

**PRINCIPI, REGOLE, INTERPRETAZIONE.
CONTRATTI E OBBLIGAZIONI,
FAMIGLIE E SUCCESSIONI**

SCRITTI IN ONORE DI GIOVANNI FURGIUELE

TOMO I

a cura di

GIUSEPPE CONTE e SARA LANDINI

e con la collaborazione di

MARCO RIZZUTI e GIULIA TESI



UNIVERSITAS
STUDIORUM

Il volume è pubblicato con finanziamenti della Fondazione Italiana del Notariato
su fondi per la ricerca della Prof.ssa Sara Landini
e con il contributo del
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università degli Studi di Firenze

© 2017, Universitas Studiorum S.r.l. - Casa Editrice
via Sottoriva, 9
46100 Mantova (MN)
P. IVA 02346110204
tel. 0376 1810639
<http://www.universitas-studiorum.it>

Finito di stampare nel *** 2017

ISBN 978-88-99459-**-**

NOTE IN TEMA DI USO FORENSE DEI PRECEDENTI GIUDIZIARI

ANTONIO GAMBARO
Prof. ordinario Università di Milano

SOMMARIO: 1. L'occasione di uno scorcio della Cattedrale. – 2. L'uso argomentativo del precedente nelle prassi forensi. – 3. Precisazioni semantiche su uno xenonimo. – 4. Le indicazioni provenienti dalle esperienze di common law. – 5. Le valenze intrinseche ai precedenti: la funzione semplificativa. – 6. La funzione preclusiva dei precedenti conformi. – 7. La funzione propulsiva del precedente.

1. L'occasione rappresentata da un incontro di studi¹ sui precedenti giudiziari ed il loro uso nelle prassi forensi, mi portò a riflettere su un tema che in sé può apparire limitato, ma che in realtà pertiene alla più vasta tematica dell'analisi del *Legal Process*, ossia dei fattori dinamici che assicurano il funzionamento di un ordinamento conferendogli efficacia non sotto il profilo astratto della cosiddetta efficacia giuridica, ma sotto quello concreto delle modalità con cui si producono decisioni giuridiche che si impongono anche ai non osservanti.

In quest'ottica, mi è parso che l'analisi degli usi dei precedenti, imponendo una parallela analisi delle loro funzioni possa contribuire a chiarire, a livello conoscitivo, alcuni meccanismi molecolari che condizionano i modi con cui si procede concretamente all'interpretazione e allo sviluppo del diritto; concetti che suggerirei di mantenere distinti anche se nei discorsi giuridici correnti (tranne quelli che si esprimono in lingua tedesca ove si distingue tra «*Auslegung*» e «*Rechtsfortbildung*») sono accumulati sotto la denominazione generale di “interpretazione del diritto”.

Si tratta deliberatamente di un piccolo scorcio della Cattedrale rappresentata dalla imponente tematica suddetta e volentieri, ma con umiltà di intenti, offro un primo precipitato delle riflessioni che l'occasione mi ha suggerito, all'amico Giovanni Furguele ben sapendo quanto il tema dell'interpretazione gli sia caro.

2. Circa l'uso forense del precedente giudiziale si dia per scontato che in tale contesto il cosiddetto “precedente” viene “invocato”, ovvero viene citato come argomento per indicare la soluzione giuridicamente corretta di un problema giuridico attorno al quale è insorta una divergenza di valutazione. In questo senso, ancora del tutto generico, l'uso forense del precedente non è diverso dall'uso che se ne fa in dottrina, ove, sempre più spesso, l'ultima soluzione giurisprudenziale viene assunta come indiscutibilmente dirimente di un punto controverso. Tecnica argomentativa che in realtà era già in uso nella seconda

1. Seminari “*Leibniz*” per la teoria e la logica del diritto, I precedenti, Roma, Giovedì 6 luglio 2017.

e terza fase dell'*école dell'exégèse*², e si fonda sul riconoscimento che i giudici godono di una autorevolezza particolare, che si trasforma in autorità positiva quando si tratti della Corte di Cassazione che è dotata di funzioni di nomofilachia, recentemente ribaditi e rafforzati dalla riforma del processo civile di cassazione³.

L'assunto per cui nel contesto del discorso forense, il "precedente" è uno dei materiali con cui si costruisce un tessuto argomentativo che vuole essere solo persuasivo e in armonia con l'assunto tradizionale per cui in un sistema di *civil law* il precedente giurisprudenziale ha valenza argomentativo-persuasiva e non è giuridicamente vincolante⁴, ma lascia aperti una serie di problemi, ad iniziare da quello del suo non facile coordinamento con la funzione creativa della giurisprudenza⁵, che si collocano nell'ambito dell'inquadramento conoscitivo del tema. Rispetto ad una gamma di questioni molto vasta ed anche ampiamente indagata⁶, mi limiterò ad elencarne alcune che a mio avviso me-

2. Cfr. J. BONNECASE, *L'école de l'exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*; 2e éd. entièrement revue et augmentée, Paris, 1924.

3. D. leg. n. 40 del 2006, in attuazione della l. delega n. 80 del 2005.

4. Cfr. R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, p. 279.

5. Cfr. R. RORDORF, op cit.

6. In tema si vedano le opere collettive che sono state approntate in varie discipline: G. VISINTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Cedam, Padova, 1989; su cui cfr. A. MIRANDA, *La giurisprudenza per massime ed il valore del precedente (note per un convegno)*, in *Riv. critica dir. privato*, 1988, p. 513, e S. SICA, *Convegno su «la giurisprudenza per massime e il valore del precedente»*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 777; G. COCCO (a cura di) *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Cedam, Padova, 2005; M. PEDRAZZA GORLERO (a cura di), *Il precedente nella giurisprudenza della corte costituzionale*, Cedam, Padova, 2008; nonché gli studi monografici di: A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale - Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 1999; M. BIN, *Il precedente giudiziario*, Cedam, Padova, 1995; e le voci enciclopediche, tra cui da ultimo, M. MARINELLI, *Precedente giudiziario*, in *Encicl. dir.*, aggiornamento-VI, Giuffrè, Milano, 2002, p. 871. Una attenzione intensa è stata dedicata al tema dalla rivista "*Contratto e Impresa*" ove sono stati pubblicati studi di rilievo, tra cui vedi: F. GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, ivi 1985, p. 701; G. DE NOVA, *Sull'interpretazione del precedente giudiziario*, ivi 1986, p. 779; *Otto voci sul precedente giudiziario*: GALGANO, *Dei difetti della giurisprudenza, ovvero dei difetti delle riviste di giurisprudenza* - BONSIGNORI, *L'art. 65 dell'ordinamento giudiziario e l'efficacia persuasiva del precedente* - DE NOVA, *L'astrattezza delle massime e le origini dell'ufficio del massimario* - SBISÀ, *Certezza del diritto e flessibilità del sistema (la motivazione della sentenza in common law e civil law)* - INZITARI, *Obbligatorietà e persuasività del precedente giudiziario* - GENGHINI, *Il punto di vista del magistrato della cassazione* - BASEDOW, *Fattori e strumenti processuali dell'evoluzione giudiziaria del diritto* - BIN, *Funzione uniformatrice della cassazione e valore del precedente giudiziario*, ivi, 1988, p. 504; P.G. MONATERI, *L'occhio del comparatista sul ruolo del precedente giudiziario in Italia*, ivi, 1988, p. 192; F. GALGANO, *L'efficacia vincolante del precedente di cassazione*, ivi, 1999, p. 889; M. CROCE, *La «lunga marcia» del precedente: la nomofilachia come valore costituzionale?*, ivi, 2011, p. 847. Nella letteratura giuridica italiana il tema del precedente è considerato da varie angolature in numerosi saggi, tra cui vedi: N. PICARDI, *Appunti sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, p. 201 e in *Raccolta di scritti in memoria di Angelo Lener*, Esi, Napoli, 1989; V. VIGORITI, *La decisione arbitraria come precedente*, in *Riv. arbitrato*, 1996, p. 33; M. CAVINO, *Il precedente tra certezza del diritto e libertà del giudice: la sintesi nel diritto vivente*, in *Dir. e società*, 2001, p. 159; M. CAVINO, S. CHIARLONI, *Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giurisprudenziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 614; S. MAZZAMUTO, *Certezza e prevedibilità: nuove frontiere della nomofilachia e tentativi di enforcement del precedente*, in *Politica del diritto*, 2003, p. 157; E. CALZOLAI, *Il valore di precedente delle sentenze della corte di giustizia*, in *Riv. critica dir. lav.*, 2009, p. 41; G. LUCIETTI, *Il valore del precedente giurisprudenziale sul confine mobile tra potere legislativo e potere giudiziario - Profili romanistici*, in *Arch.*

ritano una certa attenzione collocandole nell'ottica dello studio realistico dei fenomeni giuridici senza rinunciare alle indicazioni che provengono dalla prospettiva del confronto comparativo⁷.

3. Il confronto comparativo come è noto serve anzitutto a chiarificare attraverso l'effetto di contrasto⁸ il significato comunemente attribuito ad un segno linguistico da una data comunità di parlanti. È quindi da ricordare che la parola precedente è penetrata nell'uso linguistico corrente per evidente suggestione dei modelli angloamericani e più precisamente per imitazione del lessico utilizzato nelle teorizzazioni che in quella tradizione giuridica sono state offerte in relazione al diritto di fonte giurisprudenziale⁹. Tuttavia in tale trasposizione è accaduto che la nozione di precedente giurisprudenziale abbia diluito la propria efficacia vincolante (infatti la vincolatività riconosciuta anche alla singola decisione nella teoria classica dello *stare decisis*, non è trasponibile in un sistema di *civil law*), ma abbia dilatato assai il proprio campo semantico, divenendo espressione linguistica con cui si può denotare qualsiasi asserzione che sia contenuta in una sentenza giudiziale anche se non è la *ratio decidendi* del caso della vita oggetto del giudizio¹⁰.

In altri termini, nelle nostre prassi discorsive la parola "precedente" denota mere citazioni di brani estrapolati da sentenze e da massime che dovrebbero acquistare valore

giur., 2014, p. 507; A. MARTINUZZI, *Un'analisi comparata sull'uso del precedente di fronte alle corti costituzionali*, in *Percorsi costituzionali*, 2015, p. 559; S. BERTEA, C. SARRA, *Dialettica del precedente - Appunti per una collocazione teorica dell'uso del precedente straniero*, in *Ars interpretandi*, 2016, fasc. 1, p. 13.

7. Del resto, nella dottrina italiana sul tema del precedente la letteratura di riferimento è costituita dagli studi comparatistici con le esperienze di common law, ai quali si deve fare rinvio per gli indispensabili riferimenti agli studi e ricerche condotti in lingua inglese che sono troppo numerosi per essere citati in questa sede, cfr. in sintesi: U. MATTEI, *Stare decisis*, Milano, Giuffrè, 1988; ID., *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. Civ.*, XIV, p. 148 (1996); G. GORLA, *Precedente giudiziale*, in *Encicl. giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XXIII; F. DE FRANCHIS, *L'interpretazione del precedente giudiziario nei sistemi di «civil law» e di «common law» (accenni comparatistici)*, in *Contratto e impr.*, 1986, p. 91; L. ANTONIOLLI, *Il precedente giudiziario come fonte del diritto: l'esperienza inglese*, in *Riv. dir. civ.* 1993, I, p. 133; M. TARUFFO, *Il giudice e la rule of law*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, p. 931; ID., *Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2001, parte V, p. 345; ID., *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, p. 709; ID., *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2014, p. 37; J. OVALLE FAVELA, *Tradizioni giuridiche e processo civile: sentenza, precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, p. 867; M. SERIO, *Il valore del precedente tra tradizione continentale e common law: due sistemi ancora distanti?*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, suppl. al n. 1, p. 109; E. CALZOLAIO, *Riforma del processo di cassazione e precedente giudiziale: riflessioni nella prospettiva della comparazione civil law-common law*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 1003; R. MANCUSO, *Il precedente giudiziale tra ordinamenti di common law e di civil law*, in *www.diritto.it*, 2011; M. SERIO, *La rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario inglese*, in *Europa e dir. privato*, 2013, p. 357; G. CRISCUOLI, M. SERIO, *Nuova introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 267 ss.

8. Cfr. A.G. CONTE, *Semantica della xenonimia*, in R. SACCO (a cura di), *Le nuove ambizioni del sapere del giurista: antropologia giuridica e traduttologia giuridica*, in *Atti dei Convegni Lincei - 253*, Roma, Scienze e Lettere, 2009, p. 161.

9. Pertanto la parola precedente e xenonimo della parola inglese "precedent", non essendovi dubbio alcuno che l'una traduce l'altra

10. Pertanto è dubbio che la parola precedente abbia il medesimo referente della parola "precedent", anzi gran parte della letteratura comparatistica, *supra* n.7, suggerisce che tra i due segni non intercorre il fenomeno semantico della identità di *Bedeutung*.

persuasivo dall'autorevolezza delle loro fonti. Il che esclude dal suo campo semantico solo le citazioni errate, o manipolate che fanno dire ad una corte l'opposto di ciò che ha deciso, citazioni che pure sono frequenti non solo negli atti degli avvocati.

Ciò che quindi è andato perduto nell'operazione di trasposizione da una esperienza all'altra è sia il significato normativo ed istituzionale del concetto di precedente giudiziale, sia l'apparato teorico-intellettuale che ne guida il trattamento ai fini delle decisioni giudiziali successive. Diviene quindi banale osservare che senza la guida di criteri di selezione ed individuazione delle decisioni precedenti che siano congruenti con il problema *sub judice*, le citazioni di meri *holdings* tratti da giudicati precedenti non possono svolgere altra funzione all'infuori di quella di ottenere la immediata persuasione del giudicante (anche a costo di gettare talvolta sabbia negli occhi dei giudici), ponendosi così al di fuori di qualunque forma di sapere giuridico, il quale richiede come minimo una esposizione ordinata e controllabile di argomentazioni secondo i canoni di ragionamento comunemente accettati da una data comunità di giuristi.

4. Circa il significato che deve essere attribuito al termine di partenza, ossia alla parola inglese "*precedent*" si deve osservare che nelle esperienze di *common law* le tecniche di trattamento dei precedenti hanno subito, a partire dagli anni trenta del secolo scorso, una evoluzione se non una vera e propria metamorfosi. Sicché risulta improponibile l'operazione consistente nel riportarsi alla cosiddetta teoria classica del precedente giudiziale di *common law*, che in realtà era una teorizzazione essenzialmente inglese, non solo perché si tratta dell'impostazione più nettamente confliggente con i postulati basilari dei sistemi di *civil law*, ma anche perché è antistorico rifarsi ad una impostazione abbandonata da coloro stessi che l'avevano sostenuta.

Pertanto il riferimento alla certo più ricca ed estesa esperienza di *common law* non deve essere finalizzato ad attuare un migliore ricalco del modello storico di partenza; ma, più appropriatamente, al fine di comprendere meglio quale sia la posta in gioco, ossia quale siano gli effetti che si producono quando si verificano slittamenti di significato delle parole nei discorsi dei giuristi, e, soprattutto, quali effetti ci si può attendere quando si varino le funzioni assegnate all'istituto giuridico che costituisce il referente della parola in questione.

Infatti analizzando le esperienze di *common law* diviene chiaro che se si intende per precedente unicamente la *ratio decidendi* adottata da una corte superiore per risolvere un caso portato alla sua attenzione, si limita severamente la introduzione di nuove regole di diritto per via giurisprudenziale.

Tale restrizione interviene in due modi. In primo luogo, che è ovvio, perché vincolando il giudice successivo a seguire la stessa *ratio decidendi* che è già stata adottata in passato da una corte di pari rango, gli si impedisce di esprimere una regola nuova che sia ritenuta più adatta a decidere il caso secondo razionalità e giustizia. In secondo luogo, meno ov-

vio, ma più importante, perché limitando la nozione di precedente alla sola *ratio decidendi* con esclusione degli *obiter dicta*, si rende assai più lento lo sviluppo del diritto giurisprudenziale in quale deve attendere non solo che un caso inusitato – e perciò non coperto da un precedente – si presenti avanti una corte superiore, ma deve attendere che corti successive applichino la medesima regola a casi analoghi definendone così l'area di rilevanza.

Se si tiene presente che anche nelle esperienze di *common law* il diritto giurisprudenziale non è mai stata l'unica fonte dello sviluppo del diritto, avendo sempre concorso nello svolgimento di tale compito con la legislazione e che in tale situazione di concorrenza l'attitudine ad attuare velocemente un adeguato sviluppo del diritto è divenuta, in società caratterizzate da un insaziabile appetito di nuove regole giuridiche, la ragione principale per orientare la divisione del lavoro tra i formanti, diviene agevole comprendere che l'effetto istituzionale dei criteri classici di trattamento del precedente giurisprudenziale è quello di assegnare a legislatori e regolatori l'intero compito di aggiornare e “modernizzare” l'ordinamento giuridico.

Questo esito è parso insopportabile a non pochi ed in particolare a coloro i quali hanno a cuore gli interessi di minoranze che non riescono a farsi udire nelle assemblee elettive e da ciò è derivata la tendenza a svincolare i giudici dal rispetto del precedente in senso classico. Tendenza che si esprime in tecniche sofisticate, in uso particolarmente nell'esperienza americana, che in gran parte servono ad attenuare la critica principale alla creazione del diritto per via giurisprudenziale, rendendolo più accettabile, ma che producono immancabilmente l'esito di sciogliere l'efficacia persuasiva delle *opinions* giudiziali dalla restrizioni imposte dalla cosiddetta teoria classica, allargandola a tutti gli *holdings* espressi nella opinione, o nelle opinioni, della corte, concorrendo in tal modo a rendere più veloce, ed anche più incerta, l'evoluzione del diritto di origine giurisprudenziale.

Al fondo, ciò che le esperienze di *common law* indicano è che la posta in gioco è lo spazio che si vuole riservare al formante giurisprudenziale nello sviluppo del diritto e che tale posta non è politicamente neutra perché i due formanti agiscono secondo logiche diverse. Se ciò è vero ed è anche indubbiamente rilevante giova però considerare più da vicino i meccanismi fini con cui si ricerca un equilibrio ottimale tra le diverse, ed opposte, funzioni che tradizionalmente sono state assolte dal diritto creato dalle corti di *common law*.

Sorvolando per il momento sul dato di fatto che anche nell'esperienza americana l'efficacia persuasiva degli *holdings* è fortemente gerarchizzata e quindi segue schemi consuetudinari niente affatto anarchici, ciò che preme sottolineare è la rilevanza della figura del giudice. Si dovrebbe infatti ricordare che nelle tradizioni di *common law* ciò che un giudice ritiene (*to hold*) quando si esprime come giudicante è autorevole perché consuetudinariamente il giudice delle corti di appello impersona il giurista più autorevole, ed anche perché contiene il preannuncio di ciò che egli riterrà in futuro nel contesto di un ambiente che mantiene in linea di massima il criterio dello *stare decisis* ed è incline a considerare che la

sapienza giuridica consiste nel prevedere che cosa dirà il giudice, ma ciò sul presupposto implicito che il giudice delle corti superiori sia il giurista più sapiente. Da noi, in pochi anni, il giudice è passato da impersonare la bocca della legge ad essere pensato come la fonte della legge in qualsiasi contesto si esprima, ed anche con scarsa attenzione al rango che occupa nel sistema giudiziario. Vi è una certa ironia storica in questa discontinuità, ma quanto si è qui accennato serve a ricordare che le scelte circa i criteri di selezione ed individuazione di materiali giurisprudenziali qualificabili come persuasivi, è “preceduta” da opzioni di politica del diritto relative al tema delle fonti dello stesso, ma è seguita da una serie di delicati meccanismi istituzionali che si formano da soli, ma che debbono essere resi congruenti l’uno con l’altro se vogliono svolgere le funzioni che le scelte politiche gli assegnano.

5. In tema di meccanismi istituzionali, si può osservare che se è vero che lo spazio riservato da un ordinamento giuridico moderno alla dinamica del diritto giurisprudenziale si definisce necessariamente in rapporto alle parallele dinamiche delle altre fonti, nonché in relazione alla struttura istituzionale che governa il sistema delle corti e che quindi il tema delle funzioni che vogliono assegnare al precedente giurisprudenziale si colloca inevitabilmente in un quadro molto complesso; tuttavia non ogni aspetto di tale dinamica si definisce in funzione di scelte di politica del diritto. Vi sono alcuni elementi della complessità del quadro che dipendono da caratteri intrinseci alle strutture delle fonti di produzione del diritto. Esemplicativamente: la tensione tra la funzione stabilizzatrice e la funzione propulsiva è permanente e dipende dal modo di essere del diritto giurisprudenziale e del diritto legislativo. Su ciò mi sembra che il consenso sia pressoché universale, tante sono le volte in cui si è sentito ripetere l’elenco dei pregi e dei difetti intrinseci a ciascun formante; ma se si ha riguardo all’uso forense del precedente giudiziario è facile avvedersi che tale prassi utilizza principalmente la valenza di semplificazione che il precedente offre rispetto al groviglio delle fonti del diritto invocabili. È banale infatti osservare che se su ogni questione si appunta una pluralità di regole provenienti da svariate fonti di produzione, è più semplice rifarsi a quanto già deciso da una corte la quale abbia vagliato la stessa pluralità di regole selezionando quelle rilevanti e dotandole di un significato certo. In altri termini, o è ovvio che in sistemi giuridici che sono, in ogni componente (legale, regolativa giurisprudenziale) sistemi multilivello, per l’avvocato è più semplice rifarsi ad una decisione giudiziale in cui si assume che si sia già compiuto il processo di coerenza tra i prodotti delle diverse fonti ed, inoltre, si è provveduto a svolgere quell’attività concretizzatrice che da un contenuto più preciso alla struttura necessariamente più aperta delle disposizioni normative¹¹.

È ovvio che in questi assunti, specie quando siano riferiti a corti diverse da quella di legittimità, presentano i caratteri delle finzioni giuridiche, ma vi sono buone ragioni di economia processuale per mantenere tale comune credenza.

11. Cfr. G. CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012, V, col. 305.

Quando si sottolinea che il discorso dei forensi ha mutato aspetto e che sempre più si è trasformato in un elenco di precedenti invocati, forse si trascura di considerare che strategie argomentative che si basino su fonti legali o regolamentari sono in molte circostanze antieconomiche.

In ogni caso la funzione semplificativa del precedente serve a spiegare le ragioni dell'assoluta prevalenza dei riferimenti ai precedenti giurisprudenziali nei materiali argomentativi adottati dagli avvocati, ma introduce anche uno slittamento di prospettiva. Se si assume il dato di fatto storico che i forensi basano le loro argomentazioni giuridiche sulle pregresse decisioni giudiziali, e non si ha tema di incorrere nel peccato di fallacia naturalistica, si può facilmente trascorrere alla conclusione che si può almeno presumere la non correttezza di un argomento che sia stato già esaminato e concordemente rifiutato nella giurisprudenza pregressa.

Ciò accade quando, perseguendo la finalità deflattiva di ridurre la massa dei procedimenti pendenti¹², si assegna ai precedenti conformi un ruolo di filtro ai fini dell'ammissibilità dei ricorsi in appello o per cassazione, come accade ai sensi dell'art. 348-ter c.p.c. e dell'art. 360-bis c.p.c.. In tale ipotesi si fa leva sulla attitudine delle decisioni giudiziarie, specie quelle di ultima istanza, a sancire una regola giuridica formulandola allo stesso livello semantico nel quale un dubbio interpretativo può porsi, ma si volge questa valenza intrinseca alla decisione giudiziale a tutt'altro fine rispetto alla funzione semplificativa di cui si è detto. Si da origine infatti ad un uso del precedente che è stato efficacemente denominato "preclusivo".

6. Vi sono buone ragioni a sostegno di un uso preclusivo dei precedenti, uso cui del resto si ricorre non solo in Italia, e la principale di tali ragioni mi pare facilmente rinvenibile nel dato ovvio per cui il perseguimento della funzione semplificatrice del precedente giudiziario ed al di là da essa della solo leggermente diversa funzione stabilizzatrice dello stesso, diviene problematico, se non del tutto impossibile, quando i precedenti sono eccessivamente numerosi e dalla gran massa di essi, anche senza ricorrere a manipolazioni, diviene agevole estrarre *holdings* idonei a sostenere qualunque argomento. Qui si contemplano gli effetti di una delle differenze di fondo tra i sistemi di *common law* e quelli di *civil law*, perché in quelli non solo vige sia pure in forma attenuata e flessibile il principio dello *stare decisis* che evita o cura i conflitti di giurisprudenza, ma i precedenti invocabili sono una frazione molto ridotta di quelli prodotti dalle corti dei sistemi di *civil law*. Diviene quindi necessario introdurre correttivi che evitino il formarsi di una fittissima rete dei precedenti ed il conseguente effetto perverso di moltiplicare i contrasti¹³.

12. Cfr. A. MARTINUZZI, *Le conseguenze giuridiche dell'inosservanza del precedente giudiziario in ambito processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, p. 1345.

13. Cfr. G. CANZIO, *op cit.*

Giova però precisare che in riferimento al cosiddetto precedente preclusivo, la parola precedente denota non già una decisione singola, ma una serie più o meno ampia di decisioni che uniformemente esprimono un orientamento giurisprudenziale. Più che al concetto anglosassone di precedente giurisprudenziale qui siamo vicini all'idea di *doctrina legal*.

Più ancora si deve osservare che in riferimento alle norme procedurali citate, il precedente si caratterizza per una sua valenza negativa nel senso che preclude la riproposizione di un argomento, o di una tesi, che in passato è stata più volte respinta dalle corti superiori. Ciò chiarisce la funzione negativa dell'accertamento contenuto nei precedenti conformi. La valutazione che rileva non è riferita alla soluzione appropriata di una controversia che nasce da un caso della vita, ma è relativa alla ammissibilità o inammissibilità di un argomento addotto a sostegno di una data soluzione. Siamo quindi due volte lontani dalla nozione di precedente giudiziale nel senso originario perché siamo di fronte al ripetuto pronunciamento delle corti su una questione giuridica specifica e non quindi ad un pronunciamento su un intero caso della vita; da tale ripetuto pronunciamento discende un giudizio di inammissibilità di un argomento singolo, il quale in definitiva viene qualificato come giuridicamente insostenibile mediante un autorevole parere di tipo dottrinale e non in seguito alla valutazione giudiziale di un caso da cui estrarre la regola giuridica valida per tutti i futuri casi simili.

Qualificare un argomento, o una tesi giuridica, come insostenibile equivale però a attivare un meccanismo che persegue anche la funzione stabilizzatrice del diritto giurisprudenziale. È stato infatti finemente osservato che nella dinamica del diritto giurisprudenziale è rilevante affermare che un argomento è giuridicamente sostenibile, anche se non viene accolto. Infatti qualificare come sostenibile un argomento, incoraggia gli avvocati ad invocarlo e crea nell'opinione pubblica l'immagine che si tratti di un argomento vincente e da ciò deriva una pressione esercitata sulle corti ad accettarlo anche quando produce risultati bizzarri¹⁴. All'opposto qualificare un argomento come insostenibile significa sbarrare la strada alla proposta innovativa che tale argomentazione intende sostenere.

7. Se si assume che il ricorso al criterio del precedente a scopo deflattivo, sfocia nell'assegnare allo stesso criterio una funzione stabilizzatrice del diritto giurisprudenziale, occorre verificare il grado di compatibilità con la funzione creatrice che si voglia preservare in capo alla giurisprudenza delle corti, la quale naturalmente pone capo ad un precedente innovativo che ha effetto propulsivo sull'intero sistema.

Chiaramente non è in questione la dinamicità del sistema giuridico in generale. La funzione stabilizzatrice svolta dal precedente preclusivo è facilmente compatibile con un mutamento legislativo. Ciò è vero non solo nel caso, ovvio, in cui i precedenti conformi siano relativi

14. Per questa osservazione cfr. G. CALABRESI, *A common law for the ages of statute*, Harvard Univ. Press., 1982, p. 168.

all'interpretazione di un testo legislativo; ipotesi nella quale si comprende facilmente che la abrogazione, o la novellazione, del testo rende priva di efficacia normativa la interpretazione del testo antecedente. La compatibilità logica della funzione stabilizzatrice dei precedenti conformi con le novità legislative si estende anche alle ipotesi in cui la soluzione conformemente adottata dalla giurisprudenza abbia solo remoti gradi di parentela con l'interpretazione dei testi legali in senso stretto e si ponga come regola di preta fonte giurisprudenziale. Tale compatibilità logica dipende dal fatto che in tal caso intervengono i normali criteri di organizzazione della gerarchia delle fonti che vede comunque la prevalenza della fonte legale, rispetto alla fonte giurisprudenziale e la prevalenza della regola successiva rispetto a quella antecedente. In questo contesto quindi il problema residuo riguarda solo la saggezza del legislatore che riduca l'area delle certezze del diritto che sono così difficile da acquisire.

Diversa prospettiva si impone quando accanto al ruolo di filtro deflattivo assegnato al criterio del precedente, si voglia preservare la funzione propulsiva del diritto giurisprudenziale e quindi la creatività della giurisprudenza.

In tema rilevano certamente più le mentalità che le norme e quindi ha rilevanza la propensione dei giudici verso il polo del valore della certezza piuttosto che verso quello dello sviluppo del diritto, ma non si può omettere dal ricordare che la propensione a favorire lo sviluppo del diritto per via giurisprudenziale si manifesta anche nel modo con cui l'art. 360.bis c.p.c. lascia aperta la porta a ricorsi con cui si ripropongono tesi uniformemente respinte in passato dalla stessa corte di cassazione, ma che offrano elementi per mutare l'orientamento della stessa.

Rileva inoltre la prassi pregressa delle istituzioni giudiziarie e quindi l'attitudine della stessa Corte di Cassazione ad attuare mutamenti di "giurisprudenza". Attitudine di cui non sono certo mancate manifestazioni negli anni passati ed a cui non è mai mancato il sostegno dei forensi ed anche della dottrina. Al riguardo basta sottolineare un dato empirico. Nella nostra letteratura recente le analisi dei precedenti giurisprudenziali, o del diritto giurisprudenziale *tout court*, sono prevalentemente dedicate a mettere in luce le novità introdotte nel tessuto ordinamentale per via giurisprudenziale¹⁵, ed a sottolineare il ruolo propulsivo dello sviluppo del diritto che è svolto dal precedente giudiziario che si svincola dal rispetto della lettera della legge¹⁶.

Se si ritorna a contemplare la tensione tra funzione stabilizzatrice dei precedenti giudiziari e la funzione di contributo allo sviluppo del diritto, si ritorna anche a considerare come giovevole il riferimento alle vicende delle esperienze giuridiche di *common law*, per chiarire meglio il contesto generale in cui l'una o l'altra funzione può dispiegarsi. Si può quindi ricordare che la teoria classica del precedente di *common law*, quella, tanto per inten-

15. Cfr. ad esempio, M. FRANZONI, *Diritto, processo e precedente giudiziario*, in *Politica del diritto*, 2013, p. 415.

16. Il che, con mia sorpresa, è sostenuto anche in ambito penale; cfr. R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo - Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1769.

dersi, che Gino Gorla fece conoscere in Italia negli anni sessanta del secolo scorso¹⁷, sia sorta e si sia perfezionata in un ambiente, quello dei giuristi vittoriani, in cui era diffusa la convinzione che il *common law* avesse raggiunto, almeno in molti settori, il traguardo della quasi perfezione e che ciò rendeva indesiderabile l'introduzione di mutamenti. Viceversa l'abbandono della teoria classica si deve collocare in un ambiente intellettuale in cui prevaleva l'idea che le regole messe a punto dal *common law* necessitassero di profondi cambiamenti, anche al fine di preservarla¹⁸. Nelle esperienze di *common law* attuali questo sentimento è in parte mutato¹⁹, ma soprattutto si è indagato a lungo sia sul problema della legittimazione dei giudici a produrre mutamenti delle regole giuridiche, sia sulla loro capacità di produrre nuove regole giuste, pervenendo a suggerire una serie di criteri mediante i quali individuare le aree del diritto in cui lo sviluppo per via giurisprudenziale è preferibile, e quelle in cui è invece preferibile che siano altri formanti a farsene carico.

Nella nostra esperienza giuridica, al momento sembra prevalere un sentimento di sfiducia verso il diritto creato dal legislatore ed anche quello introdotto da autorità indipendenti non gode di ottima stampa, e pertanto l'apparentemente desiderato sviluppo del diritto è affidato alle cure della giurisprudenza.

In simile contesto è difficile che la funzione stabilizzatrice connessa alla introduzione del precedente preclusivo, possa dispiegarsi in direzione di assicurare una più elevata calcolabilità del diritto²⁰.

Il dubbio è che se ci mantiene nella indistinzione evocata dalla vaghezza delle parole normalmente utilizzate: diritto, precedente, corti, giurisprudenza, etc., difficilmente si può procedere alla individuazione di criteri atti a contemperare la inevitabile tensione di cui si è fatto cenno, ossia ad individuare i punti di equilibrio che in ciascun tempo siano adatti alle circostanze. Infatti se è vero che il valore del precedente giudiziale «non è un valore assoluto, ma metodologico»²¹, non è men vero che il suo uso nel foro pratico, per usare una espressione del Cardinal de Luca, potrebbe trarre giovamento da un buon metodo di analisi. Ma ciò imporrebbe di inserire negli usi persuasivi del precedente anche componenti sapienziali che se non sono mai del tutto mancate nelle prassi forensi²², non paiono particolarmente in auge.

17. Cfr. G. GORLA, *Saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente in Italia*, in *Quaderni de Il Foro italiano*, 1966.

18. Cfr. B.N. CARDOZO, *To Rescue "Our Lady of the Common Law"*, in *American Bar Association Journal*, Vol. 10, No. 5 (MAY, 1924), pp. 347-349.

19. Cfr. R.A. EPSTEIN, *Simple Rules for a Complex World*, Harvard Univ. Press, 1995.

20. Cfr. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016.

21. Cfr. G. CANZIO, op. cit., ove si cita G. BORRÉ, *L'evoluzione della corte nel diritto commerciale e del lavoro, nel diritto pubblico e processuale civile*, in *La Corte di cassazione nell'ordinamento democratico*, Milano, 1996, p. 252.

22. Cfr. G. ALPA (a cura di), *Sine Causidicis*, Roma, Consiglio Nazionale Forense, 2009, prefazione, p. VII.