



La
Magistratura
Organo
della
Associazione
Nazionale
Magistrati

Il valore del precedente

Il valore del precedente: un'analisi critica

Raimonda Tomasino*

*Giudice
del Tribunale
di Palermo

Tra i principi cardine di uno Stato di Diritto vi è la “certezza” del suo ordinamento giuridico.

Certezza che, in concreto, pur essendo la meta, non sempre è raggiungibile perché la norma, anche quella apparentemente più chiara e più semplice, è suscettibile di interpretazioni molteplici.

Questa tendenza, se da un lato costituisce la cura contro i rischi di un invecchiamento precoce del sistema normativo, dall'altra postula la necessità di spostare il momento della certezza dalla formulazione della legge alla sua interpretazione.

La “certezza”, quindi, è affidata anche all'opera del Giudice, oltre che a quella del Legislatore attraverso la produzione normativa.

Si potrebbe dire che la certezza è tanto più assicurata in quanto venga ad attuarsi la “*reductio ad unum*” dei precetti fondamentali che governano un dato settore.

È dunque compito fondamentale accanto alla funzione legislativa che istituzionalmente mira a realizzare tale “*reductio*”, è quello della giurisdizione quale precipua attività affidata ai Giudici di interpretazione ed applicazione delle leggi attraverso lo strumento tipico costituito dalle sentenze.

Nel nostro ordinamento vige il principio che la statuizione giudiziale determina un accerta-

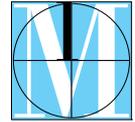
mento e una definizione della lite vincolante solo per i soggetti in causa, fissando nello specifico la regola, unica e non più modificabile una volta formatasi la “*res judicata*”, con efficacia limitata e dal punto di vista oggettivo, perché afferisce esclusivamente a quella data lite e non ad altre, e dal punto di vista soggettivo, giacché di essa non ci si può avvalere nei confronti di chi sia rimasto estraneo al processo.

In altri contesti invece, e in specie in quelli di Common Law, la sentenza crea “*ex sé*” diritto, perché la regola dettata dal Giudice nel caso singolo deve essere applicata in tutte le successive controversie aventi identico ambito oggettivo, ancorché le persone coinvolte siano diverse.

Accanto allo *statute law*, diritto scritto di natura legislativa, coesiste il *case law*, diritto non scritto contenuto nella casistica giudiziaria.

Si parla, infatti, di sistema di diritto a base casistica, ove il Giudice è obbligato ad avere riguardo a precedenti decisioni, che assumono dunque valore vincolante come norme di legge.

Nel rapporto tra le due fonti, i principi che formano il diritto giurisprudenziale hanno un autonomo fondamento rispetto alle leggi dello Stato; ed anche se in termini formali il diritto legislativo prevale sui precedenti, ciò



non intacca l'autonomia dell'attività giurisprudenziale.

Anche quando il Giudice si trova ad utilizzare una norma di carattere generale per la decisione del caso, la sua *ratio decidendi* non sarà mai la norma di legge in sé, bensì l'interpretazione che di essa ha dato il Giudice con riferimento ai fatti di causa.

L'ordinamento inglese è sempre caratterizzato dalla presenza di una parte del diritto avente formazione giudiziale, cioè prodotta mediante i precedenti, integrati se necessario con i precetti legislativi.

Il principio vigente negli ordinamenti di Common Law è che il diritto, dunque, è pacificamente creato pure dalle pronunce giudiziali, che sono dettate con riguardo alla singola controversia, ma che diventano esse stesse fonti generali ed astratte, vincolando tutti i Giudici che in futuro si troveranno a decidere fattispecie riconducibili a quella che ha dato origine alla formazione della regola.

Sicchè, secondo un sistema di circolarità, da una controversia concreta, depurata dai riferimenti alle circostanze peculiari del caso e ridotta a principio, nasce la regola di diritto astratta che poi si applicherà ad altre fattispecie concrete, dando luogo, così, al precedente vincolante. Peraltro, non esistono limiti temporali a

tale forza, con precedenti risalenti addirittura al 1700, sempre che la valutazione dell'identità del caso, affidata al Giudice, ne giustifichi l'applicazione; viceversa si formulerà un precedente nuovo.

In siffatti ordinamenti, pertanto, nella materia privatistica la legge convive con il precedente giudiziale vincolante.

Diversamente nel nostro ordinamento, ove all'elaborazione della regola astratta segue, mediante sentenza, la soluzione concreta, senza, però, alcuna circolarità; questo perché, concettualmente, il Giudice non ha il potere di creare regole di diritto.

La sentenza emessa non costituisce (mai) una regola vincolante – almeno in punto di diritto – al di fuori dello specifico singolo caso trattato.

E neppure i precedenti delle Sezioni Unite sono vincolanti in diritto, nel senso che non vi è alcun obbligo di legge, anche se, poi, lo sono nei termini di un "autorità in fatto".

Ciò accade perché le decisioni giudiziali non sono inserite nel sistema delle fonti in cui, appunto, non figura – né prima della promulgazione della Carta Costituzionale avvenuta nel 1948, nel sistema, quindi, delineato dall'art. 1 delle disposizioni preliminari al codice civile in vigore dal 1942, né dopo l'avvento della Costituzione – la giurisprudenza



Il valore del precedente

quale fonte del diritto, dovendosi fare ricorso nell'ipotesi di vuoti normativi al principio dell'analogia o ai principi generali dell'ordinamento giuridico (art. 12, comma 2°, delle preleggi).

Va detto, pure, muovendoci sempre sulle tracce dell'esperienza inglese, che la Suprema Corte enuncia principi di diritto.

La sentenza non è decisione di un "caso".

Il Giudice di civil law, pertanto, cerca nel precedente una statuizione dell'Autorità Superiore simile ad una preposizione normativa, in cui i fatti sono lasciati nell'ombra.

Diversamente dal Giudice common law il quale, come sopra detto anche quando si trova ad utilizzare una norma di carattere generale per la decisione del caso, la sua *ratio decidendi* non sarà mai la norma di legge in sé, bensì l'interpretazione che di essa ha dato il giudice con riferimento ai fatti di causa.

Di modo che, quello che secondo i sistemi di common law sarebbe degradato come semplice "dictum" è invece, di contro, da noi ben accolto, proprio perché avulso dai concreti fatti della causa.

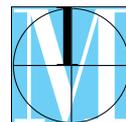
Si ha dunque una diversa concezione del diritto giurisprudenziale e, quindi, in ultima analisi, differente percezione della regola del precedente.

Quando da noi si parla di precedente giurisprudenziale ci si riferisce al valore della giurisprudenza come fonte – tra virgolette – di cognizione, ossia di conoscenza del diritto in sede di prassi applicativa (ai casi singoli), o al ruolo della giurisprudenza avente funzione complementare in via suppletiva o integrativa della fonte legislativa, non, tuttavia, al precedente come inteso nell'esperienza di common law.

Infatti, generalmente, si esclude che una singola sentenza abbia valore di precedente, mentre si tende a riconoscere valore ad una pluralità di decisioni relative a vari e diversi casi concreti che fanno applicazione di un medesimo principio di diritto.

In altre parole si parla di giurisprudenza "costante", o di "orientamento dominante" o "prevalente", ed è questo a costituire il punto di riferimento in termini di conferma autorevole nell'interpretazione di una norma, prescindendo, il più possibile, dai fatti di causa.

Focalizzando l'attenzione sul nostro sistema giuridico, deve, comunque, affermarsi, la funzione centrale e primaria che le sentenze svolgono contribuendo a creare regole di condotta attraverso l'attività interpretativa e poi applicativa delle disposizioni normative, che non può non



recare in sé un profilo creativo.

Il c.d. diritto vivente, promanante non dal legislatore ma dalle pronunce dei Giudici.

È oggi universalmente diffusa la consapevolezza che l'attività interpretativa della giurisprudenza racchiuda in sé ineliminabili momenti di creazione del diritto, espressioni, entrate nel linguaggio giuridico, "diritto vivente" e "diritto giurisprudenziale", concernono l'attività che il Giudice compie di creare la decisione e, quindi, il diritto del caso concreto, al contempo dando luogo, nel tempo, ad un diritto dei casi identici o analoghi, che non può essere appannaggio del Legislatore, a meno di non reputarlo capace di una improbabile oltre che impossibile monumentale opera analitica.

Ecco allora che il precedente, pur non vincolando, finisce per assumere un ruolo importante, se non decisivo.

Il Giudice crea regole nuove ricavandole dai principi, dilatando la portata di clausole generali o avallando prassi affermatesi.

Spesso vi è addirittura un'implicita delega del legislatore al Giudice, limitandosi il primo ad indicare le linee guida su cui dovrà muoversi la funzione concretizzatrice – creatrice della giurisprudenza.

A volte è il frutto di una scelta politicamente opportuna in

certi settori, come quello della bioetica o biodiritto che dir si voglia, ove le diverse emergenze poste in tempi ristretti dalla ricerca scientifica e dalle sue ricadute applicative, in cui un certo ritrovato che oggi potrebbe minacciare la salute domani potrebbe rappresentare un ottimo rimedio terapeutico, inducono alla riflessione della difficoltà di una periodica revisione delle scelte normative – che potrebbero essere superate dai rapidi sviluppi delle conoscenze e delle tecnologie – apparendo più conducente, invece, indirizzarsi al diritto derivato dall'analisi di casi concreti, più elastico nel sapersi adeguare all'evoluzione che la materia oggetto di regolazione impone.

Altre il Giudice agisce in antitesi allo stesso Legislatore che non sappia rinnovarsi alle mutate esigenze che emergono dalla società civile.

Certo ciò non avviene ponendosi in contrasto col comando normativo, ma muovendosi nell'esercizio dell'attività interpretativa, estendendola in quei campi che appaiono esclusi dalla probabile applicazione di una disciplina legislativa.

Si pensi al caso della responsabilità civile, dove la dicotomia danno patrimoniale – non patrimoniale è stata superata passando attraverso l'invenzione del



Il valore del precedente

danno biologico, ipotesi di responsabilità che quarant'anni fa nessuno avrebbe ipotizzato.

Nel suo lavoro il Giudice trova una guida e incontra un limite nella Costituzione, in particolare nella parte dedicata ai diritti fondamentali ispirati ai principi dello Stato di diritto, ai valori di uguaglianza e solidarietà, alle garanzie della giurisdizione e dei cittadini di fronte la legge.

Principi tutti che il Giudice deve seguire quando si pone la necessità di integrare l'ordine giuridico.

Le recenti riforme introdotte dalla legge del 4 luglio 2009 n. 69 in riferimento all'art. 118 delle disp. di att. al c.p.c., e segnatamente sulla stesura della motivazione – di cui ha già ampiamente parlato l'illustre Professore – ed ancor prima dal D. Lgs. n. 40 del 2 febbraio 2006 sul giudizio di legittimità – anche questo diffusamente analizzato dall'esimio collega – hanno portato all'attenzione del giurista, in modo sempre più cogente, il ruolo del precedente giurisprudenziale nel nostro ordinamento; destinato a suscitare sempre maggiore interesse per il particolare valore che deve attribuirsi, anche a seguito della introduzione dell'art. 360 bis c.p.c., ai “decisum” della Corte.

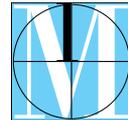
Un breve cenno all'art. 118

disp. att. al c.p.c., che involge la fase della decisione e, certamente, lo schema contenutistico della sentenza ordinaria.

Nel testo novellato s'introduce per la prima volta, codificandolo, il principio dell'utilizzo del precedente giurisprudenziale conforme il quale, soffermandoci “stricto sensu” solamente ai risvolti applicativi pratici dell'ambito di operatività della norma, costituisce, indubbiamente, il lodevole sforzo di accelerare o, se si vuole, semplificare, l'iter logico argomentativo della motivazione e soprattutto i tempi della sua stesura.

Nella odierna formulazione in altri termini viene recepita, legalizzandola in una disposizione di legge, la prassi, già attuata nella giurisprudenza, pure di legittimità, e positivamente disciplinata nel diritto societario (art. 16 D. L.vo n. 5 del 2003) e nel processo amministrativo (ult. comma dell'art. 26 della L. n. 1034 del 1971 sostituito dalla L. n. 205 del 2000), del ricorso alla tecnica di redazione della motivazione “per relationem”, mediante riferimento ad atti decisori non riportati testualmente ma soltanto richiamati.

In tal modo, dunque, per ragioni di economia processuale, si evita la trascrizione nel corpo della motivazione di diffuse argomentazioni già contenute nel pre-



cedente, cui, invece, si fa rinvio.

Tuttavia, accanto a detto aspetto di ordine pratico – applicativo, la disposizione normativa in esame impone maggiore attenzione e riconsiderazione nel sistema giuridico unitariamente considerato, alla luce, in particolare, del nuovo giudizio in Cassazione.

Sicuramente, la nuova rimodulazione del procedimento innanzi il Supremo Giudice è stata da molti considerata come l'intervento avente uno dei maggiori impatti sistematici ed è stata letta come il riconoscimento, per via legislativa, del principio del precedente giudiziale nel nostro ordinamento.

Indubbiamente l'attività interpretativa, sia che la s'intenda in senso proprio, che come attività di creazione di nuovo diritto, assume significato particolarmente pregnante quando sia attività della Corte Suprema.

Tendenzialmente, non la singola decisione di un singolo giudice su un singolo litigio, ma fondamentale è l'avallo del vertice attraverso l'asestamento dei precedenti, nel senso di massa di decisioni analogamente orientate corroborate dal trascorrere di un certo lasso di tempo, tanto da accreditarne l'"opinio juris ac necessitatis"; soprattutto se si tratta di approvare e far proprie le attività dei giudici di merito, i

più vicini ai bisogni sociali e quindi i primi a doverli filtrare.

L'interpretazione della Corte, si sa, vincola senz'altro il giudice di rinvio, ma esercita pure un'efficacia di precedente su tutti i Giudici.

L'art. 65 dell'ordinamento giudiziario ha assegnato all'apice del nostro potere giurisdizionale il compito di assicurare "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge".

La c.d. funzione nomofilattica della Corte, la quale si trova da tempo in uno stato di sofferenza per diverse ragioni, che possono ricondursi a due principali.

Perché è sempre in bilico tra il puro controllo di legittimità e la giustizia del caso concreto posta dal controllo della motivazione, art. 360 n. 5 c.p.c. specie nella nuova formulazione (si parla di fatto controverso e decisivo per il giudizio laddove prima di punto decisivo della controversia), tanto da parlarsi di Giudice di terza istanza.

Perché ha avuto un'esplosione vertiginosa dei ricorsi.

Pochi numeri per rendere l'idea.

Quando negli quaranta dello scorso secolo il legislatore decise di affidare alle Sezioni Unite la competenza in materia di giurisdizione, il numero complessivo di sentenze pronunciate, sia dalle sezioni semplici che unite, era di



La
Magistratura
Organo
della
Associazione
Nazionale
Magistrati



Il valore del precedente

qualche centinaio e vi era la convinzione che fossero “assai gravi e non frequenti” i casi in cui sarebbe stato necessario l'intervento delle S.U., ed addirittura eccezionali le ipotesi di pronuncia della stessa nei casi di contrasto tra le sezioni semplici, come è stato poi confermato dall'esperienza concreta.

“Istituto che ha avuto per il passato sporadica applicazione” (cfr. Mazzarella).

Negli anni '90 il numero complessivo di ricorsi si era attestato ad oltre 12.000 all'anno ed i casi decisi raggiungevano i 15.000.

Dieci anni dopo vi è stato un incremento di poco meno del 200%, i ricorsi sono saliti a ben oltre 28.000 e le sentenze a circa 24.000. Nel 2008 i ricorsi sono stati 30.406 e le pronunce ben 33.928.

Le sentenze rese a Sezioni Unite nel settore civile si attestano negli ultimi anni intorno a 1.500 (dati raccolti dalla Relazione inaugurale anno giudiziario 2009).

I troppi ricorsi ed i troppi giudici necessariamente chiamati a deciderli determinano, dunque, il fiorire di oscillazioni e contrasti nella giurisprudenza della Corte, con la conseguenza che essa non si pone, o si pone sempre meno, come fonte del diritto, ma, piuttosto, di confusione.

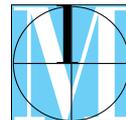
Testimonianza della profonda diversità della situazione attuale rispetto a quella in cui è stato disegnato il quadro delle competenze delle S.U., non più chiamate ad intervenire in casi “eccezionali”, ma in modo sempre più frequente ed ordinario, non riuscendo così ad assolvere alla funzione nomofilattica assegnatale.

Venendosi in questo modo a creare un circolo vizioso, giacché è ragionevole ritenere che la diffusione delle difformità (*recitius*: difficoltà) interpretative – che si accompagna al proliferare di una legislazione selvaggia – costituisca una delle cause, non secondarie, dell'affollamento avanti il Supremo Giudice di legittimità.

È in questo contesto che s'inserisce il nuovo approccio al tema del precedente nel nostro ordinamento.

E allora l'attenzione va al nuovo art. 374 c.p.c., frutto dell'intervento legislativo sul giudizio in Cassazione del 2006.

Recita il primo comma novellato: “...il ricorso può essere assegnato alle sezioni semplici se sulla questione di giurisdizione proposta si sono già pronunciate le sezioni unite”, mentre il terzo che “Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata,



la decisione del ricorso”.

Ecco che, nel nuovo assetto dei rapporti tra sezioni semplici e unite, a fronte di norme che annettono un particolare valore alle pronunce della Corte, ritorna la centralità del ruolo del precedente giudiziale.

Aperta la frontiera di un sistema di vincolo al precedente della Cassazione?

Il legislatore delegato nella formulazione dell'art. 374 c.p.c. ha eliminato il riferimento al “vincolo giuridico” della sezione semplice al precedente delle Sezioni Unite, che avrebbe posto non pochi problemi di costituzionalità con il precetto sancito dall'art. 101, comma 2°, della Costituzione, della soggezione del giudice soltanto alla legge.

Prima della riforma, le sezioni semplici si sono sempre ritenute libere di decidere in modo difforme rispetto alle precedenti sentenze delle S.U. in casi analoghi, anche se rese per dirimere orientamenti contrastanti delle sezioni semplici (si pensi al caso dell'accessione c.d. invertita adottato da Cass. sez. un. 1983 dal cui indirizzo si è volutamente discostata Cass. 1987).

Ed è sull'onda di questo quadro di riferimento che l'assemblea generale della Cassazione, chiamata ad esprimersi sul decreto legislativo attuativo della legge delega, ha proposto di

espungere la previsione espressa del vincolo, così che le sezioni semplici non sono tenute a pronunciare una sentenza di contenuto conforme, bensì hanno l'obbligo, di natura processuale (si sottolinea da alcuni), di rimettere, pronunciando un'ordinanza motivata, la decisione alle sezioni unite, in siffatto modo non dovendo uniformarsi alla precedente decisione delle S. U. ma semplicemente reinvestirle della questione, rimanendo così salva la loro autonomia, ma con la sola esigenza di conciliarla con quella delle S. U. quale Supremo Organo della nomofilachia.

Quindi, non vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite.

Anche se, si è detto, tale riformulazione del vincolo in senso negativo piuttosto che positivo (non obbligo positivamente sancito: non sono tenute a pronunciare una sentenza di contenuto conforme), ha natura meramente formale, in quanto in virtù del nuovo regime in ogni caso emerge che la sezione semplice non decide la causa ad essa assegnata se non condivide quanto statuito dalle sezioni unite, ossia ogniqualvolta intenda discostarsi dal principio di diritto dalla medesima enunciato.

Peraltro qualcuno ponendo in rilievo un problema quanto meno di incoerenza normativa rispetto



Il valore del precedente

ad un altro giudizio, quello penale, ove l'art. 618 c.p.p. dispone che in presenza, anche solo "in fieri", di un contrasto giurisprudenziale, la sezione della corte può rimettere il ricorso alle sezioni unite.

Viene quindi offerta una soluzione diversa ad una problematica identica: le sezioni penali hanno la facoltà e non l'obbligo di rimessione della causa alle S.U.

Così aprendo la breccia a censure di incostituzionalità con riferimento al principio di uguaglianza, art. 3.

Nell'art. 374 c.p.c. si parla poi di "principio di diritto" enunciato dalle Sezioni Unite, sicché ciò è stato posto in correlazione con la necessità di coordinarlo con l'art. 366 bis c.p.c. introdotto con la medesima riforma e ora soppresso dall'ultima novella, il quale imponeva al ricorrente, a pena di inammissibilità del mezzo di impugnazione, di concludere l'illustrazione dei motivi di ricorso con la formulazione di un quesito di diritto.

Ora il dibattito sul tema è destinato ad evolversi con la recentissima formulazione dell'art. 360 bis c.p.c. che ha posto il c.d. filtro di non ammissibilità del ricorso ove il provvedimento impugnato abbia risolto questioni di diritto in modo conforme rispetto a precedenti decisioni della Corte, e non offra elementi

per mutare l'orientamento della stessa.

Simili interventi, a freddo, inducono a pensare ad un abbandono del pluralismo delle opinioni per una concezione burocratica dell'attività giurisdizionale.

Si potrebbe dire, invece, che si è di fronte ad un codificato giudizio di legittimità con funzione nomofilattica, essendo fuori discussione che il ruolo della Corte di Cassazione sia quello di attuare lo *jus constitutionis* piuttosto che lo *jus litigatoris* (Presidente Carbone).

E, d'altra parte, l'esaltazione della funzione nomofilattica appare sempre più importante in un contesto di proliferazione abnorme di leggi, spesso disorganiche e disancorate da un sistema unitariamente e coerentemente pensato. Come tale, quindi, generatore del massiccio espandersi del numero dei ricorsi e dell'esigenza, consequenziale, di fissare il principio di diritto come *regula juris* applicabile ai casi da decidere.

Peraltro, si è anche messo in evidenza come, nella nostra esperienza, il ruolo del precedente sia profondamente diverso rispetto alla common law, dove la "cultura" del precedente – che diventa dopo "autorità del precedente" – matura in un contesto del tutto differente e del diritto e del processo (la decisione del giudice è



tendenzialmente definitiva, un riflesso significativo consiste nel fatto che il diritto all'impugnazione dinanzi alle corti superiori è soggetto ad un'espressa autorizzazione: autorizzazione a proporre appello, che comporta una strettissima selezione dei casi giudicati dalle "House of Lords", che attua l'esigenza di concentrare la propria attenzione su un ristretto numero di casi che sollevano questioni giuridiche "di importanza pubblica generale").

Potrebbe dirsi che questi due sistemi si sono leggermente avvicinati, ma in modo superficiale, giacchè le recenti novelle non valgono a trasformare la Corte in qualcosa che non è e non potrebbe essere, per la diversa concezione di guardare, pensare ed applicare il diritto giurisprudenziale, che non è una giustizia della decisione del caso concreto.

Ecco perché il parlare di istituto ibrido, di ambiguità della situazione attuale, dovrebbe, invece, indurre, ad una riflessione in più, giacchè la Corte di cassazione non si avvia a diventare una "corte del precedente" (Taruffo) nel senso dei paesi di common law, quanto piuttosto sapiente punto di equilibrio e di snodo fra le diverse istanze ed emergenze che su questo tema si addensano.

Il principio di "certezza",



sicuramente garantito da una prassi ispirata allo *stare decisis*, deve essere, però, combinato ed armonizzato con quello della libertà di interpretazione di ogni Giudice tutte le volte in cui si ponga l'esigenza dello Sviluppo e del Progresso del Diritto in un dato momento o contesto sociale di riferimento.