problematica afferente ai contenuti della *ratio decidendi*, il rinvenimento della regola decisoria del caso di specie: a che livello di generalità e astrattezza una proposizione può essere costruita; quanto spazio concedere al fatto e quanto agli enunciati contenuti in motivazione; e nel riflettere sul significato di questi ultimi, in che misura debbano essere adottati criteri interpretativi che ne valorizzino la lettera ovvero che aprano ad argomenti di tipo sistematico, teleologico, costituzionale, extratestuale o extralegale; che cosa intendere per 'necessità' della *ratio*, e dunque quale trattamento riservare alle *rationes decidendi* alternative o concorrenti; come intendere il *rationale* della *ratio*; come ricavare una *ratio* implicita e che in che misura valorizzare la lettura congiunta di una 'serie' di precedenti, ecc.

Insomma, isolare la *ratio decidendi*, lungi dal garantire l'univoco e oggettivo rinvenimento della regola pensata dal giudice 'precedente', risulta piuttosto l'esito di un processo complesso di costruzione normativa condotto dal giudice 'sopravveniente', che si presenta come il frutto dell'interpretazione razionale di certe proposizioni contenute nella parte motiva della sentenza (ovvero del provvedimento in sé, allorquando occorra ricavare una proposizione *by implications*) e che si traduce, da ultimo, nella rielaborazione o

⁹⁹ Cfr. su quest'ultimo punto G. Sartor, *op. cit.*, p. 243, il quale rinviene in ciò un'assonanza con la nostra interpretazione teleologica dei testi di legge.

¹⁰⁰ V. *infra*, rispettivamente parr. 1.2.3. e 1.2.4.

¹⁰¹ A questa ipotesi, peraltro, si è già fatto riferimento *supra*, par. 2.2.2.3., nell'illustrare i casi di *ratio 'unclear'*, in occasione dei quali si ritiene di dover valorizzare al massimo gli elementi fattuali rilevanti in rapporto al dispositivo della pronuncia. Qui si vuole sottolineare il naturale cospicuo margine di discrezionalità del ritenere troppo 'wide', e non abbastanza 'narrow' una certa regola di diritto, e che la scelta reca con sé l'effetto di ritenere vincolante o meno quella regola nel caso attualmente pendente.

Il fenomeno è accennato da G. Williams, *Learning the Law*, London 2010, p. 78, che lo definisce produttivo di un '*obiter ex post facto*'; G. Marshall, *What is Binding*, cit., p. 516 lo indica pratica dell'*Obiter-ing*', attraverso la quale, cioè, un precedente viene '*confined*' (ciroscritto nella sua portata) o addirittura '*outflanked*' (aggirato).

nell'adattamento di principi o regole giuridiche giudizialmente pre-fissate, (ri-)stabilite con riferimento a questioni di diritto immediatamente rilevanti ai fini della decisione.

2.3. «*The process of distinguishing cases is a legitimate and even necessary part of the right application of the doctrine of precedents. It is only by this means that the value and importance of earlier decisions can be exactly appraised and certainty and precision be given to the principles of law announced from the bench*»¹⁰². Così Black si esprimeva sulla possibilità – contemplata come fisiologica e necessaria operazione nel sistema dello *stare decisis* – di non ritenere vincolante un dato precedente, allorquando il giudice chiamato a decidere rinvenga fondamentali differenze tra i fatti del caso da decidere e quelli inerenti a un caso già deciso.

È un procedimento – quello del ‘distinguere’ – tutto imperniato sull’analisi del fatto; d'altronde alla luce del fatto deve essere condotta anche l’opposta operazione di individuazione di un precedente ‘*in all fours*’ (o ‘*in point*’), vale a dire pertinente e quindi pienamente vincolante in relazione al (successivo) caso di specie. Lo chiarisce bene Robert Summers, nell’affermare che – ai fini dell’esito positivo del predetto giudizio di pertinenza – il caso già deciso deve risultare simile a quello da decidere in termini di medesimezza di questione o questioni giuridiche rilevanti; e nei sistemi di *common law*, questo concetto di medesimezza di questione giuridica può essere sempre arricchito per essere inteso come somiglianza dei *material facts*¹⁰³; dunque la valutazione circa l’analogia delle questioni coinvolte è densa di necessarie implicazioni fattuali, nel senso che l’analogia delle questioni giuridiche si fonda sull’analogia dei fatti dell’uno e dell’altro caso.

La tecnica del distinguo si aziona nel momento in cui il giudice, una volta rinvenuto un precedente apparentemente pertinente con il caso dinanzi a lui pendente, realizza che le fattispecie concrete dell’uno e dell’altro caso si differenziano tra loro per aspetti essenziali, conseguendo da ciò la non validità della *ratio decidendi* estratta dal primo anche per il secondo: i fatti sono troppo diversi per poter essere decisi mediante il ricorso alla medesima *regula iuris*. È quindi attraverso un’attenta e approfondita analisi del fatto che si rende possibile (e persino indispensabile, già nella visione della teoria classica del precedente) ‘distinguere’. E, nel momento in cui si distingue il caso di specie da quello precedente, al contempo si manifesta e si dimostra la necessità di applicare una regola giuridica diversa: ci si trova – quantomeno – dinanzi a un caso diverso da quello ‘distinto’ e perciò inquadabile in un altro precedente, che va ricercato; altrimenti si è in presenza di un *leading case*, mai regolato ‘precedentemente’, e dunque bisognoso di una regola giuridica nuova.

Va da sé che per affermare la sussistenza del vincolo precedenziale, «non è necessario che i fatti dei due casi siano perfettamente identici»¹⁰⁴, nessun caso essendo infatti, da un punto di vista naturalistico, identico ad un altro¹⁰⁵. Posto che ciascun caso si presenta come

¹⁰² H.C. Black, *op. cit.*, p. 62.

¹⁰³ R.S. Summers, *Departures from Precedent*, in N. MacCormick e R. Summers, *op. cit.*, pp. 520-521. Il che è come dire, per citare Gorla, che si deve ritenere sussistente una somiglianza di ‘casi’; il concetto di caso, come si è già detto *supra*, par. 2.2.1., risulta comprensivo di fatto e questioni giuridiche inerenti ad esso.

¹⁰⁴ H.C. Black, *op. cit.*, p. 60.

¹⁰⁵ A tal riguardo, V. Marinelli, *op. cit.*, p. 17, precisa che, al più, due casi possono presentarsi uguali solo in tutti

un *unicum* irripetibile, nel senso appena precisato, rispetto a tutti gli altri; posto quindi che ci si muove costantemente nell'ambito della categoria della 'differenza', la tecnica del *distinguishing* opera assimilando le differenze minori, valutate come irrilevanti (e pertanto riconosciute come analogie o somiglianze), e distanziando le differenze maggiori, valutate come rilevanti (e pertanto riconosciute come tra loro avulse).

Nella sua dimensione fisiologica, allora, lungi dallo screditare il precedente, il *distinguishing* opera a favore di un suo imprescindibile approfondimento e in ultima analisi di una sua valorizzazione, in quanto spinge verso un esercizio interpretativo teso alla ricerca dell'autentico ambito di operatività della *legal rule*, estrinsecazione della *ratio decidendi*.

È al contempo da dire che versandosi, per l'appunto, nel campo della interpretazione giuridica, in quanto tale necessariamente caratterizzata da un ineliminabile grado di soggettività, è pure raccomandato un uso ragionevole del *distinguishing*, evitando di sconfinare in derive patologiche¹⁰⁶ dell'utilizzo di un tale potere, che «portato agli estremi diviene una mera spaccatura di capelli» e quindi un modo di aggirare gli effetti di un precedente sgradito al giudice chiamato a seguirlo; si trasformerebbe, cioè, in una tecnica elusiva dello *stare decisis*, fenomeno che in qualche misura già durante la 'stagione rigida' del vincolo si riscontrava nella prassi delle corti, «famoso» per ricorrere alla tecnica in parola «con l'intento sfuggire al controllo di una decisione precedente che non apprezzano, ma che non osano superare direttamente»¹⁰⁷.

2.4. Appare complesso rispondere alla domanda se, allorché il precedente non sia ragionevolmente distinguibile dal caso pendente dinanzi al giudice, e questo si configuri al contrario come un *case in all fours*, sia possibile o meno discostarsene e superarlo. In altre parole, si pone il problema di chiarire, anzitutto, se lo *stare decisis* sia in totale contrasto teorico con l'*overruling* ovvero conciliabile con esso; e, secondariamente, entro quali limiti ciò sia eventualmente prospettabile.

Procedere all'*overruling* di un precedente significa non già ignorarlo e decidere in altro modo¹⁰⁸, ma revocare la *regula iuris* stabilita precedentemente sostituendola con una diversa¹⁰⁹; significa, cioè, stabilire che la *ratio decidendi* estratta da quel dato precedente non

gli aspetti giuridicamente rilevanti.

¹⁰⁶ Sulla distinzione tra «visione» fisiologica e patologica del *distinguishing*, cfr. U. Mattei, *Common Law*, *cit.*, p. 230.

¹⁰⁷ H.C. Black, *op. cit.*, p. 62.

¹⁰⁸ Per quanto possa accadere anche ciò: si tratta pur sempre di una «presa di distanza» dal precedente, che tuttavia molto probabilmente – se compiuta, beninteso, da un giudice inferiore, posto che se compiuta da un giudice superiore capace di esercitare il relativo potere potrebbe configurarsi come un *overruling* implicito – rimarrà efficace fino ai successivi gradi di giudizio, in cui di regola la legalità verrà ripristinata nel senso di eliminare la decisione impugnata perché non conforme al precedente sul punto. Cfr. sull'argomento V. Marinelli, *op. cit.*, p. 17, il quale – nell'ambito di suddette 'prese di distanza' che non si sostanziano in *overruling* – distingue la situazione in cui il precedente non viene seguito perché semplicemente non conosciuto, da quella di una «consapevole *neglectio*» in relazione a un precedente di cui non si intenda tener conto.

¹⁰⁹ Cfr. R. Cross e J.W. Harris, *op. cit.*, p. 129, là dove l'effetto tipico dell'*overruling* è descritto come un «(making) *the law in some sense the contrary of the proposition for which the ratio decidendi was formerly authoritative*».

può più ritenersi valida per regolare i futuri casi analoghi, a partire da quello attualmente pendente. Sul piano degli effetti, la revoca giudiziale serba efficacia retroattiva nella misura in cui la nuova regola viene direttamente applicata per decidere su fatti commessi sotto la vigenza del precedente revocato (a partire dal caso sul quale si è istaurato il giudizio dinanzi al giudice che esercita il potere di *overruling*, passando per gli altri casi analoghi sui quali si sono istaurati giudizi in quel momento pendenti dinanzi a giudici diversi, per arrivare a quelli sui quali si instaureranno giudizi futuri, che tuttavia concernano fatti ancora commessi prima della svolta)¹¹⁰.

Posto che il potere di *overruling* nella sostanza «*rests in the absolute judicial discretion of the Court*»¹¹¹ – e che, dunque, nell’ottica di certezza del sistema, l’imporsi una più o meno rigida aderenza al vincolo concerne «una questione di responsabilità in capo a ciascun giudice»¹¹² – le risposte ai quesiti posti in premessa sembrano variare a seconda dei contesti di riferimento.

2.4.1. Un rigido *stare decisis*, con conseguente divieto di superare il precedente, vige rispetto ad una serie di materie indicate dagli autori della teoria classica, aventi «natura privilegiata», ossia protetta da un vincolo di adesione al precedente particolarmente rigido; si intende, così,

¹¹⁰ E, secondo i dogmi della teoria classica del precedente, contaminati dagli assunti della teoria dichiarativa del *common law* – di cui peraltro in Inghilterra si può percepire l’influenza in parte ancora oggi – non potrebbe che essere così; l’*overruling*, cioè, non potrebbe essere altro che un *retrospective overruling*, e applicarsi a ritroso. Il precedente manifestamente ‘sbagliato’ o ‘assurdo’ (sono queste, come subito si vedrà, le cause per le quali si dà senz’altro spazio al superamento di una *previous decision*) viene revocato in quanto non è diritto; al suo posto viene dichiarato ciò che diritto (veramente) è (ed è sempre stato). Cfr. in tal senso R. Cross e J.W. Harris, *op. cit.*, p. 228, in cui si spiega che l’attuale pratica dell’*overruling* retroattivo è da molti ritenuta l’ultimo «reliitto» della teoria dichiarativa. In proposito, oltreoceano, anche R.J. Traynor, *op. cit.*, p. 535 definiva la rigida ‘*mechanical retroactivity*’ come un portato direttamente discendente dalla finzione blackstoniana. In questa ottica non è infatti concepibile operare la svolta con efficacia solo *pro futuro* continuando tuttavia ad applicare il precedente revocato per il caso di specie, poiché quest’ultimo non è diritto. Come si vedrà a breve, la pratica appena descritta è quella del *prospective overruling* elaborato in America e – anche per le ragioni filosofico-culturali di cui sopra – praticamente sconosciuto in Inghilterra, ove pure non sono mancate autorevoli opinioni di segno opposto, alquanto disincantate nei confronti della *declaratory nature* del *common law* e dunque ‘realiste’ nell’ammettere un *judge law-maker*. Cfr. in tal senso K. Diplock, *Presidential Address*, in *The Holdsworth Club* 1965, il quale, muovendo dal rilievo che applicare una nuova regola di diritto in relazione a fatti commessi prima dell’affermazione di quest’ultima è «ingiusto»; che – proprio perché ingiusto – ciò si rivela un fattore di ostacolo all’opportuna correzione di «errori passati» o all’adeguamento di una regola di condotta «alle mutate condizioni» della vita di relazione; e osservando come una tale efficacia retroattiva non debba essere considerata alla stregua di un carattere indefettibile delle pronunzie giurisdizionali, conclude che sarebbe giunto il momento di implementare, di siffatta revoca giudiziale, un modello alternativo.

¹¹¹ H.C. Black, *op. cit.*, p. 187. D’altronde *stare decisis* si presenta – da sempre –, formalmente, come regola senza sanzione. A tal proposito, tuttavia, U. Mattei, *Common Law, cit.*, p. 233, nt. 95 ipotizza – in armonia con i principi generali – che, assolvendo il giudice alla propria funzione giurisdizionale sotto giuramento, il *remedy all’overruling* ingiustificato *potrebbe* essere costituito dall’*impeachment*; al contempo si tenga presente che nessun giudice di *common law* risulta essere mai stato sottoposto a tale procedimento per simile ragione.

¹¹² Dal titolo del già citato saggio di R.J. Traynor, *op. cit.*

D’altronde, in ogni ambito della *doctrine of binding precedent*, si sconta il suo carattere di obbligazione non etero-imposta, ma auto-imposta dagli stessi giudici; di qui l’assenza di basi normative che disciplinino l’uso (e reprimano l’eventuale abuso nell’interpretazione/applicazione) dei precedenti.

evitare che in certi ambiti sorgano le illustrate criticità conseguenti all'efficacia retroattiva delle decisioni¹¹³. Al fine di tutelare l'affidamento¹¹⁴ che l'individuo ripone nelle regole poste e via via consolidate nel tempo dalla fonte giurisprudenziale, appariva giusto garantirgli che la disciplina sulla quale si era basato per «governare i suoi affari»¹¹⁵ non venisse d'improvviso spazzata via da una decisione diversa dalla precedente, a conseguente detrimento dei propri diritti e interessi.

È questo il caso delle *rules of property* e delle *rules of contract*¹¹⁶; alle quali si aggiungono anche le *rules of procedure* (o *rules of practice*), per le quali è previsto il medesimo rigore, anche se la *ratio* del privilegio risulta parzialmente diversa, sembrando dovuta piuttosto al fatto che le questioni di procedura rilevavano come strumento uniforme per adire il giudice, e quindi come base dell'organizzazione del lavoro degli avvocati¹¹⁷.

Non si rinviene lo stesso tipo di preoccupazione – e pertanto si dà maggior facilità di *overruling* – per quel che concerne, invece, le decisioni in tema di liceità/illiceità di una condotta; il discorso interessa principalmente, quindi, il diritto penale sostanziale: si pensi alla decisione di ritenere la condotta A integrante o non integrante la fattispecie di reato X¹¹⁸. Lo stesso vale in ambito privatistico, in tema di *torts, fraud, good faith* e *negligence*, là dove si valorizza l'importanza del ricorso al *distinguishing* in ragione della peculiarità dei singoli casi; ancora, in materia di *public policy*, prevalentemente nel diritto nordamericano, preferendosi ancorare decisioni sostanzialmente politiche alla Costituzione, piuttosto che ai precedenti¹¹⁹.

Ad ogni modo, risulta sempre possibile l'*overruling* in tutti i casi di precedente chiaramente 'sbagliato' o 'assurdo', ossia reso *ab iniuria*, in palese contrasto con i principi dell'ordinamento, quando il giudice successivo è di pari livello del primo; mentre più dubbia è la questione del se – versando nella medesima situazione – all'*overruling* possa procedere un giudice di corte inferiore. Qui, gli autori della teoria classica più lontani dalla corrente blackstoniana¹²⁰ concludono nel senso della pacifica aderenza al vincolo¹²¹.

¹¹³ Per una panoramica sulle materie di seguito elencate, cfr. R.S. Summers, *Comparative Legal*, cit., p. 22, nonché U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 233.

¹¹⁴ La tutela dell'affidamento è tematica che continuerà ad essere avvertita come assolutamente centrale. A testimonianza di ciò, si è già richiamato *supra*, par. 1.2.2. il contenuto del *practice statement* del 1966.

¹¹⁵ H.C. Black, *op. cit.*, p. 237.

¹¹⁶ Cfr. W. Larremore, *Stare Decisis and Contractual Rights*, in *HLR* 1908, p. 182.

¹¹⁷ Cfr. U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 234.

¹¹⁸ Ma sul punto si tornerà più dettagliatamente *infra*, par. 2.6. Qui basti accennare che l'effettiva portata operativa del fenomeno risulta alquanto ridimensionata.

¹¹⁹ Cfr. U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 234.

¹²⁰ Si ricordi di quell'assunto della teoria dichiarativa – peraltro più sopra analizzato alla stregua di una contropinta, di matrice giusnaturalistica, sul piano teorico, al rigido *stare decisis* – secondo cui un precedente reso *ab iniuria* non è diritto, e in quanto tale non deve essere seguito dal giudice successivo che sarebbe chiamato a ciò. In tal senso, quindi, non dovrebbero sussistere dubbi in ordine alla vincolatività o meno del precedente di una corte superiore nei confronti di una corte inferiore: la corte inferiore non deve adeguarsi al precedente sbagliato (*rectius*: si deve discostare da un precedente che aveva evidentemente 'male dichiarato' il diritto), al fine di 'meglio dichiarare ciò che il diritto veramente è'; v. anche *supra*, nt. 110.

¹²¹ Così, ad esempio, W.H.H. Miller, *The Use and Value of Authorities*, in *American L. Rev.* 1889, p. 167 (citato in U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 227): il valore della «uniformità dell'amministrazione della giustizia» vuole che

Nel caso in cui, invece, il precedente appaia soggettivamente ‘ingiusto’ o comunque ‘non condivisibile’ al giudice chiamato a seguirlo, da un punto di vista teorico, l’impostazione classica – anche nelle materie ‘non privilegiate’ – impone l’aderenza al vincolo, là dove la tutela del «*corpus del diritto*» prevale sulle ragioni del singolo individuo¹²².

2.4.1.1. Non può non registrarsi una odierna realtà operativa in cui l’esperienza inglese e quella nordamericana si differenziano alquanto, e che si traduce in un diverso ricorso all’*overruling* nei due sistemi. Se, difatti, nel sistema inglese non sembra essere effettivamente contemplato un potere di tal guisa – almeno fino al *practice statement* del 1966, che peraltro, come si è visto, è rimasto in notevolissima misura confinato al piano declamatorio –, in quello nordamericano pare che l’*overruling* si sia sempre utilizzato, seppure in modo graduale¹²³, «come un lento sistema per portare i vecchi principi in armonia con le idee moderne»¹²⁴. A tale riguardo, può essere utile fotografare le ragioni («*seriuos and strong reasons*»¹²⁵) poste alla base dei mutamenti di giurisprudenza della *New York Court of Appeals*, in quanto sembrano rappresentare in modo paradigmatico le inclinazioni del giudice statunitense sul punto. In buona sostanza, possono descriversi tre «*major types*» di «*justified overruling*»¹²⁶: a) alla luce di sviluppi o innovazioni tecnologiche, allorquando un dato precedente si presenti inevitabilmente obsoleto¹²⁷; b) in seguito a profondi mutamenti socio-culturali, allorquando i principi e le ragioni su cui si è basato un dato precedente risultino non più tollerabili¹²⁸; c) quando, sulla base dell’esperienza successiva, si ritenga che un dato precedente sia erroneo – o «*ill-conceived*» – fin dall’inizio¹²⁹.

Tirando le fila di quanto sin qui detto, si può concludere, con Mattei, che un giudice superiore di *common law*, di fronte a un precedente pertinente, serba poteri di notevolissima

le corti sottordinate seguano i precedenti «senza esitare», pur nutrendo la convinzione dell’invalidità o infondatezza di questa o quella decisione.

¹²² La posizione è chiaramente espressa in H.C. Black, *op. cit.*, p. 212, citato in U. Mattei, *Common Law, cit.*, p. 232.

¹²³ Alquanto gradualmente l’*overruling* veniva esercitato durante la stagione più rigida del vincolo del precedente negli Stati Uniti, in cui – come si vedrà a breve, par. 2.5.1. – detenevano notevolissimo rilievo gli assunti della teoria classica e predominava la corrente giuridica formalista.

¹²⁴ E. Wambaugh, *op. cit.*, p. 108, citato in U. Mattei, *Common Law, cit.*, p. 232.

¹²⁵ Come le aggettiva N. Duxbury, *op. cit.*, pp. 117 e 119.

¹²⁶ N. MacCormick e R. Summers, *op. cit.*, pp. 396-397.

¹²⁷ V. per esempio l’*opinion* del giudice Cardozo in *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. (1916): «*the things subject to the principles do change (as) the needs of life in a developing civilization require*».

¹²⁸ V. per esempio *Woods v. Lancet*, 303 N.Y. 349 (1951), che ha *overruled Drobner v. Peters*, 232 N.Y. 220 (1921) – in cui si affermava che un bambino non poteva essere risarcito per lesioni prenatali subite nel nono mese di gravidanza – al dichiarato fine di «*adapt and alter (the) decisional law to produce common-sense justice*».

¹²⁹ V. per esempio *People v. Nixon*, 248 N.Y. 182 (1928) – in cui si affermava che l’imputato in un processo penale senza giuria non potesse presentare istanza formale di opposizione al fine di far valere nel grado di impugnazione la mancanza di prove per un mandato di arresto nei suoi confronti – là dove, dopo aver sottolineato quanto sia opportuno «esitare» prima di procedere all’*overruling* di un proprio precedente, si conclude: «*it is duty (of the Court) to refuse to perpetuate previous error*».

incidenza: (i.) estrarre la *ratio decidendi* e, così, autovincolarsi; in alternativa (ii.) distinguere¹³⁰; ovvero ancora (iii.) il giudice nordamericano – come in parte, oggi, pure quello inglese – potrà valutare discrezionalmente se mutare o meno giurisprudenza. Tutte e tre le operazioni rappresentano «gradi diversi di un generale limite alla teoria *stare decisis*»¹³¹.

2.4.2. Una ulteriore tecnica di indebolimento del precedente¹³² è il cd. *undermining*.

La nozione può essere compresa muovendo dalla lezione di Cross¹³³, il quale evidenzia come possa propriamente parlarsi di *overruling* (solo) allorquando venga – «*expressly or by implications*» – affermato che il giudice, nella decisione precedente, in forza di quella *ratio decidendi*, abbia giudicato «in favore della parte sbagliata»; ad essere censurata è dunque l'applicazione di una *ratio* che ha portato ad esiti opposti rispetto a quello ritenuto 'giusto'. Ne deriva che, in forza della diversa *ratio* affermata in sede di *overruling*, i successivi casi analoghi saranno decisi in modo contrario rispetto a quello relativo al precedente superato¹³⁴.

Ebbene, può accadere anche che un precedente venga ritenuto non (più) vincolante a seguito della pronuncia di una corte superiore, che tuttavia non lo ha pienamente *overruled*. È il caso di una corte inferiore che – nel 2020 – si trovi a dover prendere in esame un precedente della corte d'appello – del 2015 –, il quale era basato a sua volta su di un precedente della Corte Suprema – del 2014. Avviene che, nel momento in cui deve pronunciarsi sul caso, il giudice inferiore si accorge che il suddetto precedente di corte d'appello è stato invero

¹³⁰ Cfr. V. Marinelli, *op. cit.*, p. 17, che – definendo il *distinguishing* come l'attribuire «spessore giuridico» a una diversità fattuale tra due casi posti a confronto, con il medesimo effetto di «svincolare» il giudice dall'autorità di una precedente pronuncia, così legittimando una diversa «scelta interpretativa» – ritiene ancora valide le considerazioni di J.A. Iliffe, *Lineamenti di diritto inglese*, trad. it. di F. Gambaruto e G. Longo, Padova 1966, p. 62, il quale afferma che l'utilizzo della tecnica del distinguo rimane di gran lunga preferibile per i giudici anglo-americani (soprattutto inglesi), tendenzialmente restii a giungere all'*overruling* con la motivazione che un precedente non merita di essere condiviso o è senza dubbio 'sbagliato': essi infatti, quando ve ne sono le condizioni, sono soliti dire che «una certa questione è emersa o è maturata solo in un secondo tempo» ovvero che «il caso attuale non corrisponde esattamente a quello già visto».

Bisogna poi tenere in considerazione il fatto che l'*overruling* può essere esercitato solo dalla corte (superiore) che, a seconda dei casi, può procedervi; al contrario, distinguere è operazione interpretativa cui può giungere un qualsiasi giudice inferiore. Dunque l'utilizzo del *distinguishing* in luogo dell'*overruling* è quantitativamente più elevato anche per questa fondamentale ragione. Coerentemente, V. Marinelli, *op. cit.*, p. 17, conclude che il *distinguishing* può costituire efficace strumento – per il giudice inferiore – al fine di discostarsi in modo 'indiretto' dal precedente vincolante di una corte superiore.

¹³¹ U. Mattei, *Common Law, cit.*, p. 232, nt. 94. Si v. poi *supra* nt. 108 per le ulteriori possibili 'prese di distanza' dal precedente.

¹³² Secondo G. Sartor, *op. cit.*, si tratterebbe di un sotto-tipo di *implied overruling*.

¹³³ R. Cross e J.W. Harris, *op. cit.*, pp.129-130.

¹³⁴ Il discorso è ipotizzato dall'A. in materia civile, ma non si rinvengono ostacoli nell'immaginarlo anche in campo penale: si pensi al mutamento giurisprudenziale mediante il quale la condotta A, fino ad oggi ritenuta integrante la fattispecie di reato X in forza di una decisione precedente Z, venga considerata ora penalmente irrilevante mediante l'*overruling* di Z. L'esito dei futuri casi analoghi sarà necessariamente opposto rispetto a quello relativo al precedente superato: se fino ad oggi si veniva condannati per aver posto in essere A, da oggi e per i casi a venire (fino ad eventuale nuovo cambiamento di rotta), qualora si giunga a processo per aver posto in essere la medesima condotta, si verrà assolti perché il fatto non costituisce reato.

‘scalfito’ da una successiva decisione della Corte Suprema – del 2017 –, la quale non lo ha *stricto sensu* superato, ma in cui si è affermato che corte d’appello 2015 aveva «*misinterpreted the authorities*» su cui si basava Corte Suprema 2014. Posto questo, se interpretiamo «*misinterpretation*» come travisamento e «*authorities*» come ragioni giustificatrici di quella decisione (e quindi come *rationale*), potrebbe trattarsi di un ammonimento di Corte Suprema 2017 circa un travisamento del *rationale* di Corte Suprema 2014. Quindi non si screditerebbe la *ratio* in sé (la quale, invece, ben potrebbe ritenersi ancora valida, anche per il caso di specie pendente dinanzi al giudice inferiore 2019), quanto piuttosto le ragioni giustificatrici adottate da corte d’appello 2015, ragioni frutto dell’erronea interpretazione di quelle a fondamento di Corte Suprema 2014. In una situazione siffatta, il giudice inferiore 2019 come dovrebbe muoversi? Costui si troverebbe, infatti, da una parte non obbligato a seguire il precedente di corte d’appello 2015, e dall’altra neanche obbligato a discostarsene per effetto di Corte Suprema 2017: il giudice inferiore 2019 è soltanto vincolato a non applicare il precedente 2015 sulla base delle ragioni giustificatrici adottate in quell’occasione. Ciò significa che se non rinviene un altro *rationale* idoneo di supporto non potrà sussumere il fatto entro quella *ratio decidendi*, dovendo quindi costruirne una nuova, essendo a questo punto in presenza di un *leading case*; se viceversa lo rinviene potrà farlo, finendo sostanzialmente per convergere con l’esito decisionale di corte d’appello 2015 (e senza disattendere Corte Suprema 2017). Si comprende, allora, la necessaria premessa circa il differente effetto dell’*overruling* rispetto a quello dell’*undermining*: il secondo non è equiparabile al primo, poiché operare un *undermining* non significa superare il precedente (la *ratio*), ma screditarne le ragioni logico-giuridiche (il *rationale*); un *undermining*, se ascoltato dal giudice inferiore, dunque, non necessariamente conduce a un esito decisionale opposto rispetto a quello relativo alla decisione *undermined*¹³⁵.

2.4.3. Vi sono ipotesi, infine, in cui è fatto chiaro divieto di non seguire una certa decisione precedente: allorquando, cioè, essa sia stata emessa *per incuriam*, ossia in contrasto con la disposizione di uno *statute* o con un precedente vincolante¹³⁶. A ciò si aggiunga l’ipotesi in cui un precedente non risulti più operante a causa di un intervento legislativo che disciplini in

¹³⁵ L’*undermining*, insomma, «*does not... involve the logical fallacy of asserting that the falsification of the premisses necessarily falsifies the conclusion*».

¹³⁶ Con l’avvertenza che nel caso di decisione in contrasto con un precedente, essa può correttamente considerarsi emessa *per incuriam* solo qualora non provenga da una corte in grado di esercitare il potere di *overruling* del precedente in contrasto con la decisione da essa emanata. Ipotizziamo il caso in cui la corte d’appello dello Stato di New York emetta una decisione che si ponga in contrasto con un proprio precedente sulla medesima questione: si è già detto che le corti intermedie statali americane non si sentono rigidamente autovincolate alle proprie decisioni, dunque in tale evenienza si tratta di un *overruling* implicito (in quanto tale pienamente vincolante in senso verticale verso i giudici inferiori del medesimo Stato per i futuri casi analoghi), non già come una decisione emessa *per incuriam* (in quanto tale non vincolante). Avere chiaro questo passaggio, allora, è fondamentale poiché nel primo caso la decisione si presenterà *binding* per il futuro, nel secondo assolutamente no. Diversamente, è effettivamente emessa *per incuriam*, e pertanto non vincolerà i giudici inferiori per i casi futuri, la decisione con cui la medesima corte d’appello non rispetti un precedente pertinente della corte suprema del medesimo Stato.

modo diverso, rispetto al precedente fino a quel momento valido, una medesima fattispecie (una forma di abrogazione per *ius superveniens*).

Vogliamo sottolineare come in questi casi non si è di fronte a ulteriori limiti alla *doctrine of binding precedent*: una decisione emessa *per incuriam* ovvero un precedente revocato dalla disposizione di uno *statute* semplicemente non sono precedenti vincolanti (non lo sono mai stati nel primo caso e non lo sono più, a partire dall'entrata in vigore della legge, nel secondo), esulando, così, dall'ambito di operatività della regola *stare decisis* e non serbando alcun *coercive effect*.

2.5. Il rigido vincolo del precedente proprio della teoria classica – che, si è già detto, persiste in via tendenziale in Inghilterra, mentre sembra abbandonato più velocemente in America, come risulta anche da un più disinvolto ricorso all'*overruling* – è stato reso più flessibile in entrambi gli ordinamenti da una serie di tecniche di lavoro che si sviluppano nel diritto giurisprudenziale di *common law*, venendo a costituire quella che può definirsi come la moderna dottrina del precedente¹³⁷.

2.5.1. Su di un fronte, il valore persuasivo di alcune *dissenting opinions*, mediante le quali si esprimono le critiche alle posizioni giuridiche della maggioranza, costituisce una leva efficace per limitare il valore del precedente e scalfirne l'autorevolezza, di talché, conseguentemente a ripetute erosioni di una decisione da parte di uno o più giudici, anche gli altri finiscano per abbandonare una certa linea giurisprudenziale¹³⁸.

Su di un piano diverso, accanto a questa prassi, sia in Inghilterra che (soprattutto) negli Stati Uniti, la regola astratta dello *stare decisis* viene ulteriormente mitigata, in concreto, da un ampio ventaglio di possibilità di interpretazione, utilizzo, destrutturazione, screditamento e accantonamento del precedente a disposizione del giudice; si tratta di strumenti tecnici elaborati in via giurisprudenziale che, peraltro, animano anche gli aspetti patologici del sistema, potendosi nella sostanza rivelare tecniche elusive (o manipolative)¹³⁹ del vincolo precedenziale.

¹³⁷ L'espressione è utilizzata da U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 235.

¹³⁸ A tal proposito si può fare riferimento alla *dissenting opinion* dell'*Associate Justice Harlan*, in occasione di *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), caso in cui si vagliava la legittimità costituzionale della regolamentazione segregata dei mezzi di trasporto (dei treni, nel caso di specie); in forza della dottrina '*separate but equal*', la Corte Suprema federale concludeva nel senso della legittimità costituzionale della segregazione razziale, purché i servizi offerti sui treni di linea fossero di eguale qualità (dunque senza alcuna differenziazione per bianchi e neri, ma con la facoltà di collocare gli uni e gli altri in carrozze differenti). In quell'occasione il giudice Harlan affermò invece che «*the Constitution is color blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens*». Tale opinione dissenziente dava voce ad una sensibilità sociale che stava cambiando, anche tra i giudici. Si arrivò così all'*implied overruling* di *Plessy* con *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1955), in cui si dichiarava la segregazione razziale costituzionalmente illegittima in sé. Da qui, peraltro, sorsero le condizioni per una legislazione sui diritti civili che culmina nel *Civil Rights Act* del 1964. Cfr. al riguardo V. Varano – V. Barsotti, *op. cit.*, p. 350.

¹³⁹ V., tra gli altri, V. Varano – V. Barsotti, *op. cit.*, p. 313 ss. Gli AA. utilizzano sistematicamente tale espressione per sottolineare la discrezionalità del giudicante anglo-americano nel mitigare o aggirare la vincolatività di un

2.5.1.1. Negli Stati Uniti, in particolare, lo *Shepard Citor*¹⁴⁰ rende conto accuratamente e sistematicamente delle diverse applicazioni di tali tecniche a tutte le decisioni di tutte le giurisdizioni, attribuendo a ciascuna di esse una lettera corrispondente. La struttura (dei relativi volumi, e oggi anche della piattaforma *online*) è lineare: si traspongono tutte le decisioni delle corti di un certo Stato (o di quelle federali) inserite nei *reports*; sotto ogni precedente è inserita – e naturalmente aggiornata – l’elencazione di tutte le successive decisioni (delle altre corti statali o federali, o della stessa corte che l’ha emesso) che lo hanno *cited*, accompagnate da una lettera che indica nella sostanza in che modo è stato utilizzato quel dato precedente nella decisione citante, nonché dagli estremi di localizzazione di quest’ultima, ossia in quale *report* essa si trovi.

L’analisi dei rapporti tra decisione citante e precedente citato può essere condotta alla luce di due diversi livelli di interazione tra la prima e il secondo: il primo livello attiene al ‘*Case History*’ (i.), e indica come la citante si sia pronunciata riguardo a un citato formatosi in una fase antecedente di quello stesso procedimento (si pensi al rapporto che può instaurarsi tra una decisione emessa in grado di appello che prende in esame quella emessa all’esito del giudizio di primo grado); il secondo livello si riferisce invece al ‘*Treatment and Related Cases*’ (ii.), e descrive per l’appunto il trattamento che la citante abbia riservato al precedente citato formatosi in relazione a un caso diverso (in un diverso procedimento). Graficamente, lo *Shepard* indica le varie modalità di citazione attraverso una serie di abbreviazioni¹⁴¹. Così, con riguardo ai rapporti tra le pronunzie del tipo *sub* (i.), si potranno rinvenire, ad esempio, le sigle ‘**a**’ (che sta per ‘*affirmed*’: la citante ha confermato nel successivo grado di giudizio la validità del precedente citato); ‘**m**’ (che sta per ‘*modified*’: la citante ha modificato il contenuto del precedente citato); o ‘**D**’ (che sta per ‘*dismissed*’: la citante ha negato l’*appeal* avverso il precedente citato)¹⁴². Con riguardo ai rapporti tra le pronunzie del tipo *sub* (ii.), invece, oltre alle sigle ‘**f**’ (*‘followed’*), ‘**d**’ (*‘distinguished’*) od ‘**o**’ (*‘overruled’*), indicative di fenomeni già descritti, si potranno rinvenire pure le lettere ‘**c**’ (che sta per ‘*criticized*’: pur non rifiutandosi di applicare il precedente, la citante lo ha sottoposto a critica, in relazione alle premesse o alle conclusioni); ‘**e**’ (che sta per ‘*explained*’: la citante ha meglio determinato l’ambito di operatività del precedente citato, aggiungendo qualcosa in più rispetto ai contenuti della

dato precedente.

¹⁴⁰ Curato (nella versione *online*) da Lexis-Nexis e accessibile tramite questo *link*: <http://www.lexisnexis.com/hottopic/lnacademic/?verb=sf&sf=ACo7STCseCmnSrch>.

¹⁴¹ Tutte le abbreviazioni che seguono – nel testo e in nota – sono riscontrabili nella prima pagina di qualsiasi volume dello *Shepard*.

¹⁴² Ovvero ancora ‘**cc**’ (che sta per ‘*connected case*’: diverso rispetto a quello per il quale il precedente citato è sorto, ma più o meno strettamente connesso con quest’ultimo); ‘**s**’ (che sta per ‘*same case*’: la citante richiama il precedente per pronunciarsi su di un caso analogo a quello per il quale il precedente citato è sorto); ‘**r**’ (che sta per ‘*reversed*’: la citante ha rovesciato in un successivo grado di giudizio il precedente citato); o ‘**S**’ (che sta per ‘*superseded*’: la citante ha sostituito, in sede di impugnazione, la base giustificativa del precedente citato con una nuova, ossia ne ha mutato il *rationale*).

motivazione del giudice precedente); o 'h' (che sta per 'harmonized': la citante ha conciliato una apparente non pertinenza tra il precedente citato e altro/altri precedenti)¹⁴³.

Per facilitare la ricerca dell'operatore, inoltre, nello *Shepard* si dà anche conto di tutti i *reports* in cui compare il precedente da cui origina l'elenco delle successive decisioni citanti ('*Parallele Citations*')¹⁴⁴; vengono riportate, altresì, le volte in cui un dato precedente viene citato nelle opinioni dell'*Attorney-General*, nonché nelle più accreditate riviste di dottrina ('*Secondary Material and Annotations*')¹⁴⁵¹⁴⁶.

Nondimeno, tali operazioni sono conosciute e utilizzate – seppur in minor misura – anche in Inghilterra, operando una delegittimazione del precedente sul piano pratico che risulta per certi versi più incisiva di un esplicito intervento quale il già menzionato *Practice Statement*¹⁴⁷. Un *overruling*, in effetti, appare più spesso come il risultato finale della lenta erosione dell'autorevolezza di un precedente, sottoposto ripetutamente alle tecniche appena descritte (magari sistematicamente *questioned*), piuttosto che per applicazione immediata dell'intervento regolamentare.

Guardando a un panorama siffatto, pare doveroso concludere che il *corpus* del diritto giurisprudenziale – pure in un sistema di *common law* –, lungi dall'essere costituito da uno sterminato numero di elementi che vivono ciascuno nella propria singolarità, si presenta piuttosto come una serie di (innumerevoli) linee di decisioni, per ciò necessariamente plurali, così che la portata del singolo precedente – al pari del singolo tassello di un mosaico – possa essere autenticamente intesa solo nell'economia della rete di precedenti che si formano su di una determinata materia – solo, cioè, guardando al disegno più generale che ne risulta delineato. La ricerca, l'interpretazione e l'applicazione della *ratio decidendi*, allora, si rivelano

¹⁴³ Ovvero ancora 'q' (che sta per 'questioned': la citante applica il precedente citato, ma si esprime in termini dubitativi sulla sua validità, mettendo in discussione – in astratto – il suo *rationale* o il suo contenuto); 'L' (che sta per 'limited': la citante ha chiarito che di un certo precedente deve essere data un'interpretazione restrittiva, così limitando il suo ambito di operatività rispetto a come esso poteva apparire ovvero a come esso era stato anteriormente inteso); 'j' (che sta per 'dissenting opinion': si dà conto che nella citante un certo precedente è stato citato nell'opinione dissenziente di un determinato giudice, non già nella *opinion of the court*).

Vogliamo anche sottolineare che il soggetto curatore degli elenchi dello *Shepard* basa l'attribuzione di una certa sigla a una certa pronunzia in base a come risulta essersi espressa la corte o il singolo giudice di quella pronunzia; con spazi di manovra, dunque, pressoché nulli (per quanto nel caso di riconoscimento di un *implied overruling* si potrebbe registrare un margine di apprezzamento tendenzialmente più ampio). Il rigore dell'operazione di siglatura è testimoniato anche dall'indicazione dell'esatto numero di pagina in cui è stato rinvenuto quel determinato utilizzo del precedente citato.

¹⁴⁴ Ciò poiché è frequente che una stessa decisione sia contenuta all'interno di diverse raccolte giurisprudenziali (basti pensare che, come si vedrà a tempo debito, esistono *law reports* ufficiali e non ufficiali, ossia privati, in genere accreditati tanto quanto i primi), e il modo di riportare un certo precedente varia a seconda della raccolta che lo contiene; così, è interesse dell'operatore avere contezza di tutte le sedi che lo ospitano.

¹⁴⁵ È fatta menzione, ad esempio, delle citazioni delle sentenze delle corti federali da parte dell'*American Bar Association Journal*, con l'indicazione del relativo numero di pagina.

¹⁴⁶ Nei lunghi elenchi dello *Shepard*, chi procede alla consultazione è in grado di orientarsi tra i quattro binari di ricerca (citazioni plurime, storia del caso, trattamento del caso e annotazioni e commenti vari) in quanto ognuno di essi è contrassegnato, rispettivamente, dai numeri 1, 2, 3 e 4. I numeri compaiono a *lettere* delle varie colonne che compongono gli elenchi in modo da indicare vari sottoinsiemi corrispondenti al loro contenuto.

¹⁴⁷ *Supra*, par. 1.2.2.

essere momenti che animano una dinamica corale di lavoro: l'esito di un tale processo metodologico condurrà alla (ri-)costruzione di una regola di diritto non già autoreferenziale, bensì frutto di scelte e valutazioni condotte nel tempo e 'a più voci'. Così si coglie, peraltro, l'importanza di 'shepardizzare' un precedente al fine di prendere contezza del suo *state of authority* (ossia del suo valore precedenziale).

E d'altra parte – seguitando con considerazioni di carattere comparativo – il fiorire di tutte le tecniche di erosione e manipolazione del precedente più sopra descritte non fa che rivelare quanto sia intimamente radicata e persistente quella 'cultura del precedente' che caratterizza gli ordinamenti di *common (rectius, la mentalità dei common lawyers)*, il cui fulcro essenziale è costituito dal profondo ossequio all'aderenza al vincolo 'distinguendo' in maniera ragionevole, in decisa tensione uniformante verso certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni. Allora sembra proprio tale substrato culturale (prima che giuridico) – sostanziandosi in una convinzione di base per cui i precedenti normalmente vanno seguiti, e che la giurisprudenza 'si fa' a nome collettivo – che in un certo senso costringe il giudice alla ricerca di *escamotages* di tal guisa, e in assenza del quale – come si è autorevolmente osservato – il giudice, più semplicemente, si limiterebbe a superare il precedente non condiviso¹⁴⁸.

Se qualche autore – proprio in considerazione del comune utilizzo dell'armamentario di strumenti in discorso, i quali conferiscono ai giudici anglo-americani «poteri (decisionali) in pratica non dissimili da quelli dei loro colleghi continentali»¹⁴⁹ – si è spinto a ipotizzare una sostanziale convergenza tra i sistemi di *civil e common law*, per quanto concerne l'ordinamento italiano l'opinione preferibile continua invece a evidenziare una profonda differenziazione, non tanto sul piano giuridico-formale in tema di fonti del diritto – posto che, con la dovuta cautela da osservare nell'accennare alla questione, si fanno sempre più accreditate le tesi che riconoscono valore creativo all'interpretazione giurisprudenziale – quanto piuttosto su quello culturale che, riflettendosi inevitabilmente sul metodo con cui si arriva alla decisione¹⁵⁰, genera, infine, ricadute operative di non poco rilievo.

2.5.2. Sempre in considerazione dell'incidenza di fattori culturali e di altri fattori per così dire istituzionali, in America – se si fa eccezione per il breve periodo in cui l'influenza della corrente formalista registratasi a partire dal 1870 ca. (Langdell¹⁵¹, Black e Wambaugh)

¹⁴⁸ Cfr. a tale ultimo riguardo U. Mattei, *Common Law, cit.*, p. 237.

¹⁴⁹ U. Mattei, *Common Law, cit.*, p. 235.

¹⁵⁰ In tal senso P. Kauper, *La regola del precedente e la sua applicazione nella giurisprudenza costituzionale degli Stati Uniti*, in G. Treves (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino 1971, p. 220, in contrapposizione a G.A. Micheli, *Contributo allo studio della formazione giudiziale del diritto ("case law" e "stare decisis")*, Pavia 1939, p. 54 ss., il quale già ottant'anni fa arrivava ad affermare che in America non esiste precedente vincolante. Il primo ribatte condivisibilmente al secondo, per l'appunto, che la flessibilità dei giudici americani nei confronti della regola *stare decisis* non sta ad indicare che la dottrina del precedente abbia perso il suo 'significato' oltreoceano o che non incida «sul metodo con cui si arriva alla decisione».

¹⁵¹ Il quale, con l'introduzione del suo *case method* in qualità di Preside della *Harvard Law School* – poi diffusosi come metodo dominante in tutte le altre *law schools* americane –, secondo molti può essere considerato padre del formalismo giuridico. V. C.C. Langdell, *A Selection of Cases on the Laws of Contracts* (1871), in K. Hall,

produsse un tendenziale maggior irrigidimento della regola¹⁵² – si recupera già a partire dagli anni '20 del secolo scorso una interpretazione decisamente più flessibile del vincolo.

Pare opportuno tentare di rappresentare, almeno per grandi linee, alcuni tra i principali elementi che della specificità del panorama giurisprudenziale d'oltreoceano sono all'origine, e che, come vedremo di seguito, continuano a caratterizzare il sistema fino ai nostri giorni.

In primo luogo, si è già fatto cenno all'uso relativamente disinvolto dell'*overruling*, come risulta anche dal fatto che la Corte Suprema federale degli Stati Uniti non si è mai sentita rigidamente vincolata ai suoi precedenti¹⁵³. Ciò è dovuto in larga parte alla presenza di una Costituzione (1787), scritta e rigida, da collocarsi al vertice della gerarchia delle fonti normative per l'espressa previsione di cui all'art. VI, che qualifica la medesima – unitamente alla legge federale – «*supreme law of the land*» e alle cui clausole – generali e aperte – il diritto giurisprudenziale si deve necessariamente attenere, tenendo conto del mutare nel tempo dei fenomeni e delle circostanze politico-sociali, ciò comportando, con una certa logica semplicità, pure il superamento del precedente obsoleto o comunque non più adatto (in luogo del lungo e complesso *iter* di emendamento costituzionale¹⁵⁴).

In secondo luogo, la stessa struttura federale dell'ordinamento, articolata in cinquanta diverse giurisdizioni – i cui due terzi di prevedono due gradi di giudizio e una corte suprema statale di ultima istanza, mentre nel restante terzo manca il grado intermedio – con l'aggiunta del sistema giudiziario federale, si riflette in una giurisprudenza naturalmente plurale e multiforme, posto che (a) le corti supreme di ciascuno stato non sono tra loro vincolate; come neppure lo sono (b) le corti di appello federali né (c) le corti statali di grado intermedio; il vincolo all'autoprecedente (d), infine, non è mai stato inteso in termini granché rigidi¹⁵⁵: in sostanza un deciso ossequio allo *stare decisis* si rinviene solo a livello verticale in termini di stretta vincolatività delle pronunzie della Corte Suprema federale nei confronti di tutte le altre

W.M. Wiecek, P. Finkelman, *American Legal History. Cases and Materials*, Oxford 1991.

Un riferimento al *case method* in relazione al tema della (varia e plurale) giurisprudenza nordamericana è presente in R. Cross e J.W. Harris, *op. cit.*, p. 18, là dove si riporta che, nell'insegnamento, l'analisi di una certa questione è di regola condotta alla luce (oltre che delle sentenze della Corte Suprema federale) della diversa giurisprudenza di diversi stati: così si mira a rinvenire la «*best solution of a problem*».

¹⁵² Si ricordi l'affermazione di E. Wambaugh, *op. cit.*, p. 108, secondo il quale si configurava «un sistema di *stare decisis* leggermente temperato dal potere di *overruling*».

¹⁵³ Anche se il fenomeno non è da sopravvalutarsi. Cfr. sul punto U. Mattei, *Common Law, cit.*, p. 239, nt. 123 il quale osserva che il numero dei casi di *overruling* non risulta quantitativamente altissimo e comunque sempre accompagnato da veementi *dissenting opinions*.

¹⁵⁴ Cfr. sul punto U. Mattei, *Stare decisis, cit.*, pp. 286-287. L'argomento a sostegno dell'*overruling* dei propri precedenti in materia costituzionale che viene sistematicamente richiamato è quello che si deve all'*Associate Justice Louis Brandeis*, in occasione della sua *dissenting opinion* in *Burnet v. Colorado Oil and Gas Co.* 285 U.S. 393 (1931). Mattei evidenzia altresì come la posizione del giudice Brandeis sull'*overruling* al di fuori della materia costituzionale si ponga sulla stessa scia della giurisprudenza inglese *ante* 1966, che – come si è visto – attribuiva al solo legislativo il potere di superare un proprio precedente.

¹⁵⁵ Ciò non toglie che alcune sentenze abbiano una notevole efficacia persuasiva e che in alcuni ambiti si manifesti un alto grado di uniformità giurisprudenziale: basti pensare autorevolissime decisioni della Corte Federale d'Appello del *Second Circuit* in materia commerciale e delle pronunce della Corte Suprema della California in tema di diritti civili. Cfr. sul punto V. Varano – V. Barsotti, *op. cit.*, p. 365.

corti (federali e statali), nonché con riguardo alle decisioni delle corti supreme statali nei confronti dei giudici inferiori appartenenti alla medesima giurisdizione. Questo è scenario di notevole interesse: se da un lato è già emerso il rilievo da attribuirsi al ‘trattamento’ del precedente nel tempo ad opera delle successive decisioni ‘citanti’¹⁵⁶, dall’altro emerge ora che in America la facilità di *overruling* e la pluralità di giurisdizioni fa sì che il referente da assumere non sia costituito tanto dai singoli precedenti (pur sotto forma di ‘linee di decisioni’), quanto piuttosto dall’insieme degli orientamenti giurisprudenziali sorti su di una medesima questione¹⁵⁷.

In terzo luogo, il sistema di *law reporting* – sul cui ruolo fondamentale nel sistema a partire dalla seconda metà dell’800 ci si soffermerà in seguito¹⁵⁸ – mette a disposizione una ingente mole di precedenti, soprattutto al livello di corti federali, pubblicate peraltro integralmente¹⁵⁹ grazie alla digitalizzazione delle raccolte.

In quarto luogo, l’istituzione delle *Law Schools* e il conseguente sviluppo della formazione universitaria, intesa come studio teorico-dottrinale del diritto, è risultato elemento imprescindibile per la costruzione della mentalità critica del giurista americano, più resistente a soggiacere alla burocratizzazione della regola positivista dello *stare decisis*, da cui discende peraltro la fioritura di una dottrina affermata e influente¹⁶⁰.

Infine, a seguito della parentesi del rigido vincolo più sopra richiamata, il superamento del formalismo, avviato da Oliver W. Holmes¹⁶¹ (già a partire dall’ultimo decennio dell’Ottocento), prepara la strada alla scuola sociologica di Roscoe Pound, la quale, affermando con decisione il ruolo creativo del giudice – mediatore tra il valore della continuità/uniformità (che sospinge inevitabilmente verso la *consistency* con i precedenti) e le spinte di innovazione provenienti dalle nuove esigenze sociali – lo supera definitivamente. Tale indirizzo culmina nel realismo giuridico (che può dirsi sorto a fine anni ’20 del secolo

¹⁵⁶ V. *supra*, par. 2.5.1.1.

¹⁵⁷ Cfr. sul punto, e anche per gli autori citati di seguito, V. Marinelli, *op. cit.*, p. 11. Che ciò sia quantomeno un rilevante fattore di avvicinamento con i sistemi di *civil law* è di intuitiva evidenza e ampiamente condiviso. Tale fenomeno, peraltro, era stato riconosciuto con lungimiranza, già agli inizi degli anni ’30, da A.L. Goodhart, *Essays in Jurisprudence*, cit., p. 9.

¹⁵⁸ *Infra*, par. 4.

¹⁵⁹ Si confronti il dato americano con la alquanto selettiva repertoriazione inglese: *infra*, par. 3.2.

¹⁶⁰ Negli Stati Uniti il requisito obbligatorio di base per accedere alla professione forense è il conseguimento di un diploma presso una delle *Law Schools* accreditate dalla *American Bar Association*, fondata nel 1878. Ciò diversamente da quanto accade in Inghilterra, dove storicamente la formazione del giurista è di carattere esclusivamente pratico, dunque estranea all’ambito accademico. Di qui anche il diverso peso della dottrina all’interno dei due ordinamenti.

Invero, negli ultimi decenni, una *university degree* in giurisprudenza, pur continuando di regola a non costituire formalmente condizione necessaria per l’esercizio della professione, è titolo diffuso nella stragrande maggioranza di *barristers* e *solicitors* inglesi, sì che la formazione pratica nelle *Inns* risulta oramai complementare rispetto a quella teorica nelle università.

¹⁶¹ V. O.J. Holmes Jr., *The Common Law*, Boston 1881, il quale già affermava: «*The life of the law has not been logic; it has been experience*» (p. 159 dell’edizione del 1923).

scorso) di Benjamin N. Cardozo¹⁶², Karl N. Llewellyn¹⁶³ e Jerome Frank¹⁶⁴, che eleva, tra tutte, l'analisi del *legal process*, vale a dire del processo decisionale, condotta tramite l'attenta osservazione del *judicial behaviour*; il diritto è il mezzo per rispondere ai bisogni sociali e pertanto si identifica direttamente nelle scelte del soggetto giudicante (e in null'altro). In questa ottica, le tecniche di manipolazione del precedente si perfezionano per far sì che la soluzione del caso sia sempre adeguata al contesto sociale ed economico¹⁶⁵.

Alla luce delle considerazioni superiori, si comprende meglio la peculiarità di una forma tendenzialmente più mitigata e flessibile del vincolo precedenziale in Nord-America, la quale a sua volta è all'origine di quella che – nel segno di «una vera e propria revisione generale della teoria classica del precedente» – può ben definirsi «una nuova e diversa teoria dello *stare decisis*»¹⁶⁶.

Possiamo, così, avvicinarci alle nozioni di *anticipatory* e *prospective overruling*.

2.5.3. A partire dagli anni '40 è invalsa, soprattutto negli Stati Uniti, la tecnica del cosiddetto *anticipatory overruling*. Tale strumento mina la portata verticale della regola *stare decisis*, riguardando la possibilità che una corte inferiore operi un *overruling* del precedente di una corte superiore¹⁶⁷.

Pur non essendo mai stata messa in discussione la posizione di subordinazione delle corti inferiori alla Corte Suprema federale – rispetto alla quale addirittura il vincolo verticale opera non soltanto con riferimento alla *ratio decidendi*, ma pacificamente anche in relazione agli *obiter dicta*¹⁶⁸ –, allorquando la corte inferiore si trovi davanti alla ragionevole aspettativa

¹⁶² V. B. Cardozo, *The Paradoxes of Legal Science*, New York 1928.

¹⁶³ V. K.N. Llewellyn, *The Bramble Bush. On Our Law and its Study*, Oxford 1930 (ed. 2009).

¹⁶⁴ V. J. Frank, *Law and the Modern Mind*, New York 1936.

¹⁶⁵ Si arriva, così, a disconoscere qualsivoglia rilievo agli assunti della teoria classica del precedente, fino a negare la stessa oggettiva sussistenza del vincolo: «*what the courts in fact do is to manipulate the language of former decisions*» (J. Frank, *op. cit.*, p. 1). Si comprendono, così, le parole di Lord Asquith, in *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, NS 1 (1950), p. 359, là dove – a proposito della stessa distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter* – provocatoriamente asserisce: «*The rule is quite simple, if you agree with the other bloke you say it is part of the ratio; if you don't you say it is obiter dictum*».

¹⁶⁶ U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 237, nt. 118. M. Taruffo, *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.* 1994, p. 414 condivide il rilievo al punto che evidenzia la profonda differenza tra il sistema inglese e quello nordamericano nella misura in cui il primo riconosce tutt'oggi la regola *stare decisis* nella sua dimensione formale-prescrittiva, là dove il secondo ha maturato una concezione più «elastica» e «sostanzialmente persuasiva» del precedente. In relazione alla peculiarità dello *stare decisis* americano, peraltro, U. Mattei, *Stare decisis*, cit., più oltre (nt. 141, p. 242) valorizza la notevole importanza delle opinioni personali dei giudici, espresse al di fuori dell'aula giudiziaria su certe questioni (v. anche *infra*, nt. 174), concludendo nel senso che «all'autoritatività formale sembra essersi sostituita sempre più l'autorevolezza sostanziale nel senso del valore estrinseco, come si potrebbe dire, dottrinale del precedente sul punto».

¹⁶⁷ Ciò che costituisce una vistosa deroga a uno dei dogmi centrali della teoria classica: l'assoluta vincolatività del precedente in senso verticale.

¹⁶⁸ Ulteriore dimostrazione dell'inconsistenza delle categorie astratte elaborate dalla teoria classica di fronte alla prassi giudiziaria: in gioco, qui, la netta contrapposizione tra *ratio decidendi* (vincolante) e *obiter dictum* (non vincolante).

che la Corte Suprema sia prossima a (o potrebbe) modificare il suo indirizzo su di una certa questione, essa opera (e giustifica) il discostamento da un precedente di quest'ultima.

Ciò può accadere quando si sia in presenza di: a) un *overruling* implicito ossia in forza di una decisione già presa dalla Corte Suprema per un caso analogo, la quale si pone in netto contrasto con i propri precedenti in materia¹⁶⁹; b) un *prospective overruling*¹⁷⁰ della Corte Suprema, seppur teoricamente considerato – dalla prevalente dottrina – alla stregua di un *obiter dictum*, configurandosi come una mera intenzione fin tanto che non si concretizzi in una pronuncia che definisca un caso concreto, e pertanto non vincolante, né per la Corte stessa che lo compie né per quelle inferiori¹⁷¹; c) un ridotto valore precedenziale, a causa della divisione della Corte sulla decisione, nonché della mancata presenza di tutti i membri (in tutto nove: uno *Chief Justice* e otto *Associates Justices*)¹⁷²; d) per mera previsione, quando,

¹⁶⁹ Cfr. K.M. Kniffin, *Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Action by United States Court of Appeal*, in *Fordham L. Rev.* 1982, p. 57. Si tenga tuttavia presente che quando l'*implied overruling* sia inequivocabile, non dovrebbe propriamente parlarsi di *anticipatory overruling*, dal momento che in questi casi la corte inferiore si limita ad applicare il diritto per come esso inequivocabilmente si presenta, giustamente evitando di seguire un precedente superato. Di *anticipatory overruling*, inteso appunto come anticipazione degli effetti di un *overruling* di cui si prevede l'avveramento, pare possa più precisamente parlarsi nel caso di un *implied overruling* più sfumato, dai contorni meno netti.

¹⁷⁰ Di questa tecnica si dirà *infra*, par. 2.5.4. Qui è sufficiente anticipare che con il *prospective overruling* la Corte Suprema decide il caso dinanzi a lei pendente seguendo il precedente vigente fino a quel momento, e annunciando al contempo come per il futuro l'indirizzo muterà.

¹⁷¹ Qui la previsione del superamento del precedente si ha nel senso che la corte inferiore ritiene che, per i successivi casi analoghi, la Corte Suprema non rimarrà dell'avviso espresso in occasione del *prospective overruling*.

Nemmeno in tal caso, dunque, potrebbe parlarsi di *anticipatory overruling* in senso proprio, a patto che si rimanga coerenti con l'insegnamento secondo cui un *prospective overruling*, fintanto che rimanga sulla carta, si configura come mera intenzione per il futuro, e quindi come semplice *obiter dictum*: se si tratta di *obiter*, infatti, si è dinanzi a una tipologia di pronunciamento non vincolante; conseguentemente non dovrebbe farsi questione di superamento di un precedente (vincolante). Ciò rimane a sua volta coerente con l'idea secondo cui *ratio decidendi* significa proposizione giuridica necessaria per la risoluzione del caso di specie; in questa ottica, cioè, tutto ciò che risulta altro rispetto alla regola decisoria deve essere ritenuto mero *obiter*. A diverse conclusioni, tuttavia, potrebbe giungersi alla luce della realtà operativa: si è detto più sopra, difatti, che negli Stati Uniti il vincolo del precedente proveniente dalla Corte Suprema federale opera in senso verticale anche con riguardo agli *obiter dicta*; se si analizza, a discapito dell'impianto della teoria classica, il discostamento della corte inferiore in questa ottica (e limitatamente alle ipotesi in cui si tratti di revoca anticipata di un precedente della Corte Suprema federale), in effetti esso si configura pienamente come un *anticipatory overruling*.

In contrasto con l'impostazione dottrinale in parola (proposizione enunciata in sede di *prospective overruling* = *obiter dictum*, e quindi non vincolante), peraltro, la giurisprudenza comunemente ritiene che il *prospective overruling* – pur non potendo contenere la *ratio decidendi* del caso – sia comunque produttivo di regole giuridiche vincolanti per i futuri casi analoghi; per altra via, dunque, si giunge indirettamente a qualificare un tale superamento come *anticipatory overruling* in senso proprio. E per altro verso, al contempo, ci si pone in contrasto con l'assunto centrale della teoria classica secondo cui solo la *ratio decidendi* è da ritenersi vincolante per i casi futuri, e non anche altre parti della motivazione della sentenza.

¹⁷² Cfr. U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 241, nt. 138. Talvolta si è fatto ricorso all'*anticipatory overruling* di decisioni della Corte Suprema prese a sette (con maggioranza a quattro).

cioè, non vi sia stato ancora un pronunciamento, ancorché implicito, contrario al precedente¹⁷³.

L'utilizzo della tecnica in parola con riguardo all'ipotesi *sub d*), peraltro, è direttamente proporzionale al livello di politicizzazione delle questioni in campo: conoscendo le opinioni personali dei giudici rispetto ad alcuni *hot topics*¹⁷⁴ sarà più facile prevederne le decisioni future e quindi più frequente il ricorso all'*anticipatory overruling*, generando dunque un fenomeno di *stare decisis* «non basato su decisioni precedenti, ma su probabili decisioni future»¹⁷⁵.

Se negli Stati Uniti il potere dell'*anticipatory overruling* è esercitato, seppure non con estrema frequenza, in Inghilterra – dove pure è conosciuto – risulta essere stato utilizzato solo in casi eccezionali¹⁷⁶. Pure su tale fronte, dunque, si può registrare un diverso atteggiamento dei giudici inglesi, dovuto in parte a una maggiore resistenza della matrice giuspositivistica – che, come visto a suo tempo¹⁷⁷, (quantomeno per un verso) spinge verso la rigidità e la burocratizzazione della regola *stare decisis* –, in parte a una qualche perdurante latenza della teoria dichiarativa (in netta antitesi, come si è pure già detto, rispetto all'idea della *judge-made law*); ne deriva, così, che questi risultino alquanto restii a derogare (seppur per buone ragioni) il vincolo verticale, né tantomeno si sono ancora riconosciuti espressamente il potere di revocare un proprio precedente con efficacia limitata al futuro¹⁷⁸. In questo secondo caso, peraltro, si tratta di *prospective overruling*, di cui si appresta subito a dire.

2.5.4. Va sotto il nome di *prospective overruling* la tecnica consistente nell'esercizio del potere di *overruling* per tutti i casi futuri, pur decidendo il caso di specie ancora in applicazione del precedente dato per superato. Si tratta dunque di incidere sulla portata temporale degli effetti conseguenti al mutamento di giurisprudenza, limitandoli a tutti i casi al di fuori di quello attualmente pendente. Nonostante una tale tecnica risulti in palese contrasto con i dogmi

¹⁷³ Cfr. U. Mattei, *Common Law*, cit., pp. 240-241.

¹⁷⁴ Sulla base di ciò U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 242, nt. 141, arriva a constatare l'importanza precedenziale di «scritti extragiudiziari dei giudici», «dinieghi di *certiorari*», fino ad arrivare agli «*hearings* di fronte al Senato per la conferma dell'*appointment* presidenziale».

¹⁷⁵ U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 242.

¹⁷⁶ In Inghilterra l'*anticipatory overruling* si è fondato sulla ritenuta estensibilità allo *stare decisis* in senso verticale della seconda eccezione al rispetto dell'autoprecedente, enunciata dalla *Court of Appeal* inglese nel già citato (v. *supra*, nt. 30) *Young v. Bristol Aeroplane Co.* (obbligo di discostarsi dal proprio precedente se esso è in contrasto con la *House of Lords*), dando luogo a casi di superamento del precedente di *Court of Appeal* e della *House of Lords* da parte della *High Court*. Esempi ne sono il già citato caso *Miliangos* (v. *supra*, nt. 23), unitamente alla veemente *dissenting opinion* di Lord Simon (v. *supra*, nt. 24). Si può menzionare in proposito anche l'*opinion* di Lord Denning in *Cassel & Co. Ltd. v. Broome* [1972] A.C. 1027, 1085, H.L.

¹⁷⁷ *Supra*, par. 1.2.2., nt. 12.

¹⁷⁸ P.S. Atiyah e R. Summers, *Form and Substance in Anglo-american Law*, Oxford 1987, pp. 146 ss.

classici dello *stare decisis*¹⁷⁹, e ad oggi non venga quasi affatto applicata in Inghilterra¹⁸⁰, negli Stati Uniti essa si impose nella prassi piuttosto naturalmente, vista la frequenza con cui la Corte Suprema aggiornava i propri indirizzi, al fine di tutelare il legittimo affidamento (*reliance*) dell'individuo su di un precedente poi disatteso¹⁸¹, fino a trovare formulazione piena a partire dall'ultimo decennio dell'Ottocento¹⁸².

La particolare situazione derivante dalla circostanza che con il *prospective overruling* si annuncia che tutte le decisioni future – ma non quella del caso di specie – saranno fondate su di una *regula iuris* diversa e più adeguata, genera la percezione nelle parti interessate che il loro caso venga giudicato (anche se per l'ultima volta) in forza di una norma sbagliata¹⁸³. Proprio loro, insomma, si trovano ad essere le ultime destinatarie della errata *regula*.

Un adeguato bilanciamento di interessi – tra l'ossequio allo *stare decisis*, compiere un *overruling* e preferire un *prospective overruling*¹⁸⁴ – è nella sostanza ciò che si propongono le

¹⁷⁹ Le divergenze rispetto alla teoria classica si sostanziano, primo luogo, nella aperta incompatibilità con l'assunto secondo cui il giudice, nel decidere un caso, non è creatore di diritto, ma si limita a scoprire e dichiarare ciò che il diritto (preesistente) è; dire che il giudice scopre il diritto, significa anche – come si è già rilevato – che esiste un 'vero' diritto, e quindi che tutto il resto diritto non è; il che significa, a sua volta, che il diritto non può che essere anche 'unico': in questa ottica, allora, non è concepibile che un certo diritto venga applicato per risolvere il caso di specie, e al contempo si affermi come il diritto dovrà essere per i casi a venire.

L'utilizzo dello strumento in discorso – se si accoglie l'opinione comune della giurisprudenza, secondo la quale la proposizione enunciata in sede di *prospective overruling*, pur non potendo essere ritenuta *ratio decidendi* del caso, debba comunque ritenersi produttiva di regole giuridiche vincolanti – appare altresì insuscettibile di conciliarsi con l'altro assunto classico in forza del quale soltanto la *ratio decidendi* è vincolante e non anche l'*obiter dictum*. Cfr. sul punto anche U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 243, e v. *supra*, nt. 170.

¹⁸⁰ Circa il primo ordine di ragioni, v. quanto detto *supra* (par. 2.4.1., nt. 110) in relazione alla latenza della concezione dichiarativistica del diritto nel sistema inglese. Influisce, altresì, sulla resistenza all'utilizzo del *prospective overruling*, la cultura positivista, che, ponendo l'accento sulla rigida separazione dei poteri, ribadisce che la regolazione dei casi futuri spetta al potere legislativo mentre le corti devono rendere il giudizio sui fatti passati. In tal senso anche R. Cross e J.W. Harris, *op. cit.*, p. 232. In senso contrario, peraltro, cfr. Lord Reid, *The Judge as Lawmaker*, in *J. Soc'y Pub. Teachers* 1972, che in relazione alla teoria dichiarativa conclude: «we do not believe in fairy tales any more», citato in R.J. Traynor, *op. cit.*, pp. 535-536, nt. 7.

¹⁸¹ Come si è già accennato, l'intento è quello di non disturbare retroattivamente i diritti acquisiti sulla base delle *rules of property* e alle *rules of contract* di *common law*.

¹⁸² A partire da *Jones v. Woodstock Iran Co.*, 10 50 635 (1891); anche se la prima sentenza in cui viene impiegata tale espressione sembra risalire al 1874. Peraltro è proprio a partire dall'ultimo quarto dell'800 che il modello processuale di *equity* (elaborato dai canonisti) si affermò come dominante. Il dato è interessante ai fini della genesi storica della tecnica del *prospective overruling*, dal momento che essa ha origine proprio sotto l'impulso dei canonisti già nel XVII sec. (i quali riconoscevano come invalida e inefficace solo per il futuro la consuetudine che si ponesse in contrasto con la legge della Chiesa; inefficace con effetto retroattivo era considerata solo quella contrastante con la legge divina). Dunque pare che, a partire da quell'epoca, l'evoluzione dell'istituto sia avvenuta senza soluzioni di continuità. Cfr. in proposito W. Bigiavi, *op. cit.*, pp. 88-89 e G. Tedeschi, *Prospective Revision of Precedent*, in *Isr. L. Rev.* 1973, p. 173.

Sul piano dottrinale gli autori che ne consacrarono la teorizzazione sono soprattutto Benjamin N. Cardozo, John H. Wigmore e Albert Kocourek.

¹⁸³ La criticità è evidenziata in R. Cross e J.W. Harris, *op. cit.*, p. 231.

¹⁸⁴ U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 245, nt. 161.

corti americane quando si affacciano le questioni più problematiche¹⁸⁵. Si tratta di un ampio margine di manovra che la giurisprudenza d'oltreoceano si attribuisce apertamente almeno dagli inizi degli anni '30 del secolo scorso, con *Great Northern Ry Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*: l'*opinion* della Corte Suprema federale – redatta dall'*Associate Justice* Cardozo¹⁸⁶ – non ravvisa nell'esercizio del *prospective overruling* una violazione della *due process clause* (V e XIV emendamento della Costituzione), riconoscendo il potere dei tribunali di ciascuno Stato di definire il «limite di adesione al precedente», così determinando – caso per caso – la preferenza per l'applicazione retroattiva ovvero solo *pro futuro* di una nuova *legal rule*. Se l'alternativa riflette la carica ambigua della *forma mentis* del *common lawyer*, non stupisce che la pronuncia in discorso rimetta la questione alla «*juristic philosophy*» del singolo giudice, ossia alla sua concezione dell'origine e della natura del diritto¹⁸⁷.

Un'altra tecnica capace di modulare l'efficacia temporale del precedente, infine, è quella del *prospective overruling* per così dire 'atipico', il quale consiste pur sempre nel circoscrivere al futuro l'operatività della svolta giurisprudenziale, ma solo in relazione ai casi attualmente pendenti presso giudici diversi da quello che la esercita. Si limitano, così, gli effetti tipici del *prospective overruling*, dal momento che per il singolo caso in occasione del quale è operata la svolta si finisce per applicare direttamente la nuova *regula iuris*, alla stregua dunque di un *overruling* 'pieno' (e in quanto tale retroattivo). È stato osservato come l'elaborazione di questa tecnica scaturisca dall'esigenza di ovviare all'inconveniente della possibile disincentivazione in capo alle parti «a battersi per convincere la corte a innovare» nell'ambito di certe materie, poiché consapevoli del fatto che il giudice, anche modificasse una certa *legal rule*, lo farebbe solo in astratto, senza alcuna ricaduta concreta all'interno della loro sfera giuridica¹⁸⁸.

2.6. Negli ordinamenti inglese e americano è ancora contemplata la distinzione tra *common law crimes* e *statutory crimes*. I primi di genesi puramente giurisprudenziale, i secondi previsti in via legislativa.

Sia subito chiaro che di *common law crimes*, oggi, ve ne sono relativamente pochi; il divieto di *ex post facto law* in materia penale ha condotto entrambi gli ordinamenti (in misura tendenzialmente maggiore gli Stati Uniti rispetto all'Inghilterra) ad abbandonare progressivamente le fattispecie criminose elaborate *in foro*: il principio costituzionale di irretroattività della legge penale, previsto negli Stati Uniti all'art. I, sec. 9 (ambito federale) e sec. 10 (ambito statale), ha finito per costituzionalizzare implicitamente anche il *nullum*

¹⁸⁵ Cfr. U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 245, in part. nt. 161. Come affermato in R. Cross e J.W. Harris, *op. cit.*, p. 231, «normally this would be a crucial question so far as the parties are concerned».

¹⁸⁶ Nella *opinion of the court*, peraltro, Cardozo ripete la dottrina già sostenuta in precedenza: per i riferimenti, cfr. F. Consulich, *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in *DPC - Trim.* 2020, p. 64.

¹⁸⁷ *Great Northern Ry Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U.S. 358 (1932).

¹⁸⁸ Cfr. U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 245, nt. 158.

crimen sine lege (scripta) ¹⁸⁹ ; in Inghilterra il costante e pacifico orientamento giurisprudenziale volto a limitare l'efficacia degli *statutes* solo al futuro ha indirettamente fatto maturare la percezione che i *common law crimes* rappresentassero ipotesi di *ex post facto law* non più tollerabili¹⁹⁰.

Va detto, altresì, che l'interpretazione della legge penale – in quei sistemi – è momento tanto imprescindibile per il giudice quanto garantito per l'imputato. In Inghilterra si è storicamente radicata un'interpretazione restrittiva dei *precedents* in materia penale: nella stragrande maggioranza dei casi, infatti, il reato perseguito nel *common law* classico era la *fellonia* (che potrebbe essere definita come il venire in vari modi meno al vincolo derivante dal patto feudale), per la quale era prevista la pena capitale¹⁹¹; di qui la tendenza a punire solo quei fatti ritenuti piuttosto gravi, e dunque meritevoli di pena (di morte). Lo stesso avveniva in sede di interpretazione degli *statutes* penali: Sir Edward Coke (XVII secolo) affermò in favore dell'imputato la *doctrine of strict construction of penal statutes*, volta a mitigare in concreto i rigori delle disposizioni legislative che punivano con la morte reati che chiameremmo bagatellari¹⁹². Successivamente detta regola ermeneutica penetrò oltreoceano per convertirsi, poi, nel divieto di analogia *in malam partem*¹⁹³; ciò da cui è derivato, tra l'altro, il pacifico ricorso all'interpretazione estensiva.

Per le ragioni richiamate, la massa di precedenti con la quale si ha a che fare nel *common law* anglo-americano in materia penale è in larghissima parte connessa all'interpretazione degli *statutes*: vincola una corte inferiore il pronunciamento di una corte superiore vertente sul come debba essere interpretata una certa fattispecie criminosa prevista in via legislativa.

Ebbene, bisogna avvicinarsi al problema della retroattività (non derivante dalla promulgazione di una legge penale, in quanto abbiamo visto che tale evenienza è ampiamente scongiurata, bensì) connessa a certe interpretazioni giurisprudenziali della fattispecie criminosa che rechino un esito sfavorevole per la posizione dell'imputato: si pensi alla decisione di procedere all'*overruling* del precedente assolutorio A. Questa, per l'imputato che ha commesso il fatto F nella vigenza del precedente A che vede ora superato, potrebbe essere

¹⁸⁹ Se ciò è vero senza eccezioni per quanto concerne il diritto federale – in cui di *common law crime* non ve ne è neppure uno e la raccolta ufficiale degli *statutes* penali è ufficialmente consolidata nel *Ch. XVIII dello United States Code* –, a livello statale qualche figura criminosa che origina in certi antichissimi precedenti ancora rimane.

¹⁹⁰ Cfr. sul punto U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 355. L'A. mette chiaramente in luce come, nell'ottica della teoria dichiarativa del *common law*, lo stabilire un precedente che qualificasse come criminosa una certa condotta non poteva porre – dal punto di vista teorico – alcun problema di retroattività; e ciò sia che si trattasse di un *leading case*, che di un *overruling*. Dunque la progressiva erosione del fenomeno potrebbe essere spiegata in termini di progressivo discostamento dalla concezione blackstoniana del diritto come avente *declaratory nature*.

¹⁹¹ Cfr. U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 353.

¹⁹² Cfr. l'indispensabile saggio di E. Grande, *La sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale e l'esperienza di common law: alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto*, in *FI* 1990, p. 418.

¹⁹³ V. in particolare *Bonnie v. City of Columbia*, 378 US 347 (1964), in cui si ritenne incostituzionale l'interpretazione analogica *in malam partem* in materia penale, poiché equiparabile all'introduzione di una norma penale sfavorevole retroattiva.

considerata, di fatto, un'applicazione retroattiva di una disposizione incriminatrice¹⁹⁴. Il medesimo fatto F, infatti, considerato penalmente lecito nel momento in cui fu posto in essere dall'agente, viene solo in un momento successivo considerato penalmente illecito e, ciò nonostante, per effetto della svolta giurisprudenziale *in pejus*, l'imputato finirebbe per essere condannato.

Concentrando l'attenzione sui rimedi apprestati dai sistemi nordamericani per ovviare a situazioni siffatte, là dove non debba operare la retroattività, si determina una limitazione *pro futuro* (*prospective limitation*) degli effetti della sentenza. Le tecniche per ottenere un simile risultato sono due: attribuendo rilevanza al difetto dell'elemento soggettivo facendo valere il *mistake of law* ovvero continuando ad applicare il precedente favorevole e operando un *prospective overruling*.

Con il *mistake of law* si riconosce l'assenza di colpevolezza per inevitabile (e quindi scusabile) *ignorantia legis*, che genera il conseguente *error iuris*, allorquando debba tutelarsi il legittimo affidamento riposto dall'imputato su previ precedenti assolutori riguardanti il medesimo fatto e purché provenienti da corti superiori (*Appellate Courts*)¹⁹⁵. In tali casi per l'imputato verranno interamente neutralizzati gli effetti retroattivi dell'*overruling* sfavorevole, avendo costui posto in essere la condotta quando essa veniva ritenuta penalmente non richiamabile.

In un sistema in cui la norma penale rappresenta il prodotto di una inevitabile interazione tra disposto legislativo e interpretazione giudiziaria, la giurisprudenza della Corte Suprema era giunta ad affermare che «l'interpretazione giudiziaria di uno *statute* diventa parte di esso»; così, «se l'interpretazione è successivamente modificata», «essa è soggetta alle stesse limitazioni dei mutamenti legislativi», con la necessaria conseguenza che «una condotta definita innocente al momento della sua commissione non può (in assenza di adeguate garanzie) essere dichiarata in seguito criminosa, dato il divieto costituzionale di *ex post facto laws*», il quale «si applica altresì ai mutamenti di precedenti giudiziari»¹⁹⁶.

In una prima fase, dunque, parrebbe essere proprio l'ossequio al principio di irretroattività in materia penale a costituire il fondamento dell'istituto in discorso. A tal proposito si vuole notare, altresì, che il rilievo assegnato alla mancanza dell'elemento soggettivo rimanga solo apparente: la dimensione operativa propria della *law in action* rivela come, in sede di giudizio, il giudice non proceda al puntuale accertamento dell'atteggiamento psicologico del soggetto agente in occasione della commissione del fatto,

¹⁹⁴ Cfr. ampiamente sul tema, per una comparazione dei sistemi scozzese e italiano con la lente della *law in action*, A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino 2014. L'A., a tal riguardo, parla di 'retroattività occulta'.

¹⁹⁵ Oltre che in tale ipotesi, il *mistake of law* rileva anche in caso di: a) grave incertezza sulla sussistenza dei doveri di informazione e sul testo del precetto penale, che si risolvono in pura *ignorantia legis*; b) adempimento dei suddetti doveri informativi, i quali tuttavia hanno condotto l'agente a convincersi della liceità penale della condotta posta in essere a causa di erronee indicazioni offerte da chi è 'istituzionalmente preposto all'interpretazione, amministrazione o esecuzione della legge penale'; c) in caso di mancata pubblicazione della legge penale, la quale genera una situazione di inconoscibilità *in re ipsa*. Cfr. sul punto E. Grande, *op. cit.*, p. 416, e F. Consulich, *op. cit.*, pp. 65-66.

¹⁹⁶ Chief Justice Deemer in *State v. O'Neil*, 147 Iowa 513, 126 NW 454 (1910).

nel senso di appurare che costui facesse effettivamente affidamento su di un certo precedente assolutorio per determinare l'eventuale rilievo penalistico della propria condotta. Al contrario, risulta sufficiente constatare, di quel precedente assolutorio, la mera vigenza al momento della consumazione del reato; si configura, così, la rilevanza di un *error iuris* solo presunto: l'*overruling in pejus*, infatti, dovrà essere esercitato «in maniera che non pregiudichi coloro che potrebbero aver fatto... affidamento» sul precedente assolutorio, valorizzando, così, il solo *potential justifiable mistake of law*¹⁹⁷. Alla luce di ciò, si vede ancora meglio come venga a determinarsi una situazione di fatto coincidente proprio con quella che sorgerebbe in seguito alla promulgazione di una legge penale che pretenda di operare retroattivamente nel senso di criminalizzare una condotta prima ritenuta penalmente irrilevante¹⁹⁸.

È da dire, però, che se da un lato la *prospective limitation* degli effetti della sentenza è sicuramente il risultato finale derivante dal riconoscimento del *mistake of law*, senz'altro riconducibile all'esigenza di non farne retroagire gli effetti giuridici sfavorevoli; dall'altro, la giurisprudenza della Corte Suprema federale dal 1913 in avanti non affermò mai che il fondamento costituzionale di una tale limitazione prospettica – pur sempre ritenuta necessaria per il rispetto delle istanze di garanzia già richiamate – fosse effettivamente il divieto di *ex post facto law* in materia penale di cui al citato art. I, secc. 9 e 10 della Costituzione, sancendo il contrario principio secondo cui il divieto in esame è rivolto unicamente al legislatore e non anche al giudice, interessando perciò solo la *lex scripta* e non anche la decisione giudiziaria¹⁹⁹.

Questo passaggio – inevitabilmente in parte contraddittorio rispetto alle premesse superiori – può forse essere compreso proprio alla luce della preferenza assegnata alla tecnica del *mistake of law* rispetto a quella del *prospective overruling*. Nonostante l'ampio ricorso a tale ultimo strumento in ambito privatistico, in Nord-America i giudici si sono sempre mostrati restii al suo utilizzo in ambito penale. Ciò – come osservato in dottrina – a causa di una certa titubanza nell'ammettere così apertamente il ruolo creativo della giurisprudenza *in criminalibus*, a sua volta dovuta prevalentemente alle resistenti influenze dichiarativistiche, contrarie a qualsiasi forma di innovazione giudiziale del diritto²⁰⁰. In questa ottica, l'opzione a favore del *mistake of law* consente di coniugare la concreta limitazione *pro futuro* degli

¹⁹⁷ Chief Justice Warren in *James v. U.S.* 366, US 213 (1961). In tal senso anche S. Pomorski, *American Common Law and the Principle Nullum Crimen Sine Lege*, Berlino 1975, p. 192, che parla di buona fede presunta (citati in E. Grande, *op. cit.*, p. 418, nt. 8 e 9, la quale si attesta sul medesimo indirizzo).

¹⁹⁸ Cfr. E. Grande, *op. cit.*, p. 420.

¹⁹⁹ Tale orientamento si registra a partire da *Ross v. Oregon*, 227 US 150 (1913).

²⁰⁰ Cfr. E. Grande, *op. cit.*, p. 418, nt. 7. Della inconciliabilità teorica del *prospective overruling* con la concezione della teoria dichiarativa si è detto *supra*, par. 2.4.1., nt. 110 e par. 2.5.4., nt. 180. Cfr. al riguardo anche A. Cadoppi, *op. cit.*, pp. 182-183, là dove, citando una sentenza della Corte Suprema in cui – ancora nel 2001 – si dettavano notevoli limiti all'utilizzo dello strumento in parola in materia penale (*Rogers v. Tennessee*, 532 U.S. 451 (2001)) in quanto confliggente col *nullum crimen*, evidenzia come il *prospective overruling* presupponga «una visione quanto mai disincantata» dell'esercizio del potere giurisdizionale; dall'angolo visuale della nostra dimensione continentale, l'A. conclude che mediante il *prospective overruling* si detta una regola decisoria solo *jure constitutionis* (mentre *jure litigatoris* si opta per una soluzione diversa), alla stregua di un *arrêt de règlement*: «qualcosa di simile ad una norma di legge».

effetti sfavorevoli della pronunzia con la salvaguardia della (solo) formale retroattività dell'*overruling*, evitando un attrito troppo grave con l'impostazione blackstoniana²⁰¹.

Si comprende, allora, perché nei pochissimi casi in cui si è fatto ricorso al *prospective overruling* in materia penale, l'ancoraggio costituzionale della *prospective limitation* per tale via attuata – lungi dall'essere il divieto di retroattività della legge penale *contra reum* – sia stato rinvenuto nel 'principio della giusta punizione'²⁰², ovvero nel divieto di infliggere pene crudeli e inusitate ai sensi dell'VIII emendamento²⁰³, ovvero ancora ai '*plainest principles of justice*'²⁰⁴.

3. Viene da chiedersi, in ultimo, quale sia l'*habitat* più confacente all'effettivo funzionamento dello *stare decisis*. Si individua, in proposito, una condizione per così dire istituzionale ed un'altra per così dire operativa. Appresso si vedrà come il soddisfacimento di entrambe risulti senz'altro indefettibile per il funzionamento del sistema del precedente.

3.1. Perché sia concepibile un sistema in cui operi con sufficiente grado di effettività la regola *stare decisis* non si può prescindere da un'ordinata gerarchizzazione delle corti, che culminino in un vertice unico capace – in astratto e in concreto – di dirigere la giurisprudenza. Perciò si è detto che l'organizzazione della 'piramide giudiziaria' rappresenta la *condicio sine qua non* perché il vincolo precedenziale in senso verticale²⁰⁵ possa funzionare, soprattutto con riguardo alle pronunzie della Corte Suprema. Pare insomma logica e naturale la presenza dell'organo giurisdizionale accentrato chiamato a guidare i giudici inferiori; e ciò sia con riguardo all'interpretazione e applicazione²⁰⁶ di *precedents* elaborati *in foro* (*case-law*), sia con riguardo all'interpretazione e applicazione delle disposizioni di legge (*statutes*) – od anche, negli Stati Uniti, delle norme costituzionali²⁰⁷.

Come si è accennato in premessa della trattazione, il sistema del precedente vincolante è la modalità con cui storicamente e culturalmente gli ordinamenti anglo-americani hanno

²⁰¹ Cfr. E. Grande, *op. cit.*, p. 418, nt. 7. In proposito, l'A. parla di «intime contraddizioni del *common lawyer*», che ne uscirebbero, così, conciliate.

I profili di contraddittorietà si acuiscono, peraltro, se si pensa che pure nel sistema inglese l'opinione comune in dottrina è quella di riconoscere alla giurisprudenza, oltre che quello di fonte del diritto, un ruolo sostanzialmente creativo: cfr. per tutti R. Cross e J.W. Harris, *op. cit.*, p. 42.

²⁰² *North Carolina v. Bell*, 136 NC 647, 49 SE 163 (1904).

²⁰³ *State v. Longino*, 109 Miss. 125, 67 So. 902 (1915).

²⁰⁴ *State v. Jones*, 44 N. Mexico 623 (1940).

²⁰⁵ V. *supra*, par. 2.1.

²⁰⁶ Includiamo nell'applicazione anche i casi di creazione di un precedente (qualora si sia in presenza di un ritenuto *leading-case*), e di *overruling* di esso.

²⁰⁷ Cfr. U. Mattei, *Stare decisis*, cit., p. 284. Si deve infatti considerare che una assai rilevante massa di precedenti si è formata (e si forma) sull'interpretazione di clausole statutarie e (in USA, anche) costituzionali. Si è così perso il carattere originario del precedente unicamente inteso come creativo (o 'dichiarativo') di *principles* e *legal rules* che entrano a far parte del *common law*, a sua volta concepito come patrimonio giuridico di genesi orale in contrapposizione alla *lex scripta*.

inteso perseguire il valore della certezza del diritto. L'esplicita tensione verso questa direzione non costituisce esclusivamente un portato del giuspositivismo a contatto con il *common law*. È vero che detta concezione è nata nell'ideale illuministico della certezza del diritto, che in Europa continentale si è concretizzato nel fenomeno della grande codificazione; ma è pure vero che, a ben guardare, il valore della certezza era intrecciato a filo doppio già con la teoria dichiarativa: dichiarare ciò che il diritto (oggettivamente) è, è compito che, una volta eseguito dal giudice 'iusdicente', genera un diritto inteso come 'corpus fisso e immutabile' (salvi i casi di decisione palesemente erronea o assurda, che poteva essere pacificamente *overruled*, ma sempre al fine di meglio dichiarare ciò che il diritto veramente era!). Che cosa sono gli attributi della fissità e immutabilità se non espedienti dogmatici per consacrare la giurisprudenza al valore della certezza?

Il passaggio successivo è che 'certezza' va di pari passo con 'uniformità'. Solo con l'interpretazione e l'applicazione uniforme delle regole giuridiche si può pensare di tendere concretamente alla certezza (e dunque alla prevedibilità delle decisioni). Di qui l'istituzione di una corte di vertice sovraordinata rispetto a tutte le altre, sulla quale si regge l'effettività del sistema: essa detta precedenti e le altre corti ad essa inferiori sono – almeno tendenzialmente – obbligate a seguirli (se non lo fanno si ripristinerà 'in via d'appello' la legalità); se del caso può modificare/revocare un precedente di corti ad essa inferiore, rendendo dunque quella *ratio* non più valida per regolare i casi futuri (sostituendola con una nuova *ratio*); *idem* nel caso di superamento di un proprio precedente²⁰⁸. Si può affermare che il *dictum* della corte suprema su di una certa questione assurge, entro certi limiti, a unico fattore coagulante dell'attività giurisdizionale delle altre corti. Si capisce bene come un uso esasperato del *distinguishing* (o, ancor di più, dell'*overruling*), come anche un ricorso poco accorto all'*anticipatory overruling*, minino alla radice questa funzione – e ciò è coerente col fatto che queste tecniche sono state analizzate sopra alla stregua di limiti alla teoria *stare decisis*.

Pensando a una contrapposizione classica offerta da Piero Calamandrei, il modello 'a corte suprema' è evidentemente atto a limitare al minimo la disformità della giurisprudenza nello spazio, intesa come coesistenza di diverse *regulae iuris* (o di diverse interpretazioni della medesima disposizione statutaria\costituzionale) applicabili al medesimo fatto da parte di giudici diversi, in un medesimo momento storico; non anche la disformità nel tempo, dal momento che la corte suprema, anche se non assai frequentemente, esercita – come si sa (e in linea di principio anche nel più rigido ordinamento inglese) – il potere di *overruling* delle proprie decisioni, quando ritenga opportuno dover cambiare indirizzo su di una certa questione²⁰⁹.

²⁰⁸ Con la precisazione che la Corte Suprema federale USA vincola anche le corti supreme dei singoli Stati solo in relazione alle *matters of federal law*; dunque queste ultime rimangono pienamente 'corti supreme' in relazione alle *matters of statale law*.

²⁰⁹ Cfr. P. Calamandrei, *La Cassazione civile*, Vol. I, Milano 1920, p. 67, là dove afferma che, quando si fa riferimento alla uniformità della giurisprudenza, si intende sempre una uniformità contemporanea, che lascia sempre spazio a una disformità successiva.

Ciò posto, è da interrogarsi su quali siano i presupposti perché la Corte Suprema «vera custode della *case-law* e dei precedenti vincolanti»²¹⁰ possa efficacemente operare, e così assolvere il suo compito istituzionale.

In proposito è doveroso considerare due linee direttrici offerte in dottrina agli inizi degli anni '80, validissime tutt'ora²¹¹. La tesi muove dall'assunto secondo il quale, perché gli ingranaggi della corte suprema si incastrino per bene, è necessario che: a) sia unica, nonché composta da un numero di giudici relativamente esiguo; b) sia in grado di esercitare un potere discrezionale volto alla selezione dei (pochi) casi da conoscere.

Muovendo dal profilo *sub a*), dunque, la corte suprema deve innanzitutto essere unica, nel senso che non dovrebbe insistere nel medesimo ordinamento una pluralità di giurisdizioni facenti capo ad altrettante corti supreme, tutte poste sullo stesso piano e perfettamente indipendenti l'una dall'altra nel perimetro delle proprie attribuzioni, magari con l'aggiunta dell'istituzione di un organo *ad hoc* per il sindacato di legittimità costituzionale delle leggi e degli aventi forza di legge. Ciò, evidentemente, al fine di ovviare all'inconveniente della eventuale genesi di molteplici indirizzi giurisprudenziali su di una medesima questione, senza possibilità di ricondurli a uno, in forza del fatto che ognuno dei quali proverrebbe da una corte di vertice.

E infatti in Inghilterra ciò che non è *criminal law* è *civil law*, non contemplandosi dunque nemmeno un ramo amministrativo distinto dalle *civil matters*; inoltre è assente una forma vera e propria di controllo di costituzionalità delle leggi. Lo stesso vale per gli Stati Uniti, dal momento che neanche in tale ordinamento un sistema di giustizia amministrativa sulla scorta del modello francese è contemplato e il sindacato (diffuso) di legittimità costituzionale – affermato dallo *Chief Justice Marshall* nel celebre *Marbury v. Madison* del 1803²¹² – culmina pur sempre (potenzialmente) nella Corte Suprema federale. Con queste premesse, l'autorità del precedente può logicamente spiegare un'efficacia davvero unificatrice.

Per quanto concerne il numero dei membri dell'organo, poi, le corti supreme inglese e americana – lungi dall'essere divise in una pluralità di camere o sezioni – sono composte, rispettivamente, da appena dodici e nove giudici²¹³: è evidente come una composizione ristretta e compatta²¹⁴, da una parte, riduca le possibilità di disaccordo o divergenze

²¹⁰ A. Cadoppi, *op. cit.*, p. 221.

²¹¹ Il riferimento è a M. Cappelletti, *The Doctrine of Stare Decisis and the Civil Law: a Fundamental Difference - or No Difference at All?*, in H. Bernstein, U. Drobnig, H. Kötz (a cura di), *Festschrift für K. Z. Weigert zum 70. Geburtstag*, Tübingen 1981, pp. 380 ss. Invero l'A. procede all'analisi dei fattori che si presenterebbero come ostativi ad una incisiva «*precedential authority*» delle sentenze delle corti di vertice nei sistemi di *civil law*. Volti in positivo, rappresentano altresì la descrizione degli elementi che ricorrono negli ordinamenti inglese e americano al fine di garantire il buon funzionamento delle corti supreme.

²¹² *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

²¹³ Cfr. tuttavia N. McCormick e R. Summers, *op. cit.*, p. 447, là dove si definisce la corte suprema inglese come «*atypical*» (rispetto al funzionamento delle corti supreme in generale, anche di *civil law*) dal momento che è sì formalmente «*a unique body*», ma in concreto lavora attraverso «*unofficial and informal panels*». Visto tuttavia il pur sempre ridotto numero di membri, non sembra che questo dato possa mettere in discussione le conclusioni cui si giungerà nel prosieguo della trattazione.

²¹⁴ Cfr. M. Cappelletti, *op. cit.*, p. 383, in cui l'A. si riferisce alla «*compact, manageable, unitary structure*» tipica

interpretative e, dall'altra – quindi – favorisca il valore precedenziale delle decisioni: se ci fossero più membri aumenterebbe infatti il rischio di opinioni divergenti che (anche senza arrivare a ipotizzare la paralisi dell'organo, quantomeno) abbasserebbero la percentuale di unanimità delle decisioni e quindi la *authority* in senso precedenziale di una certa pronuncia – la quale, come abbiamo visto, dipende anche da tale fattore²¹⁵. Peraltro, tornando alle menzionate nozioni di uniformità/disformità nello spazio e nel tempo, è dato registrare come una composizione ristretta della corte di vertice sia fattore che influenzi piuttosto incisivamente anche la stabilità temporale di un precedente; si può concludere, cioè, che un modello 'accentrato' siffatto sia intrinsecamente funzionale anche ad assicurare una certa uniformità nel tempo, sospingendo verso una tendenziale perdurante coerenza dei pochi membri giudicanti rispetto ai propri orientamenti²¹⁶.

Per quanto concerne il fattore *sub b)*, tanto per la *Supreme Court of United Kingdom*²¹⁷, quanto per la *U.S. Supreme Court*, non è previsto il diritto di accedervi.

Dobbiamo riflettere su un fatto: in questi ordinamenti la presenza dell'organo di vertice non si giustifica per la possibilità di garantire una terza istanza; la sua funzione (primaria) non è quella di operare un controllo (di legittimità o anche di merito) concernente la specifica decisione impugnata. Se si pensa al modello 'a corte suprema'²¹⁸, cioè, è del tutto consequenziale prevedere meccanismi selettivi dei ricorsi «secondo criteri collegati all'importanza generale delle questioni sollevate (ossia alla possibilità che la Corte detti al riguardo precedenti significativi) piuttosto che al loro rilievo per la soluzione del singolo caso concreto»²¹⁹. La presenza di un tale *discretionary power* è pienamente coerente con le funzioni di vertice, ed è necessaria in quanto solo in tal modo la Corte riesce a concentrarsi sulle (poche) questioni che più richiedono il suo intervento chiarificatore/direttivo, e, in prospettiva, uniformatore. Essa, così, è in grado di adottare un «*prospective orientation*»²²⁰: la tensione è quella di guardare al futuro, ossia nella direzione dei casi analoghi che verranno, con l'obiettivo di guidare la giurisprudenza delle corti che dovranno giudicarli; questa preoccupazione si riscontra fin dalla decisione concernente la selezione del caso: decisione

delle corti supreme di *common law*. Un'ulteriore precisazione: per quanto concerne l'ordinamento inglese, il *Constitution Reform Act* del 2005, Part 3, sec. 23(3) e 24(4) prevede che, ferma l'attuale composizione a dodici, è fatta salva la facoltà di allargarne il numero da parte della Corona, previa approvazione del Parlamento.

²¹⁵ Sul punto insiste anche M. Taruffo, *Funzioni e problemi attuali della Corte di cassazione*, in Id., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna 1991, p. 168.

²¹⁶ Sul punto, cfr. anche N. MacCormick e R. Summers, *op. cit.*, p. 447.

²¹⁷ La quale rappresenta, come si sa, l'organo giurisdizionale di massima istanza anche per l'Irlanda del Nord, il Galles e – limitatamente alle *civil matters* (che includono anche quelle relative alla *public law*) – la Scozia; cfr., in merito, N. MacCormick e R. Summers, *op. cit.*, p. 315.

²¹⁸ In contrapposizione cioè al modello incentrato su una Corte di terza istanza, «che è suprema [solo] perché si trova al vertice del sistema delle impugnazioni», come si legge in M. Taruffo, *Funzioni e problemi attuali*, cit., p. 11.

²¹⁹ M. Taruffo, *Funzioni e problemi attuali*, cit., p. 167.

²²⁰ N. MacCormick e R. Summers, *op. cit.*, p. 444.

vertente non tanto sul caso in sé, quanto piuttosto sul se esso possa divenire un precedente o meno²²¹.

La garanzia decisiva di funzionamento risiede nella insindacabilità dell'esercizio del potere discrezionale in parola, che solitamente avviene senza neppure motivarne le ragioni: «*total discretion without any justification is the basic rule for such courts*»²²².

Per quanto riguarda la massima istanza britannica, il ricorso è subordinato al 'permesso' (un tempo *permission*, oggi *leave*²²³) del giudice che ha emesso la sentenza impugnata ovvero, in mancanza, della stessa Corte; grazie a tale sistema, essa è quindi posta nelle condizioni di pronunciarsi solo su quel numero esiguo di casi (circa ottanta all'anno) che involgono questioni di particolare rilevanza ovvero che vertono su questioni alquanto controverse²²⁴.

La *Supreme Court* federale, negli Stati Uniti, opera in maniera simile²²⁵: anch'essa prevede un filtro a maglie assai strette per potervi accedere, esercitando – attraverso lo strumento del *writ of certiorari*, che peraltro dal 1988 rappresenta l'unica modalità di accesso – un potere discrezionale di «decidere quali casi decidere quasi assoluto»²²⁶; qui la Corte, coerentemente con il parallelo ruolo di giudice delle leggi, si concentra in massima parte su quei pochi casi (circa settanta all'anno) in occasione dei quali è necessario procedere

²²¹ N. MacCormick e R. Summers, *op. cit.*, p. 444.

²²² N. MacCormick e R. Summers, *op. cit.*, p. 446.

²²³ Con la specificazione che in materia penale i processi che in concreto possono essere portati dinanzi alla Corte Suprema sono neanche l'1% e che – oltre al *leave* – è pure necessario che il caso sollevi un '*point of law of general importance*'. Cfr. sul punto U. Mattei, *Il modello di common law*, Torino 2018, pp. 98-99.

²²⁴ Cfr. sul punto V. Varano – V. Barsotti, *op. cit.*, pp. 291-292.

È da segnalare, poi, una tanto significativa quanto recente tendenza della *Supreme Court of UK* in materia costituzionale. Cfr. sul punto U. Mattei, *Il modello*, cit., pp. 82-84. Va infatti tenuto presente che nemmeno con la citata riforma del 2005 si è inteso istituire una corte suprema-giudice delle leggi sulla scia del modello americano, né un organo costituzionale *ad hoc* sulla scia di quello continental-europeo. Anzi, da parte dei giudici supremi britannici si registra un orientamento opposto, culminato nella sentenza in occasione di *R (Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5: la Corte, infatti, si è dichiarata competente a giudicare sui conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato – tanto che si è parlato di una 'azione di regolamentazione dei confini' tra legislativo, esecutivo e giudiziario; è stato esplicito il concetto di *British Constitution*, la portata del principio di sovranità, di *rule of law*, nonché di *prerogative powers* regi. Non potendo qui soffermarsi sul contenuto delle nozioni appena richiamate, sembra evidente che una tale pronuncia faccia «propendere per un ruolo [della Corte Suprema] propriamente 'costituzionale' che sembra destinato ad ampliarsi nel prossimo futuro». Con il *Miller case*, peraltro, si adiva la Corte per chiarire quale debba essere il procedimento legislativo da adottarsi in occasione della 'Brexit': secondo taluni (D.I. Campbell, *Marbury v. Madison* in the U.K.: Brexit and the creation of Judicial Supremacy", in *Cardozo L. Rev.* 2018, pp. 921 ss.) ciò è stato considerato un potere addirittura più ampio di quello che Corte Suprema federale USA si è attribuita in occasione del citato *Marbury v. Madison* del 1803.

²²⁵ Cfr. sull'argomento la monografia di V. Barsotti, *L'arte di tacere*, Torino 1999; nonché, limitatamente alla Corte Suprema federale USA, S. 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.

²²⁶ Cfr. V. Varano – V. Barsotti, *op. cit.*, p. 349. Le ragioni sufficienti a «*decide to decide*» sono peraltro illustrate anche in N. MacCormick e R. Summers, *op. cit.*, p. 446, e di esse si darà conto subito a seguire.

all'interpretazione di clausole costituzionali ovvero intervenire in maniera incisiva nell'ambito della tutela dei diritti individuali²²⁷.

Emerge quindi, da una parte, che i criteri più frequentemente utilizzati nell'adoperare tale filtro selettivo consistono nel valutare l'opportunità di: (i) stabilire un nuovo precedente; (ii) procedere all'*overruling* di un precedente, proprio o di una corte inferiore; (iii) risolvere un conflitto (o quantomeno appianare una qualche forma di incoerenza, anche parziale) tra precedenti. È altresì un dato – dall'altra – che lo scegliere un caso in base alla rilevanza della questione implicata, molto probabilmente 'farà giurisprudenza' per i casi a venire. In tal senso «*precedents and selection of cases may then be connected in a double way*»: l'opportunità di stabilire un precedente può giustificare la selezione di un caso; la decisione del caso selezionato per la sua rilevanza nella normalità delle ipotesi diverrà precedente²²⁸.

Con riguardo, infine, al tema del rapporto tra *law reporting* (di sentenze della corte suprema) e potere discrezionale di selezione dei casi da decidere, è stato significativamente osservato²²⁹ che senza la possibilità di operare una decisa scrematura dei ricorsi da accogliere l'organo di vertice dovrebbe pronunciarsi su migliaia di casi all'anno, con l'effetto che moltissime decisioni rimarrebbero «*unknown*» e «*unpublished, or only summarily published*», così da risultare «*doomed to be forgotten even by the court itself*»²³⁰.

3.2. L'effettività di un sistema fondato sullo *stare decisis* dipende, altresì, in larghissima misura dalla presenza di un sistema di *law reporting* completo – che non può significare omnicomprensivo, altrimenti rischia di sortire effetti indesiderati – facilmente accessibile, comprensibile ed efficiente. Ciò che vale, peraltro, a registrare un ulteriore sensibile divario tra gli assunti della teoria classica del precedente e la sua dimensione *in action*: per i primi non vi è alcuna differenza – in punto di vincolatività – tra un precedente pubblicato e un precedente non pubblicato, posto che la *ratio decidendi* spiega la sua *binding authority* in quanto tale; la lente della realtà operativa conduce d'altra parte a ravvisare nel fattore di conoscibilità del precedente la (altra) *condicio sine qua non* perché esso possa entrare in concreto nelle maglie del ragionamento logico-argomentativo giudiziario. Senza adeguati metodi di verbalizzazione, raccolta, indicizzazione e pubblicazione delle sentenze, cioè, «il patrimonio giuridico prodotto dall'evoluzione del *case law*... è inevitabilmente destinato a perdersi»²³¹ e «indecisione, contraddizioni, confusione e incertezza» sono le naturali conseguenze²³².

²²⁷ Si pensi a *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1955), in cui si dichiarava la segregazione razziale costituzionalmente illegittima (v. *supra*, nt. 138).

²²⁸ N. MacCormick e R. Summers, *op. cit.*, p. 446.

²²⁹ P. Bellet – A. Tunc, *La Cour judiciaire suprême - Une enquête comparative*, Paris 1978, p. 443.

²³⁰ M. Cappelletti, *op. cit.*, p. 386, accogliendo il pensiero di Tunc (v. nt. precedente).

²³¹ U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 221.

²³² Così già John Duer (fine '700), la cui opinione è riportata da C. Warren, *History of the Harvard Law School, and of Early Legal Conditions in America*, vol. I, New York 1908, p. 327.

In Nord-America questa idea era già chiara nel 1784, anno in cui uno *Statute* del Connecticut – la cui disciplina si sarebbe estesa di lì a poco a tutti gli altri Stati – imponeva ai giudici delle corti superiori di riportare le decisioni per iscritto; nel 1785 si chiariva che per iscritto dovevano essere rese anche le motivazioni; subito successivamente ci si convinceva che non poteva mancare il riferimento al fatto, per rapportarlo al principio di diritto espresso nella decisione: come chiarito a suo tempo, il fatto è assolutamente centrale al fine di comprendere, del precedente, pertinenza valore portata senso²³³. Il dichiarato obiettivo dell'intervento legislativo in discorso era fare in modo che le sentenze potessero essere «*properly reported*»: ciò nell'ottica dell'aspirazione ad un «*perfect and permanent system of common law*»²³⁴.



²³³ V. *supra*, par. 2.2.2. ss., in part. 2.2.2.2. La *ratio decidendi*, per quanto generalizzabile e fonte della *regula iuris* valevole per un numero indeterminabile di futuri casi analoghi, rimane pur sempre stabilita (e ricostruita) in maniera assai aderente al fatto, non perdendo mai il connotato della concretezza.

²³⁴ Cfr. *Revised Statutes of Connecticut of 1784*, p. 207, citato in U. Mattei, *Stare decisis*, cit., p. 59, nt. 160.

Pure in Inghilterra la finalità delle raccolte giurisprudenziali²³⁵ è quella di rendere i precedenti «*in a convenient form*»²³⁶, coniugando l'esigenza di sinteticità con una buona dose di accuratezza nell'indicazione dei *particulars* del caso di specie. Sulla scorta di un modello selettivo di repertoriazione, nei *law reports* non si dà conto di tutti i casi oggetto di decisione, bensì soltanto di quelli ritenuti rilevanti da parte di un organismo semi-ufficiale predisposto al loro vaglio, l'*Incorporated Council of Law Reporting*. Detto giudizio di rilevanza mira fondamentalmente a isolare le pronunzie aventi spiccata vocazione precedenziale, verificando se in esse si affermi una nuova *regula iuris*, o se ne modifichi una antecedentemente posta, o

²³⁵ Storicamente le prime raccolte datano alla letteratura giuridica inglese medievale del XIII secolo (cfr. F.W. Matiland, *Introduction*, in *Selden Society* 1904, pp. IX e X, citato in U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 64, nt. 158) e prendono la forma di 'Year Books' (dal 1270 ca. al 1535; cfr. V. Varano – V. Barsotti, *op. cit.*, p. 271: gli AA. chiariscono come l'autonoma repertoriazione delle decisioni della *Court of common pleas* abbia in realtà inizio a partire dal 1234; periodo in cui, però, essa non era ancora un organo giurisdizionale, ma uno dei tre organismi specializzati (accanto all'*Exchequer* e il *King's Bench*) all'interno della *curia regis*) nei quali si annota in ordine cronologico l'attività della *Court of Common Pleas*. Tale attività, in passato attribuita ad alcuni funzionari del Regno designati *ad hoc*, oggi sembra più probabile che fosse eseguita dagli studenti del 'Crib' (la culla; cfr. U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 64) – come veniva chiamata la zona di fronte alla corte che fu creata per la formazione dei giovani più meritevoli destinati alla professione forense, in ottemperanza a quanto ordinato da un *writ regio* del 1292; formazione che a partire dal XIV secolo trovò la sua spontanea evoluzione nelle *Inns of Court*, tutt'oggi responsabili della selezione della loro chiamata al 'bar' (ci si riferisce in particolare alle quattro principali Inns: Lincoln's Inn, Inner Temple, Middle Temple e Gray's Inn).

Per la loro stessa natura di appunti e riflessioni, i contenuti degli *Year Books* risultano informali e del tutto privi di sistematizzazione, così che successivamente, con la maggiore definizione dei generi letterari in ambito giuridico, lasceranno il posto a uno strumento più tecnico quale i *reports* 'nominativi' (1550-1790). Questi non sono più raccolte del Regno, ma volumi pubblicati privatamente, citati con il nome del loro autore, aventi per oggetto il resoconto delle decisioni delle corti superiori. Tra di essi – spesso di scarsa qualità, inaffidabili e irregolari – si distinguono i due volumi di Plowden (1571), contenenti circa sessanta precedenti e considerati i più vicini ai *reports* moderni, in quanto: riportano con accuratezza la *opinion* dei singoli giudici, ricercano il punto di diritto e si soffermano su questo, omettendo quanto invece appaia secondario o incidentale. Vi è poi da menzionare lo sforzo rappresentato dai *Reports* di Lord Coke (1572-1616), tanto raffinati da essere citati semplicemente come 'the Reports' (cfr. T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, Boston 1956, p. 283). Un primo tentativo di sistematizzazione delle diverse raccolte private risale al 1865 con l'avvio della serie dei 'Law Reports' per iniziativa dell'*Incorporated Council of Law Reporting*, aventi per oggetto una selezione di casi decisi dalle corti superiori, originariamente suddivisa in 11 serie e risistemata nel 1873 – dopo la riorganizzazione delle corti attuata con i *Judicature Acts* – fino ad arrivare all'attuale raccolta in quattro serie: *Appeal of Cases* (in cui si riportano le pronunce di *House of Lords* (oggi *Supreme Court of UK*) e *Judicial Committee del Privy Council*), *Queen's Bench*, *Chancery* e *Family*. Dal 1953 in avanti i *Law Reports* sono aggiornati settimanalmente dai 'Weekly Reports' che formano ogni anno una pubblicazione in tre volumi. Accanto a questi, esistono alcune collezioni specializzate per determinate aree del diritto. A tal proposito, significativo, in ambito penale, è il 'Criminal cases' di Cox (i cui trentuno volumi, però, offrono una selezione di sentenze penali limitatamente agli anni 1843-1941); come pure, in ambito commerciale e marittimo i *Lloyds Reports* (che invece risultano essere aggiornati al 2018). A lungo, peraltro, sono sopravvissute talune raccolte private come il *Law Journal Reports* (1822-1949), il *Times Law Reports* (1884-1952), il *Law Times Reports* (1859 -1947) e oggi è ancora in uso la *All England Law Reports* di Butterworths, che dal 1936 pubblica precedenti – in parte anche assenti dai *Law Reports* – dotandosi di un sistema di indicizzazione particolarmente avanzato ed efficace.

²³⁶ <https://web.archive.org/web/20100116090616/http://www.lawreports.co.uk/AboutICLR/history.htm>.

si chiarisca la soluzione di una questione giuridicamente dubbia, ovvero se esse risultino per qualsiasi ragione particolarmente «*instructives*»²³⁷.

Il richiamo all'*Incorporated Council* – al fine di evidenziare le peculiarità dei *reports* inglesi rispetto a quelli nordamericani, come si vedrà – è significativo sotto due profili. In primo luogo la selettività della repertoriazione²³⁸ si deve storicamente al *modus operandi* dell'ufficio in discorso: i *reports* inglesi includono circa il 70% delle sentenze della *Supreme Court*, il 25% di quelle della *Court of Appeal* e solo il 10% di quelle della *High Court*²³⁹; in secondo luogo testimonia l'assenza fin dalle origini, in Inghilterra, di *reporters* ufficiali, professionisti dipendenti dello Stato: l'ICLR, i cui membri sono nominati da ciascuna *Inns of Court* e dal *General Council of the Bar*, non rimane infatti inquadrato nell'amministrazione statale.

Negli Stati Uniti la raccolta e la pubblicazione delle decisioni riflette inevitabilmente la complessa articolazione delle corti, le loro collocazioni territoriali nonché i loro reciproci rapporti. Si è già fatto cenno alle cinquanta giurisdizioni tra loro indipendenti, ciascuna delle quali prevede un triplice ordine di corti (anche se, come si è pure detto, in circa un terzo degli Stati manca il grado intermedio); a cui si aggiunge un sistema di giustizia federale, con competenza in materie specificamente indicate dalla Costituzione (che prevede 94 *District Courts* e 13 *Courts of Appeals*, per arrivare al vertice dell'unica *U.S. Supreme Court*). A mettere ordine nella pluralità di centri di produzione giurisprudenziale poc'anzi richiamati, con lo scopo di giungere ad una visione unitaria, nasce, sul finire del XIX secolo, il *National Reporter System* della West Publishing Company²⁴⁰. Il sistema suddivide l'intero territorio degli Stati Uniti in sette circoscrizioni, ciascuna delle quali prevede una propria raccolta²⁴¹.

²³⁷ <https://web.archive.org/web/20100116090616/http://www.lawreports.co.uk/AboutICLR/history.htm>.

²³⁸ Uno degli effetti della selettività si può cogliere in rapporto alle decisioni delle corti inglesi inferiori alla *High Court* (v. *supra*, par. 2.1., nt. 26). Cfr. sul punto V. Varano – V. Barsotti, *op. cit.*, p. 321, là dove si ricorda che dette decisioni, oltre a non serbare efficacia vincolante per se stesse o le corti di pari grado, per la stragrande maggioranza dei casi non possono detenere nemmeno valore persuasivo, essendo pubblicate in minima parte e dunque piuttosto difficili da reperire. Si può dire quindi che non solo la regola *stare decisis* per essere effettiva debba prevedere buoni *reports*, ma più in generale il valore di precedente (a prescindere dall'intensità del vincolo) di una decisione è strettamente correlato alla sua verbalizzazione.

²³⁹ Cfr. sul punto V. Varano – V. Barsotti, *op. cit.*, p. 370

²⁴⁰ Sul *National Reporter System*, v. anche R. Caso (a cura di), *Guida alla ricerca ed alla lettura delle decisioni delle corti statunitensi*, Trento 2006, pp. 52 ss.

²⁴¹ Per Connecticut, Delaware, District of Columbia, Maine, Maryland, New Hampshire, New Jersey, Pennsylvania, Rhode Island, Vermont: l'*Atlantic Reporter* (dal 1885, siglato A., A.2d); per Illinois, Indiana, Massachusetts, New York e Ohio: il *North Eastern Reporter* (dal 1885, siglato N.E., N.E.2d), a cui deve aggiungersi anche il *New York Supplement*, raccolta autonoma per lo Stato di New York (dal 1888, siglata N.Y.S., N.Y.S.2d); per Iowa, Michigan, Minnesota, Nebraska, North Dakota, South Dakota, Wisconsin: il *North Western Reporter* (dal 1879, siglato N.W., N.W.2d); per Alaska, Arizona, California (fino al 1960), California Supreme Court (dal 1960), Colorado, Hawaii, Idaho, Kansas, Montana, Nevada, New Messico, Oklahoma, Oregon, Utah, Washington e Wyoming: il *Pacific Reporter* (dal 1883, siglato P., P.2d, P.3d), insieme al *California Reporter*, raccolta autonoma della California (dal 1959, siglata Cal. Rptr., Cal. Rptr.2d); per Georgia, North Carolina, Virginia e West Virginia: il *South Eastern Reporter* (dal 1887, siglato S.E., S.E.2d); per Arkansas, Kentucky, Montana, Tennessee, Texas: il *South Western Reporter* (dal 1886, siglato S.W., S.W.2d, S.W.3d); per Alabama, Florida, Louisiana e Missouri: il *Southern Reporter* (dal 1887, siglato So, So 2d). Ancora, sono da menzionare le raccolte delle decisioni delle corti

Si consideri, peraltro, che già a partire dai primi dell'800, il sistema americano – a differenza di quello inglese – si caratterizzava per l'affidare il compito di *editing* delle decisioni ad un *reporter* ufficiale, dipendente dello Stato²⁴². Se le due 'rivoluzioni' del sistema del precedente in America furono la cennata stesura delle *opinions* per iscritto²⁴³ e, per l'appunto, gli *official reporters*²⁴⁴; la terza, con specifico riguardo ai *reports*, è rappresentata dal grande successo commerciale dei gruppi editoriali che ne cura(va)no le pubblicazioni²⁴⁵.

Dal quadro²⁴⁶ – intenzionalmente limitato ai *reports* della West per la rilevanza che assumono nella pratica quotidiana²⁴⁷ – è agevole intuire che il volume delle decisioni pubblicate è tutt'altro che esiguo: arriviamo, oggi, a circa 5 milioni²⁴⁸. E il numero non indica l'universo intero della giurisprudenza americana: a parte lo Stato di New York – «notoriamente *leader* giurisprudenziale»²⁴⁹ –, rispetto al quale è prevista la pubblicazione delle sentenze di primo grado, di grado intermedio e di Corte Suprema in tre distinte serie di *reports*, per gli altri Stati si provvede quasi esclusivamente con riguardo alle pronunzie delle rispettive corti supreme (fanno eccezione California, Illinois, Massachusetts, Ohio e Pennsylvania, per i quali è prevista anche la raccolta delle sentenze delle corti intermedie)²⁵⁰. Le decisioni delle corti inferiori, poi, non vengono mai pubblicate tranne rare eccezioni, in quanto «*they do not serve as mandatory precedents and they do not play an important role in legal research*»²⁵¹; ma la relazione potrebbe valere anche in termini invertiti.

Oltre al problema della selezione delle decisioni e delle raccolte organiche delle stesse, la mole di precedenti americani, ancora di più che in Inghilterra, pone l'esigenza di avvalersi di sistemi di indicizzazione atti a garantire una agevole consultazione del dato

federali quali il *Federal Reporter* (dal 1932, siglato F., F.2d, F.3d; che tuttavia riguarda solo le pronunce delle *United States Courts of Appeals* e della *United States Court of Customs and Patent Appeals*), nonché il *Supreme Court Reporter* (dal 1882, siglato S. Ct.), che contiene la raccolta delle decisioni della Corte Suprema. Negli ultimi cinquant'anni sono entrati a far parte integrante del *National Reporter System* anche alcune raccolte tematiche quali il *Military Justice Reporter* (dal 1975), l'*Education Law Reporter* (dal 1982) e il *Social Security Reporter* (dal 1983).

²⁴² Cfr. U. Mattei, *Stare decisis*, cit., pp. 61-62, il quale seguita poi nello specificare che a variare da Stato a Stato erano: la procedura di nomina del *reporter*, il salario, il tipo di accordo, nonché la qualità del servizio reso; quest'ultima a sua volta dipendeva sostanzialmente dall'abilità del *reporter* e dalla qualità della sentenza.

²⁴³ Si ricordi che il riferimento alle *opinions* e non alla *opinion of the court* è giustificato dal fatto che tale prassi si affermò poco più avanti – agli inizi dell'800 – sotto l'impulso dello *Chief Justice* Marshall.

²⁴⁴ In tal senso, E. Surrency, *Law Reports in the United States*, in *Am. J. Leg. Hist.* 1981, p. 55.

²⁴⁵ Così U. Mattei, *Stare decisis*, cit., p. 61.

²⁴⁶ V. *supra*, nt. 241.

²⁴⁷ Per menzionarne un paio, solo in relazione alle pronunzie della Corte Suprema federale vi sono anche gli *United States Reports* (U.S.), che rappresentano la serie ufficiale; e gli *United States Supreme Court Reports, Lawyers' Edition* (L. Ed., L. Ed. 2d), pubblicati dalla Lawyers Co-operative Publishing Company.

²⁴⁸ Il dato si desume da M.J. Jacobstein – R.M. Mersky – D.J. Dunn, *Fundamentals of Legal Research*, Mineola, 2001, p. 7: 500.000 sentenze tra il 1658 e il 1896; e 3 milioni dal 1896 fino al 1980, con un incremento medio annuo di circa 50.000 decisioni.

²⁴⁹ U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 374.

²⁵⁰ Il dato è riportato in U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 375, nt. 44.

²⁵¹ M.J. Jacobstein – R.M. Mersky – D.J. Dunn, *op. cit.*, p. 13.

giurisprudenziale²⁵²: nasce così lo strumento del *digest*²⁵³. Attualmente l'*American Digest System* offre la sistemazione di tutte le sentenze delle corti, già pubblicate nei *reports* per ordine cronologico, secondo una rigorosa griglia concettuale volta a raggruppare i casi decisi su di uno stesso punto di diritto. Va evidenziato che, a tale scopo, il funzionamento del sistema non si basa sull'integrale testo della sentenza, ma ha come unità di analisi le *headnotes* (o *syllabi*). È predisposta, cioè, dallo stesso giudice estensore della *opinion*, una scheda di sintesi per ogni punto di diritto deciso in sentenza: questa consiste in una 'massima' (ben diversa dalle nostre!), che a sua volta rappresenta il risultato del procedimento di estrazione del 'principio di diritto' che emerge – esplicitamente o implicitamente – dalla decisione (pubblicata nel *National Reporter System*). Il *Digest* si configura quindi come un elenco di *headnotes* raggruppate per materie (a loro volta suddivise in sezioni e sottosezioni, ordinate in un indice) e sistemate in ordine alfabetico. La centralità rivestita dal precedente, peraltro, è tale da richiedere la più alta affidabilità del sistema e il suo continuo aggiornamento. Ciò che ha reso e rende necessarie ripetute operazioni di consolidamento²⁵⁴. A partire dalla terza edizione dell'*A.D.S.* (1917), si è proceduto alla classificazione delle *headnotes* attraverso l'attribuzione di un *key number*, vale a dire un codice corrispondente al singolo punto di diritto di cui nelle rispettive *headnotes* si dà conto: tutte le decisioni, cioè, sono suddivise in 7 aree giuridiche, a loro volta suddivise in circa 435 *legal topics*, ognuno dei quali si articola in 8 categorie, a ciascuna delle quali è assegnato un certo numero (*key number*). In tal modo, partendo da una qualsiasi decisione pubblicata dal *National Reporter System* si può accedere a tutti i precedenti che riguardano lo stesso punto di diritto, provenienti da qualsiasi giurisdizione degli Stati Uniti. Naturalmente l'elenco dei *key numbers* si deve intendere come invariabile rispetto ai codici già attribuiti, ma allo stesso tempo integrabile rispetto al presentarsi di nuove questioni precedentemente non classificate.

Per concludere va considerato che la digitalizzazione del sistema di repertoriatura permette oggi anche l'accesso diretto – tramite la piattaforma *Westlaw* – al *full text* della

²⁵² In Inghilterra, oltre alla già citata opera di Butterworths (v. *supra*, nt. 235), tra i digesti più completi si ricordano: l'*English and Empire Digest* (III ed. a partire dal 1971), con rinvii ai precedenti inglesi – fin da quelli risalenti ai *reports* nominativi – e ad alcune decisioni delle corti di altri paesi del Regno Unito (Scozia e Irlanda) e del *Commonwealth* (Canada, Australia, Nuova Zelanda); il *Current Law* (a partire dal 1947), con rinvii alla giurisprudenza nonché agli *statutes*, il quale prevede pure un *citor* – impostato sia sulle sentenze che sull'interpretazione degli *statutes*. Anche questo *digest* come il primo è soggetto a continui aggiornamenti con periodicità annuale (*Year Books*) e mensile (*Monthly Digest*). La consultazione è facilitata dalla presentazione dell'*abstract* della decisione in ordine alfabetico per argomento.

²⁵³ Se già nel 1840 videro la luce i tre volumi del *Digest of Courts of Common Law and Admiralty*, nel 1848 uscì lo *United States Digest of Decisions, Courts of Common Law, Equity and Admiralty*, che dopo aver raggiunto i suoi primi 31 volumi annuali, doveva essere a sua volta sottoposto a indicizzazione. Ciò avvenne nei 14 volumi di Benjamin Vanhan Abbott, che provvede all'indicizzazione delle sentenze americane fino al 1869. Il *copyright* dell'opera passa successivamente alla West, la quale dopo altri dieci anni, nel 1897, riesce a pubblicare il *Century Digest*, opera in 50 volumi che sostituisce *in toto* i precedenti parziali tentativi. Cfr. al riguardo U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 376.

²⁵⁴ La prima quella del 1906, attraverso la pubblicazione di un *Decennial Digest* in 25 volumi; a partire dalla sua nona edizione (1976-1986), più avanti, si è deciso di frazionarlo in due parti per un totale di 84 volumi.

decisione, accanto alle *headnotes*; servizio di indubbia rilevanza, soprattutto al fine di un'analisi profonda sulle autentiche radici della *ratio decidendi*: i fatti (che pure sono già esposti nella scheda in forma essenziale ma completa ed efficace). Altro vantaggio è quello di evitare alcuni punti di debolezza del sistema tradizionale quali il 'vincolo' delle *headnotes* e dei *key numbers*, i possibili errori involontari di classificazione o esclusione volontaria di alcuni casi²⁵⁵.

Se dunque è vero che rispetto all'impianto storicamente selettivo inglese, la repertoriazione americana si caratterizza per una pubblicazione tendenzialmente più estensiva delle decisioni – motivo per cui la drammaticità correlata alla mole di precedenti è stata sempre maggiormente avvertita oltreoceano –, occorre senz'altro sfumare una troppo accentuata differenziazione tra i due sistemi, considerando da una parte la massa di decisioni non pubblicate dai *reports* americani ²⁵⁶, dall'altra la progressiva estensione della pubblicazione inglese grazie al fattore della digitalizzazione; senza contare, in relazione alla giurisprudenza nordamericana ma anche inglese, che dalla piattaforma online *Lexis-Nexis* si può accedere a migliaia di *unreported decisions*²⁵⁷.

²⁵⁵ Cfr. U. Mattei, *Common Law*, cit., pp. 383-384.

²⁵⁶ Per arginare la massa di precedenti in circolo, difatti, si calcola che la percentuale delle decisioni delle *Court of Appeals* federali è scesa al di sotto del 50%; il dato è riportato da W. Reynolds – W. Richman, *An Evaluation of Limited Publication in the United States Courts of Appeals: the Price of Reform*, in *U. Chi. L. Rev.* 1981, p. 573, citati in U. Mattei, *Common Law*, cit., p. 375, nt. 46.

A livello di corti statali di primo e secondo grado, poi, si sono apprestati due rimedi per conseguire l'obiettivo di cui sopra: da un lato la '*limited publication*'; dall'altro la '*no citation rule*'. Il rigore nell'applicare il primo si registrava variabile da Stato a Stato (per esempio a seconda del *quorum* deliberativo previsto per la decisione avente per oggetto la pubblicabilità); inoltre non in tutti gli Stati vigeva anche il secondo. Il primo strumento consiste nella fissazione di «*standards di pubblicabilità*» delle decisioni; per essere meritevoli di repertoriazione, cioè, le pronunce dovevano necessariamente (alternativamente) contenere: a) affermazione di una nuova *legal rule* ovvero modificazione di una *legal rule* antecedente; b) pronunciamento relativo a questione di pubblico interesse; c) sottoposizione a critica di una disposizione legislativa; d) risoluzione di un conflitto tra precedenti. Il secondo strumento consisteva invece nel divieto – stabilito dalle stesse corti – di citare una *unreported decision*. Nell'ottica della Costituzione americana, nel caso in cui sia prevista la *limited publication*, ma non anche la *no citation rule*, potrebbe sorgere un problema di *equal protection* là dove una parte riuscisse comunque a rinvenire (e citare) il precedente non pubblicato e l'altra no. A tale inconveniente sembra oggi essersi ovviato con l'introduzione della *Federal Rule of Appellate Procedure* 32.1, volta a consentire la citazione delle *unreported decisions* emesse a decorrere dal 1° gennaio 2007. Cfr. sul punto U. Mattei, *Stare decisis*, cit., p. 151 ss., nonché U. Mattei, *Il modello*, cit., p. 200, nt. 77.

²⁵⁷ Sull'origine e l'evoluzione delle edizioni computerizzate, v. W. Harrington, *A Brief History of Computer Assisted Legal Research*, in *Law Lib. J.* 1985 e J.S. Burson, *Report from the Electronic Trenches: an Update on Computer Assisted Legal Research*, in *Leg. Ref. Serv. Q. (summer)* 1984. Dal 1996, su www.parliament.uk sono accessibili le sentenze della *House of Lords*, così come quelle della *Supreme Court of United Kingdom* su www.supremecourt.gov.uk; vari contenuti relativi alla giurisprudenza delle altre corti, inoltre, sono consultabili su www.justice.gov.uk.