



IL VALORE DEL PRECEDENTE NEL SISTEMA ORDINAMENTALE*

PASQUALE STANZIONE

1. Affermare che in questa materia si possano delineare delle conclusioni, oltre che improprio, è sicuramente impossibile. A tutto voler concedere si possono individuare indici di tendenza.

I relatori tutti, con diversità di accenti, hanno posto in luce che nell'ora presente il diritto si muove nell'incertezza, nel disordine, nella complessità dei fatti, nella molteplicità delle fonti, nella sovrapposizione degli ordinamenti.

E quando le cose si complicano, nel diritto - come nelle vicende della vita - bisogna forse riandare alle scaturigini prime del fenomeno per tentare di conquistare almeno un barlume di orientamento.

Che cos'è il precedente? Se partiamo dalla definizione linguistica, rinveniamo nel dizionario della lingua italiana del Devoto-Oli che precedente significa anteriore nel tempo e, in campo giuridico, "decisione data in passato, più o meno autorevole o vincolante nei confronti di un caso identico o simile".

La definizione è icastica e consente di annotare immediatamente le due caratteristiche che contrassegnano il precedente: anteriorità temporale e simiglianza o analogia dei casi sui quali è vocato ad intervenire.

Ma v'è di più: il linguista fa riferimento, alternativamente, all'autorevolezza o alla vincolatività, che sono i poli tra i quali ha oscillato la dottrina e la pratica del diritto nei vari secoli e nei diversi ordinamenti, come i relatori hanno opportunamente sottolineato. Anche se non è dato sapere con certezza se si è veramente usciti fuori da tale dilemma e se si sono tracciate nuove vie per la soluzione del problema.

Utile si appalesa, peraltro, il richiamo di talune distinzioni, sia pure di immediata percezione: in effetti, è vero che per meglio comprendere, bisogna distinguere.

E così, altro è una sentenza qualsiasi, altro il precedente. Il precedente è quella sentenza che esprime un principio di diritto in modo chiaro, originale, innovativo.

Se un giudice risolve una nuova questione allo stesso modo in cui nel passato è stata risolta una questione analoga, se non identica, egli sta decidendo secondo il precedente, secondo cioè una regola che trova applicazione anche nei casi successivi.

Si comprende allora come precedente e giurisprudenza siano due nozioni distinte. La giurisprudenza è l'insieme delle decisioni, delle sentenze, che sono innumerevoli e che possono, pertanto, risultare variabili, ambigue, contraddittorie - taluno discorre dei Tribunali

* Lo scritto, eliminate le parole di circostanza, riproduce le conclusioni al Convegno su *Il valore del precedente nel sistema ordinamentale*, organizzato dal Consiglio nazionale forense e svoltosi a Roma il 13 ottobre 2017.



di Babele –. L’interrogativo circa la natura di fonte del diritto non si può, evidentemente, prospettare per tale accezione di giurisprudenza.

Pertinente diventa qui il richiamo dell’art. 65 ord. giud., della funzione nomofilattica della Cassazione intesa ad assicurare l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge e garantire l’unità del diritto oggettivo nazionale. E tale funzione è destinata ad incrociare molto spesso la strada del precedente.

Da tempo ricorre nella dottrina e nella giurisprudenza l’espressione “diritto vivente “. Esso, secondo alcuni, consiste nel “rilevamento empirico delle prassi giurisprudenziali e amministrative consolidate e dominanti”.

Per me, più sinteticamente, diritto vivente è il sistema dei precedenti. Ma, attenzione!, come negli anni ’70 abbiamo respinto la proposta di una legislazione per principi, così non bisogna avvalorare una giurisprudenza per principi.

Mai come su questo tema sono state create e individuate partizioni e differenze: i relatori ne hanno ampiamente discusso, anche con riferimento ad ordinamenti diversi. Il precedente vincolante/persuasivo; il precedente ascendente/discendente; il precedente verticale/orizzontale; il precedente interno/esterno. Mi dispenso dal chiarirne gli intuitivi significati.

Indubbiamente essenziale è interrogarsi sulla finalità che persegue il precedente. E su questo siamo tutti d’accordo nell’indicare la certezza del diritto come finalità imprescindibile dello stesso. Con l’avvertenza però che tra i vari significati di certezza qui si assume quello di conoscibilità del diritto, che conduce inevitabilmente alla prevedibilità dello stesso e quindi all’affidamento dei consociati.

Tra parentesi, a questo punto non può mancare il richiamo al diritto calcolabile di Max Weber e alle considerazioni di Natalino Irti sul tema. Ma il diritto calcolabile è senza valori. Chiusa la parentesi.

Allora, nella prospettiva della conoscibilità del diritto, diventa legittimo chiedersi se il precedente costituisce una tecnica utilizzata per rispondere all’età dell’incertezza oppure sorregge una valenza propria. Intanto, è opportuno ricordare che il principio della certezza non prevede il divieto alla giurisprudenza di modificare i propri indirizzi (ce lo ricorda tra le tante la Cass., 9 gennaio 2015, n. 174).

Ma l’incertezza perdura: sono a tutti note le motivazioni. Alluvione legislativa; scarsa qualità della legislazione; sovrapposizione e interferenza tra più autorità regolatrici; diversa identità di tali autorità e via elencando.

Ed è qui che si inserisce la giurisdizione, individuando nuovo diritto. Sì che, nelle varie configurazioni, si discorre del giudice che disvela il diritto, ma non lo crea; del giudice che seleziona tra più interpretazioni quella più plausibile. Ed oggi soprattutto egli è tenuto ad effettuare l’interpretazione conforme a costituzione.

L’intervento è legittimato dalle nuove tendenze culturali che, sul piano teoretico, offrono preciso fondamento al fenomeno. Si pensi al c.d. neo-pandettismo di Paolo Grossi: il diritto si crea dal basso, è posto dalla comunità attraverso (ecco il punto) l’intermediatore/interprete.



Oppure si pensi, in altra prospettiva, al neo-costituzionalismo di Ronald Dworkin, di Gustavo Zagrebelsky: il principio è *medium* in cui v'è apertura teoretica al valore e apertura pratica alla regola. Centrale diventa qui la *Konkretisierung* del giudice-interprete.

Ma basta per risolvere il tutto il ricorso al principio di ragionevolezza?, si chiede dubbioso Nicolò Lipari.

2. Sullo sfondo permane la domanda di senso: il precedente è una fonte del diritto? La risposta, formalmente, è no: art. 1 disp. prel. al cod. civ. Articolo incompleto, superato: siamo d'accordo. E allora intervengono variazioni sul tema: il precedente allorché acquista forza persuasiva diventa fonte di fatto come diritto vivente. Altri sostiene: è una fonte culturale.

Il presidente Giovanni Canzio, adoperando categorie molto care a Rodolfo Sacco, ci dice che il precedente è un formante o a tutto voler concedere è un co-formante del diritto.

Certamente, tra le due tesi estreme, rappresentate dal precedente come vincolante e dal precedente irrilevante, è percorribile la via mediana che assegna ad esso un rilievo sul piano logico-retorico e quindi nella motivazione, ossia una forza persuasiva. Tanto più che proprio su questo terreno – come avvertono i comparatisti – si assiste ad un ravvicinamento tra i sistemi di *civil law* e quelli di *common law*, soprattutto allorché lo *stare decisis* conosce e applica sempre più spesso gli istituti del *distinguishing* e dell'*overruling*.

Relativamente ai rapporti tra decisioni dei giudici nazionali con quelle della Corte di giustizia europea, bisogna sottolineare che tale Corte più che emanare una semplice sentenza con valore di precedente, crea, pone essa stessa il diritto. Una sorta di *Drittwirkung*: operatività immediata negli ordinamenti interni (come ricorda Filippo Patroni Griffi, che cita la sentenza Puligienico del 5 aprile 2016, C-689/13). In altri termini, la sezione semplice della Cassazione italiana può adire direttamente la Corte europea senza transitare dalle Sezioni unite o dall'Adunanza plenaria. E comunque opera l'art. 267 del Trattato UE (si pensi per il diritto amministrativo alla sentenza Fastweb del 4 luglio 2013, C-100/12: come ricorda Alessandro Pajno).

Di qui il dubbio se siamo di fronte ad un trasferimento della funzione di unificazione della giurisprudenza alla Corte di giustizia europea oppure ad una frammentazione della funzione nomofilattica o ad una sua diversa organizzazione.

In ogni caso il diritto vivente – chiosa Giovanni Canzio – fa assumere al giudice nazionale la veste di giudice comune comunitario attraverso l'interpretazione conforme allo stesso diritto comunitario (in proposito si ricorda la sentenza della Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49, che ha indicato alcuni parametri per individuare i precedenti della Corte UE e comunque sottoponendo ad essi le decisioni dei nostri giudici).

3. Indubbiamente, nel nostro sistema ordinamentale, non esiste una norma specifica che imponga come vincolante il precedente, senza dimenticare che dietro tutto questo occhieggia lo spettro dell'art. 101 cost.: il giudice è soggetto soltanto alla legge.



Ma il diritto non è soltanto insieme di leggi (sarebbe il legismo, come con termine spregiativo lo chiama Paolo Grossi), esso è anche decisioni, atti amministrativi, contratti, lodi arbitrali, convenzioni e trattati internazionali, delibere e linee-guida delle autorità garanti.

Nel caos che si determina, e che a me ricorda la costruzione di Ilia Prigogine, taluno ritiene che proprio dal precedente come struttura dissipativa siano assicurate isole di ordine che propiziano l'evoluzione del sistema (Michele Taruffo).

Comunque sia, nella più recente legislazione si rinvengono tracce importanti di valorizzazione del precedente: penso all'art. 118, disp. att. al cod. proc. civ. (come novellato dalla l. 4 luglio 2009, n. 69), che introduce l'utilizzo del precedente giurisprudenziale conforme, che semplifica l'iter logico-argomentativo della motivazione ed anche i tempi della sua stesura. Penso all'art. 384, comma 2, cod. proc. civ.: il vincolo per il giudice di rinvio del rispetto del principio di diritto enunciato dalla Cassazione (diremmo, precedente verticale). Penso ancora all'art. 374, commi 2 e 3, cod. proc. civ., per il vincolo di coerenza, nei rapporti fra le sezioni unite e le sezioni semplici, con la decisione delle Sezioni unite per dirimere i contrasti o risolvere questioni di particolare importanza (precedente orizzontale).

Ancora, v'è l'art. 384 *ter* cod. proc. civ., nella riforma della l. 18 giugno 2012, n. 134, per cui il giudice dichiara inammissibile l'appello con provvedimento basato su precedenti conformi. Penso infine all'art. 363 e all'art. 360 *bis* cod. proc. civ.

4. Uno dei più feroci contrasti che si registrano in dottrina concerne la risposta da dare al quesito se il precedente crea oppure no diritto. Qui, per semplificare, basta richiamare la netta e negativa posizione di Luigi Ferrajoli. La giurisprudenza non ha un potere dispositivo di nuovo diritto: sarebbe contro il principio di legalità. Non si dà interpretazione creativa, che è *contradictio in adiecto*: dove c'è interpretazione non c'è creazione e viceversa. Ancora, il diritto vivente non può essere prodotto dal legislatore; il diritto vigente non può essere prodotto dai giudici.

La posizione di Francesco Galgano, ad esempio, è diametralmente opposta. Il giudice non è più, montesquieunamente, *bouche de la loi*, ma crea il diritto, introducendo un sistema di sub-norme. La tesi non contrasta con l'art. 101, comma 2, cost. E certamente il precedente dispensa il giudice che vi si adegui dall'obbligo di motivare e impone al giudice che voglia discostarsene l'obbligo di motivare convincentemente il rifiuto.

La ferrea alternativa prospettata, tra neo-positivismo e giurisprudenza come fonte del diritto, probabilmente non esaurisce il ragionamento e ammette una qualche via di uscita.

È il ritorno alla nomofilachia, per di più assurda ora anche a termine normativo: nel decr. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40. Ma una nomofilachia intesa in senso dinamico, cioè formazione di indirizzi giurisprudenziali coerenti che non comporta conservazione statica di orientamenti tradizionalmente recepiti, ma capacità di governare l'evoluzione giurisprudenziale.



5. Il discorso sulla nomofilachia interna va ripetuto per il Consiglio di Stato e per la Corte dei Conti, nel senso che per il primo opera il divieto della sezione semplice di discostarsi da quanto stabilito dall'Adunanza plenaria (art. 99, comma 3, cod. proc. ammin. – decr. lgs. 2 luglio 2010, n. 104) e, per la Corte dei Conti, art. 42, l. n. 69/2009. Si tratta di una funzione nomofilattica rinforzata.

Si pensi anche al giudizio nel merito con motivazione in forma abbreviata, fondata sul solo richiamo del precedente (art. 9, l. n. 205 /2000). Del resto, storicamente – come ricorda Filippo Patroni Griffi – il giudice amministrativo ha creato diritto: si pensi all'effetto conformativo della sentenza; all'istituto dell'ottemperanza delle decisioni del giudice amministrativo; alla tutela del cittadino avverso il silenzio della P.A. e altro ancora.

Con riferimento al noto problema della funzione nomofilattica esterna della Cassazione – quindi nei confronti del Consiglio di Stato e Corte dei Conti – l'art. 111, ult. comma, cost. lo ammette per i soli motivi inerenti alla giurisdizione. La tesi contraria è fermamente e convincentemente respinta, tranne che si tratti di eccesso di potere giurisdizionale o di c. d. diniego o rifiuto di giurisdizione.

La nomofilachia, secondo recenti tendenze, non è verticale, ma orizzontale; non proviene soltanto dalla Cassazione, ma è promossa anche dai giudici di merito e dai giuristi. In essa, la sentenza assume la funzione – come teorizza Jürgen Habermas – di un agire comunicativo orientato all'intesa. Ne deriva che la nomofilachia diventa l'antidoto più forte all'incertezza e fluidità dell'esperienza moderna.

6. Ma la nomofilachia ha bisogno di precedenti correttamente strutturati. E' evidente, infatti, che il precedente si costruisce sulla *ratio decidendi*, ossia “ sulla ragione autonoma, indipendente, distinta dalle altre, sufficiente a sorreggere logicamente e giuridicamente la decisione “. E non sull'*obiter dictum*, sull'argomentazione *ad abundantiam*. Seppure, un domani, un *obiter dictum* può essere trasformato, in altro contesto, in *ratio decidendi*.

Certamente da evitare quella pratica, abbastanza diffusa, che sempre al fine di prevedere la decisione dei giudici, ricerca la soluzione, più che nei codici o nelle leggi, nei repertori della giurisprudenza. E si citano così come precedenti le massime. Ma le massime possono essere mentitorie, come ammoniva Rodolfo Sacco in un Convegno genovese di tanto tempo fa.

Se si unisce una serie di precedenti si dà luogo ad un sistema di precedenti, sincronicamente uniforme; diacronicamente non sottoposto a mutamenti.

È la strada intrapresa dalla Francia con la *jurisprudence constante* e dalla Spagna con la *doctrina* (ora *jurisprudencia*) *legal* (art. 1, comma 6, código proc. civ.): il giudice di merito non si discosta dalla decisione doppia conforme della Corte suprema (e si tratta, naturalmente, di sistemi di *civil law*!).

7. La tendenza attuale della politica del diritto nel nostro sistema ordinamentale si avvia verso l'obbligatorietà del precedente. Anche se taluno auspica che il precedente sia riconosciuto *tout court* come fonte del diritto (è il compianto Alessandro Pizzorusso).



Ma l'impiego del precedente, sostiene Giovanni Canzio, nel tessuto argomentativo della motivazione del giudice di merito diventa un *topos*. Io sento qui, nei miei orecchi, l'eco di un celebre volume degli anni '60: *Topik und Jurisprudenz* di Theodor Vieweg, che, com'è noto, prende spunto da un'affermazione di Giovan Battista Vico.

È vero, peraltro, che si tratta di realizzare “un difficile equilibrio tra la mediazione interpretativa del giudice e il principio di legalità”, assicurando “ il bilanciamento tra pluralismo interpretativo, dimensione creativa del diritto giurisprudenziale, uniformità e prevedibilità delle decisioni”(Giovanni Canzio).

Ma devono altresì trovare spazio operativo, aggiungo io, i principi di ragionevolezza, adeguatezza e sussidiarietà, che non sono formule magiche della scienza giuridica alla Wiethölter, ma principi e criteri che si rivelano utili per consentire il passaggio dal testo al contesto.

Vorrei concludere con le parole di Luigi Mengoni: “Produrre norme a partire dai principi rende il giudice un ulteriore creatore di diritto, che si affianca al legislatore, ma che non può diventare antagonista rispetto ad esso e rispetto alla Corte costituzionale”.