

## **CIVILE - Precedente giudiziario e *stare decisis* di Ugo Mattei**

(Anno di pubblicazione: 1996)

Bibliografia: vedi note.

Legislazione: vedi note.

Sommario: 1. Introduzione. - 2. Dottrina e prassi del precedente. - 3. Significato e portata della regola *stare decisis*: common law e civil law. - 4. Precedente giudiziario e diritto consuetudinario - 5. L'imporre della regola *stare decisis* nei sistemi di common law. - 6. Stile delle sentenze e valore del precedente. - 7. La teoria classica del precedente. - 8. La contrapposizione fra *ratio decidendi* e *obiter dictum*. - 9. La contrapposizione fra *decision* e *opinion*. - 10. *Distinguishing*. - 11. *Overruling*. - 12. La moderna dottrina del precedente. - 13. Tecniche di lavoro sul diritto precedente. - 14. *Anticipatory overruling*. - 15. *Prospective overruling*. - 16. Conclusioni sulla regola *stare decisis* nel diritto comparato.

### **1. Introduzione.**

Fra le differenze che più colpiscono chi si accinga a studiare comparativamente le fonti del diritto nei paesi di common law ed in quelli di civil law, un posto di spicco spetta senz'altro al ruolo del precedente giudiziario. Accogliendo per ora una comune proposizione descrittiva, può affermarsi che negli ordinamenti di common law alla **giurisprudenza spetta un ruolo di fonte primaria**, mentre **in quelli di civil law essa è relegato al più nell'ambito delle fonti secondarie**(1).

Al diverso status della decisione giurisprudenziale sembra logico seguano diverse conseguenze sul piano del regime giuridico: la più nota fra queste è raccolta nella massima, sconosciuta alla tradizione continentale, *stare decisis et non quia movere*; **stare decisis è sinonimo di valore vincolante del precedente giudiziario**. I sistemi di common law condividono fra loro questa caratteristica istituzionale sconosciuta, salve eccezioni quasi trascurabili(2), nella tradizione romanista.

Il principio *stare decisis* è sovente additato come una delle più profonde caratteristiche del common law. I comparatisti, per esempio, utilizzano questa appariscente diversità nell'individuare la famiglia giuridica di appartenenza dei cosiddetti diritti misti(3). **La massima condensa in sé** un modello di risposta istituzionale ad una **domanda sociale** che si è fatta sentire a diversi stadi della evoluzione di ogni sistema giuridico: la **certezza del diritto**. Sul continente, si è coltivata l'illusione di una codificazione onnicomprensiva destinata ad un'applicazione meccanica da parte del giudice, tale da consentire un'organizzazione sociale *sub lege* e non *sub homine*; pressapoco nello stesso torno di anni la dottrina del precedente vincolante (*stare decisis*) venne elaborata in Inghilterra (e negli Stati Uniti) in tutta la sua portata. Mentre, tuttavia, sul continente fu sufficiente osservare criticamente il metodo di lavoro dell'*école de l'exégèse*, che continuamente integrava un codice lacunoso, per abbandonare quella particolare illusione(4), la leggenda dello *stare decisis* (5) attira ancor oggi, e senza segni di ribasso(6), l'attenzione dello studioso anglo-americano. Per il comparatista, poi, esso è uno dei luoghi privilegiati d'osservazione.

## 2. Dottrina e prassi del precedente.

Occorre tener ben presente in apertura **la profonda diversità che intercorre fra la pratica costante di seguire i precedenti e la regola stare decisis**. La prima non è una peculiarità dei sistemi di common law, perché la regola secondo cui i casi simili dovrebbero esser decisi in modo simile è un principio di giustizia riconosciuto all'interno di tutta la tradizione giuridica occidentale. **Stare decisis indica viceversa un obbligo giuridico per il giudice successivo a non discostarsi da certi precedenti, anche qualora li dovesse considerare sbagliati o ingiusti**. Soltanto questo secondo aspetto è da considerare sconosciuto al di fuori della famiglia di common law. Peraltro, tracciare un confine netto fra un obbligo giuridico (mai formalizzato) ed una pratica costante è impresa tutt'altro che facile. Ma mantener ben chiara questa distinzione è molto importante, perché soltanto la primaria importanza del diritto giurisprudenziale nel panorama delle fonti è una peculiarità profonda del common law, legata com'è al ruolo del giudice nella secolare creazione del sistema. Tutt'al contrario, com'è stato acutamente osservato, « il dovere di ripetere gli errori è un'innovazione moderna di cui molti già si son pentiti »(7). Un'innovazione che ha attecchito assai più in Inghilterra che altrove, e che coinvolge fino ad un certo punto l'intera famiglia di common law. Stare decisis, quindi, da un lato accomuna fra loro i sistemi di common law, dall'altro si presenta con un contenuto ed una portata assai differente nelle diverse epifanie territoriali. **In particolare, assai diverso è da questo punto di vista il sistema americano rispetto a quello inglese**(8).

Non c'è dubbio peraltro che i giuristi di common law, proprio a causa della particolare portata che riconoscono alla giurisprudenza fra le fonti del diritto, abbiano affrontato il tema del precedente giudiziario in modo assai più approfondito di quanto non sia avvenuto sul continente. Non solo, ma la leadership della famiglia di common law - particolarmente della sua epifania statunitense - nel panorama giuridico occidentale moderno non è oggi seriamente in discussione. La presente voce perciò, dedicherà maggior attenzione alla teoria e alla prassi del precedente nei sistemi di common law senza tuttavia trascurare di offrire qualche spunto comparativo con la famiglia romano-germanica.

## 3. Significato e portata della regola stare decisis: common law e civil law.

La regola stare decisis **può avere portata orizzontale o verticale**. **Nel primo senso si intende l'obbligo imposto ad una certa corte di seguire i propri precedenti**. **Nel secondo senso si intende l'obbligo che grava su una corte inferiore di seguire i precedenti decisi presso una corte gerarchicamente superiore**. Il fondamento della regola è differente nei due casi: per i giudici inferiori si tratta di un corollario del rapporto gerarchico, cui sono sottoposti in conseguenza dell'organizzazione piramidale delle corti(9). I giudici superiori, viceversa, trovarono nella dottrina del valore vincolante del precedente in senso orizzontale un modo per perpetuare nel tempo la propria influenza, **esercitando così funzione nomofilattica**. Essi sono desiderosi di proclamare il proprio obbligo giuridico di seguire i precedenti dei loro pari, come **modo elegante di assicurarsi che i propri precedenti non saranno spazzati via dai posteri**(10). Al contempo, una tale teoria può costituire un'importante **fonte di legittimazione nei confronti del legislativo**, in quanto **garanzia di stabilità**(11).

Stare decisis **in senso orizzontale ha avuto una stagione piuttosto breve**. **Negli Stati Uniti esso non è mai stato osservato strettamente a livello di Corte Suprema**. Tale portata non sopravvive oggi a

livello di vertice neppure in Inghilterra, dove la House of Lords, che si è sentita vincolata dai propri precedenti per circa un secolo, si è liberata da quest'obbligo nel 1966(12).

Circa le corti intermedie può ossevarsi in linea generale che esse si sentono vincolate dai propri precedenti. Mentre tuttavia negli Stati Uniti tale obbligo si può considerare come di consueto «elastico», esso è stato formalizzato per la Court of Appeal inglese negli anni quaranta del nostro secolo; essa, almeno in teoria, è tuttora strettamente vincolata dai propri precedenti(13). Poiché stare decisis in senso orizzontale è un'obbligazione strettamente collegata alla funzione nomofilattica delle corti, ben si giustifica che essa sia sconosciuta a livello di corti inferiori in tutto il mondo di common law. Tecnicamente, come accennato, stare decisis non esiste nel mondo romanista né in senso orizzontale né in senso verticale. Una tale affermazione necessita tuttavia di qualche qualificazione. In primo luogo, molti sistemi di civil law - fra questi spiccano quello tedesco e quello italiano - consegnano il controllo di costituzionalità delle leggi ad una Corte Costituzionale. In questi sistemi le decisioni della Corte Costituzionale - che sovente hanno natura meramente interpretativa - sono vincolanti per tutte le altre Corti e hanno pure una certa portata orizzontale dato il notevole numero di filtri che impediscono ad una questione di essere portata nuovamente a conoscenza della Corte.

Ci sono poi sistemi di civil law che conferiscono una vera e propria portata vincolante ad una giurisprudenza più o meno costante. In Spagna, per esempio, il Codice di Procedura Civile considerava errore di diritto per una corte inferiore discostarsi da una «doctrina legal» consistente in più di una decisione della suprema istanza su un dato punto. In tal modo due decisioni concordi della massima corte introducono un vero e proprio stare decisis in senso verticale. La locuzione «doctrina legal» è stata recentemente abbandonata, ed il Codice di Procedura Civile parla oggi - raccogliendo le critiche mosse alla locuzione doctrina legal dagli studiosi spagnoli - di jurisprudencia. Un simile modello è seguito in Argentina (14) (15). In Messico vige un simile principio, anche se per potersi parlare di giurisprudenza vincolante non sono sufficienti due decisioni ma ne occorrono cinque. In Brasile i principi di diritto che emergono dalla giurisprudenza costante sono introdotti in un volumetto noto come «Sùmula» e divengono in tal modo vincolanti(16). Esistono poi meccanismi istituzionali, in Francia come in Germania(17), che rendono un precedente, ancorché non tecnicamente vincolante, per così dire «rinforzato». Tali meccanismi introducono una sorta di stare decisis in senso orizzontale perché impediscono ad una determinata sezione della massima istanza di superare un precedente di un'altra sezione (tecnicamente perciò un precedente della stessa Corte) senza ricorrere alle Sezioni Unite.

#### 4. Precedente giudiziario e diritto consuetudinario

«I common lawyers amano descrivere il loro diritto come un corpus immutabile fondato sul buon senso e sulla ragione... se la ragione umana non cambia, il diritto non cambia, è soltanto l'applicazione delle vecchie idee alle mutate circostanze che dà l'impressione del cambiamento. I giudici non sono nominati per cambiare il diritto. Il loro compito è jus dicere non jus dare»(19). Questa concezione tutt'oggi latente in quella cultura giuridica, vive con la regola stare decisis un rapporto ambiguo: il giudice, nel rendere la decisione, non crea diritto, non è fonte primaria del diritto. Egli non fa altro che scoprire ciò che il diritto è: antica consuetudine spontanea ab immemorabilia. Dalla teoria dichiarativa del common law discendono due corollari antitetici per la dottrina del precedente.

In primo luogo, l'antica consuetudine, una volta scoperta, diviene fissa, immutabile di fronte al mutare di qualunque circostanza del mondo reale. Il giudice sarà quindi vincolato a seguire il precedente giudiziario, unica autentica prova della consuetudine. Il precedente giudiziario raggiunge dunque un alto grado di vincolatività, perché ogni caso che successivamente se ne discosti è considerato reso ab iniuria. La decisione precedente, tuttavia (ed arriviamo così al corollario successivo), non essendo essa stessa diritto ma mera prova del diritto, potrebbe essere sbagliata, resa cioè a sua volta ab iniuria; ecco dunque che il giudice successivo è del tutto libero di correggerla, qualora la sua decisione possa considerarsi miglior prova di ciò che il diritto è(20). Con questa teoria, resa celebre da Blackstone, da un lato si abbraccia la dottrina del precedente vincolante, dall'altro, viceversa, quella contrapposta. In verità una tal concezione appare raggiungere una certa coerenza, purché analizzata nell'ambito di una teoria delle fonti del diritto che tiene in altissimo onore il valore persuasivo della decisione giudiziaria, ma che ancora ignora una concezione del giudice positivista, gerarchica e burocratica, quale quella che fonda la moderna obbligazione giuridica di stare decisis(21). Nella concezione del common law classico, il precedente, se deciso bene, va seguito. Tale concezione, inoltre, appare la sintesi fra le due componenti presenti in Blackstone, e, in generale, nella cultura giuridica del common law dei suoi tempi: da un lato quella giusnaturalistica ereditata da Grotius, tesa a ricercare una legittimazione superiore per ogni regola positiva; dall'altro quella del common lawyer con ormai a sua disposizione reports assai sofisticati, contenenti decisioni prestigiose rese dagli oracoli del common law. La prima componente spinge in modo contrario alla dottrina stare decisis, la seconda in senso favorevole(22). Date queste premesse teoriche, è chiaro che un mutamento giurisprudenziale può essere giustificato soltanto come correzione di un errore, vale a dire come più recente scoperta che il diritto non era, in verità, ciò che si pensava che fosse. Dà ciò discende de plano il valore necessariamente retroattivo di ogni cambiamento di giurisprudenza (overruling), che consiste in una dichiarazione coram populo che tutti i casi precedentemente decisi sulla base della regola mutata sono stati in realtà decisi ab iniuria, cioè contro il diritto(23). In verità, a ben vedere, è la stessa natura della decisione di una controversia che le conferisce valore retroattivo, prendendo necessariamente in considerazione fatti già avvenuti(24). Tale necessità, per così dire ontologica, è assente dal procedimento legislativo, sicché già dal 1250 Bracton, e poi via via Coke e Blackstone, ritennero principio fondamentale del diritto che gli statutes operino soltanto per il futuro, a differenza del common law, che, decidendo casi sulla base di principi già preesistenti in natura rerum, non eccita preoccupazioni di garanzia quali quelle che sorgerebbero di fronte ad uno statute che rivendichi valore retroattivo(25). Si ricorderà che gli statutes furono visti sempre come deroghe speciali ai principi generali di ragione contenuti nel common law; deroghe, dunque, che dovevano essere conosciute per poter essere osservate(26). Il problema del diritto giurisprudenziale è nel common law (ma in qualche misura anche altrove) il campo di battaglia privilegiato fra le concezioni positiviste del diritto nelle loro diverse manifestazioni, e le concezioni che si contrappongono alla ristrettezza delle prime(27). Le analisi dei giuristi interni sono di conseguenza sovente imbevute di pregiudizi ideologici, dovuti ai diversi assunti di fondo che il comparatista non può permettersi di recepire. Frutto di una tale recezione è probabilmente l'enfasi eccessiva da parte della sistemologia moderna sulla regola stare decisis come caratteristica profonda del common law. Essa, intesa in senso stretto, non è che un fenomeno recente e circoscritto nel panorama del common law: un fenomeno assente nel common law classico, e sicuramente poco adatto a spiegare le differenze profonde fra quest'ultima tradizione ed il civil law. Anzi, l'eccessiva enfasi su stare decisis può offuscare la vera portata delle differenze fra common law e civil law dal punto di vista del ruolo del precedente giudiziario. Chi non voglia cadere nelle illusioni ottiche portate da una

frequentazione acritica della letteratura dei common lawyers sul punto, dovrà sforzarsi di isolare i diversi formanti che in common law si contrappongono, spingendo gli uni verso la tradizione, gli altri verso il cambiamento. Il legame fra decisione giurisprudenziale e consuetudine, del resto, non è estranea neppure alla concezione del civil lawyer. Sebbene sporadicamente, si possono registrare decisioni tedesche in cui una determinata linea giurisprudenziale ancorché contra legem, viene denominata «diritto consuetudinario» e resa vincolante(28).

## **5. L'imporre della regola stare decisis nei sistemi di common law.**

La storia del valore del precedente nei sistemi di common law ha seguito un'evoluzione tutto sommato lineare: si tratta del consueto passaggio dalla prassi consolidata all'obbligo giuridico. L'alto prestigio sociale dei giudici, coniugato alla crescita in numero e qualità dei law reports, ha fatto sì che la prassi di seguire il precedente prendesse piede nel corso del xviii secolo. Lord Mansfield, che non può certo considerarsi un giudice conformista(29), si sentiva in qualche modo vincolato dai suoi predecessori, anche se di dottrina «stare decisis» ancora non si sente parlare, neppure in Blackstone(30). Peraltro, la sorte che Eldon fece subire alle più ardite dottrine di Mansfield, e soprattutto le critiche dei suoi successori, ci mostrano che al principio del secolo scorso la prassi si stava trasformando in obbligo.

Un tale obbligo in capo ai giudici può dirsi autoimposto, perché non fu mai previsto alcun dove in common law da un atto legislativo. Entro la fine del secolo scorso, in ogni caso, stare decisis era scandito a chiare lettere dalla giurisprudenza di tutto il mondo di common law, sia nella sua portata verticale, che (in misura assai più variabile da luogo a luogo) in quella orizzontale(31). Soltanto il trionfo della filosofia giuridica positivista causò, principalmente in Inghilterra(32), il drastico irrigidimento della regola. Qui l'irrigidimento dell'obbligazione stare decisis si trova in evidente concomitanza con l'organizzazione gerarchica delle corti, voluta per la prima volta dai Judicature Acts. Al contempo la finzione (di matrice opposta), per cui il common law non è creato dal giudice, ma da questi meramente scoperto, trovava in stare decisis una sorta di corollario legittimante (in senso positivista) di fronte al potere legislativo. Discostarsi da un precedente equivale a legiferare per quel particolare caso; non sembra dunque possibile farlo apertamente, perché la funzione legislativa dei Lords richiede il concorso dei Commons e della Corona. Per circa un secolo i Lords inglesi si ritennero perciò assolutamente vincolati dai propri precedenti, liberandosi dall'obbligo soltanto nel 1966, attraverso un «practice statement» emanato nell'ambito del potere di autoregolamentazione riconosciuto alle corti di common law(33). L'analisi di tale atto è indispensabile per comprendere le fondamenta teoriche di stare decisis: «I Lords considerano l'uso del precedente come un fondamento indispensabile su cui decidere quale sia il diritto e la sua applicazione ai casi particolari. Esso offre almeno un certo grado di certezza su cui gli individui possono basarsi nella condotta dei propri affari nonché una base per uno sviluppo ordinato delle regole giuridiche.

Nondimeno i Lords riconoscono che un'adesione troppo rigida al precedente può condurre all'ingiustizia nel caso di specie nonché inibire l'adeguato sviluppo del diritto. Da ciò il loro proposito di modificare l'attuale pratica e, pur mantenendo i precedenti di questa Camera come di regola vincolanti, di dipartirsi dalle precedenti decisioni quando appaia giusto farlo.

A questo proposito essi terranno a mente i pericoli insiti nel disturbare retroattivamente le basi su cui si sono fondati i contratti o le negoziazioni in materia fiscale o proprietaria, nonché le particolari

esigenze di certezza quali quelle in materia penale. Il presente annuncio non intende avere effetto sull'uso del precedente in sedi diverse da questa Camera dei Lords».

I Lords hanno atteso fino al 1966 prima di prendere questa rivoluzionaria decisione (restata in notevolissima misura confinata al piano declamatorio)(34), proprio perché non intendevano riconoscere la finzione della teoria blackstoniana: decidere un caso è meramente scoprire il diritto, mentre superare un precedente (se non reso ab iniuria) significa creare diritto, funzione che può esercitare solamente il Parlamento. Nelle classiche parole di Lord Campbell: «È mio dovere stabilire... che la regola di diritto che i Lords pronunciano come base della decisione presa nella propria funzione giudiziale... deve essere considerata diritto finché non mutata da un atto del Parlamento. Se il diritto costituente la vostra ratio decidendi chiaramente vincolante in tutti i tribunali inferiori nonché nei confronti di tutti i sudditi della Regina non fosse altrettanto vincolante per i Lords, questa Camera si starebbe arrogando il diritto di cambiare il diritto e di legiferare in ragione di una propria e separata autorità»(35). Simili concezioni, qualora prese alla lettera, avrebbero finito col paralizzare qualsiasi evoluzione giurisprudenziale del diritto; per comprenderle occorre quindi scontare il loro carattere nettamente declamatorio. Occorre peraltro tener conto che la dottrina del precedente vincolante non è priva di impatto operativo nel mondo di common law. Per dirla con Cardozo: «Stare decisis is at least the everyday working rule of our law»(36).

## 6. Stile delle sentenze e valore del precedente.

Da quanto abbiamo fin qui esposto, incomincia a divenir chiaro che **non tutto quanto deciso da un precedente giudice può essere vincolante ai sensi della regola stare decisis.**

La regola innanzitutto spiega i suoi effetti soltanto a livello di corti cosiddette «appellate»: **ciò che vincola è il punto di diritto esposto nella sentenza, e non mai la ricostruzione in fatto;** il valore del precedente giudiziario risulta strettamente correlato alla sua verbalizzazione; la storia del valore del precedente nel common law è di conseguenza **tutt'una con quella del law reporting.** La crescita dei law reports è ad un tempo causa ed effetto dell'imporsi del diritto giurisprudenziale fra le fonti del diritto. In un sistema privo di raccolte di giurisprudenza attendibili, il patrimonio giuridico prodotto dall'evoluzione del case law (diritto giurisprudenziale) è inevitabilmente destinato a perdersi. In un tale sistema non è concepibile né la giurisprudenza come fonte del diritto, né, a maggior ragione, la regola stare decisis. Le caratteristiche delle raccolte di giurisprudenza, come più in generale di ogni forma di verbalizzazione del diritto, hanno dunque un'importanza centrale. È per questo che si è ritenuto conveniente dedicar loro un apposito capitolo(37). Su un punto, comunque, conviene qui soffermarsi: **lo stile delle decisioni giudiziarie di common law. È fin troppo facile osservare la notevole differenza che separa da questo punto di vista il common law tutto dal civil law.** Certo, all'interno del mondo romanista le sfumature non mancano: la sentenza della cassazione francese, ad esempio, è assai più stringata di quella della corte suprema tedesca; nondimeno, in nessuna esperienza di civil law la sentenza assume sembianze letterarie simili alle opinions dei giudici di common law(38).

**L'opinion è una discussione in punto di diritto, notevolmente dettagliata e profonda, in cui il giudice non ricerca soltanto, come il collega romanista, il sillogismo giudiziale. Egli si sforza di esporre il diritto ricavato dagli statutes e dai precedenti, e di rinvenire così una doctrine non soltanto adatta per la soluzione del caso davanti a sé, ma pure idonea a fondare la soluzione di ipotetici casi futuri.** Naturalmente, le differenze non mancano all'interno della famiglia di common law, tanto sul piano storico, quanto su quello geografico, nonché ai diversi livelli della «piramide giudiziaria». Da

quest'ultimo punto di vista è fin troppo scontato che l'atteggiamento di una corte non soggetta ad ulteriori appelli può variare notevolmente da quello di una corte le cui decisioni siano assoggettabili ad impugnativa. Sul piano storico, lo stile di una cultura giuridica in ciascun diverso momento storico potrà determinare, e di regola determinerà, lo stile della decisione giudiziaria. Studi oggi classici sono stati dedicati all'analisi delle diversità fra le decisioni giudiziarie americane nelle diverse epoche di quella cultura giuridica. Llewellyn (39) e sulla sua scia Gilmore (40) hanno mostrato la differenza fra la giurisprudenza americana dell'età dell'oro e quella operante in tempi di formalismo(41). La prima ragionava per grandi principi, gettando le fondamenta di un sistema giuridico nuovo, la seconda si limitava ad un'interpretazione meccanica del sillogismo giudiziale(42). Infine, notevoli diversità possono rinvenirsi nelle diverse epifanie del common law: **lo stile inglese contemporaneo è ad esempio assai più restio all'elaborazione di dottrine dall'ampia portata propositiva di public policy, rispetto all'attuale giurisprudenza americana**(43).

Anche sul piano più strettamente formale si riscontrano differenze fra il moderno stile della sentenza inglese rispetto a quella americana. **In Inghilterra, infatti, ciascun giudice stende separatamente la sua opinion. In America, viceversa, tale stile è stato abbandonato, sicché oggi tutte le corti, seguendo quanto disposto da Marshall agli albori della storia della Corte Suprema federale, affidano ad un unico giudice la redazione dell'opinion of the Court**(44). Si noti come lo stile inglese da questo punto di vista sia più congruente con la tradizione non positivista del **giudice di common law; i giudici separatamente collaboravano nell'intrapresa di scoprire i diritti, in quanto custodi di un patrimonio sapienziale, e non in quanto membri di una corte organo ufficiale dello Stato.** Peraltro, questo lieve cedimento del modello americano alle tentazioni del positivismo è reso del tutto innocuo dalla duplice possibilità, sempre aperta anche al membro di una corte americana, di **redigere un'opinione dissenziente (dissenting opinion), e di immortalare sui reports le sue specifiche divergenti motivazioni del medesimo risultato, qualora non condivide l'analisi di maggioranza (concurring opinion).** Tale possibilità non offre soltanto un'occasione di esercizio accademico, ma può avere importanti ripercussioni sul valore del precedente(45). Tornando quindi al valore del precedente giudiziario, è ovvio che non tutto quanto contenuto in punto di diritto nelle opinions (lunghe sovente svariate decine di pagine a stampa) può esser vincolante per i giudici successivamente aditi. I common lawyers, da raffinati case lawyers quali sono sempre stati, hanno affinato diverse tecniche di interpretazione del testo delle opinions contenute nei law reports. Da una certa data in avanti, coincidente grosso modo con il momento in cui (nella seconda metà del secolo scorso) si è imposta la regola stare decisis in senso tecnico, tale sensibilità per il diritto giurisprudenziale, già ampiamente maturata nel corso dei secoli, è stata formalizzata, ed ha costituito la messa in opera teorica della regola del precedente; tale elaborazione dottrinarica può essere considerata la teoria classica del precedente.

Abbozzata intorno alla fine del secolo scorso nell'ambito delle opere inglesi di jurisprudence (46) (la materia accademica corrispondente alla nostra teoria generale del diritto), **la teoria classica è stata elaborata in grande dettaglio, principalmente in America, attraverso contributi accademici figli del formalismo giuridico**(47). Soltanto in un momento successivo il dibattito tornerà in Inghilterra, dove, nelle mani di personaggi come Allen, Winfield e Goodhart, verrà immortalato e consegnato agli studiosi continentali, attirati da questa grande differenza. **Negli anni trenta, in Inghilterra, la regola stare decisis aveva raggiunto un rigore ovunque sconosciuto,** ed in larga misura irripetibile. Come sovente avviene, l'immagine di un particolare momento storico in un particolare luogo è stata utilizzata a paradigma di tutto il common law.

## 7. La teoria classica del precedente.

Quando Wambaugh, Black e gli altri dottrinari americani posero mano all'elaborazione della teoria classica del precedente, una corrente dottrinale stava minando dalle fondamenta la teoria dichiarativa del common law. Poco per volta, adepti sempre più autorevoli dovevano unirsi alla cosiddetta giurisprudenza analitica, elaborata oltre oceano da Austin e Bentham nell'ambito di un rigido positivismo(48), e adattata da Henry Sumner Maine a visioni di maggiore apertura culturale(49). Quando la nuova teoria, secondo cui la decisione del giudice (per lo meno di fronte ad ogni problema che si presenta per la prima volta) è vera e propria fonte creatrice del diritto, conquistò Oliver Wendell Holmes(50), fu chiaro che la vecchia ortodossia blackstoniana era destinata al tramonto. Si trattò tuttavia, come è agevole immaginare, di un tramonto assai lungo prima della definitiva eclissi(51). Una serie di elementi troppo congeniali alla tradizione giuridica si trovavano radicati nell'antica visione, che portava con sé un corollario non indifferente dal punto di vista della teoria del precedente. Tali elementi si sostanziano essenzialmente, come sappiamo, nella possibilità in capo al giudice di dipartirsi dal precedente sgradito, considerando quest'ultimo una enunciazione sbagliata del diritto (in altre parole una prova non sufficiente di ciò che il diritto veramente è). Poiché in questo quadro il precedente disatteso non è visto come cattivo diritto, ma come «non diritto» tout court, ecco che si potrà «giustificare il superamento dei precedenti continuando a proclamare la stabilità (e l'irretroattività) del diritto»(52). Occorre precisare subito che la teoria dichiarativa, sempre meno credibile sul piano dottrinale, si manteneva (e tuttora in qualche misura si mantiene) ben salda sul piano giurisprudenziale, tanto in America quanto in Inghilterra. Di fronte alla regola stare decisis si può dire siano convissuti fin dai suoi albori due atteggiamenti: quello riverente e quello scettico. Questi atteggiamenti culturali si sono diffusi in modo diverso nel mondo di common law: il primo ha trionfato in Inghilterra, il secondo in America. Nella fase classica della dottrina del precedente esiste un sostanziale accordo fra i dicta delle corti inglesi e americane, e gli studiosi, sia dal punto di vista delle ragioni che giustificano l'operare di una regola del precedente, sia da quello del suo concreto funzionamento.

Dal primo punto di vista, spiccano, com'è agevole immaginarsi, la certezza del diritto, l'uniformità delle decisioni, la sicurezza delle posizioni soggettive; a questo proposito non si ha che l'imbarazzo della scelta nell'offrire citazioni enfatiche e solenni(53). Si noti ancora che certezza, uniformità e sicurezza del diritto verranno messe in crisi, come categorie di riferimento, soltanto in una breve stagione americana, in cui il nihilismo giuridico farà la sua comparsa come portato ultimo del realismo(54). A parte quella breve parentesi questi valori costituiscono sempre la giustificazione teorica della dottrina del precedente(55).

In civil law la teoria classica del precedente si può essenzialmente indicare nel diniego della sua ammissione fra le fonti del diritto: laddove «in un sistema di common law i precedenti giudiziari costituiscono il diritto per antonomasia, in un sistema codificato il diritto è costituito dai codici e dalle leggi speciali. In teoria le corti si limitano ad applicare ed interpretare la legge. La legge scritta è ritenuta offrire i necessari elementi di certezza; le decisioni giudiziarie non hanno bisogno di essere vincolanti in tali sistemi»(56).

## 8. La contrapposizione fra ratio decidendi e obiter dictum.

La dottrina stare decisis viene «messa in funzione» mediante un doppio ordine di contrapposizioni, su cui è necessario soffermarsi brevemente: in primo luogo, quella fra ratio decidendi ed obiter

dictum, **in secondo luogo quella fra decision ed opinion**. Queste due contrapposizioni risultano così intimamente legate fra loro da renderne difficile la trattazione separata.

In apertura si deve segnalare una divergenza terminologica, che in qualche misura caratterizza l'esperienza americana rispetto a quella d'oltre Atlantico. Nell'uso quotidiano delle corti e degli autori si preferirà parlare **non tanto di ratio decidendi, quanto di holding**(57). Il significato di quest'ultimo termine (tecnicamente sinonimo di ratio decidendi) può essere reso in italiano utilizzando i verbi asserire, stabilire o ritenere(58). Lo holding di una corte è dunque quanto asserito dalla corte medesima in un particolare caso: costituisce, in altre parole, la decisione della corte (di qui il legame intimo cui si accennava poc'anzi fra i due ordini di contrapposizioni concettuali). Il passaggio ad un esteso utilizzo del termine holding negli Stati Uniti può forse spiegarsi con le profonde implicazioni «formalistiche» del concetto, precisamente definito, di ratio decidendi(59).

**Propositions of law, legal doctrines, rationes decidendi sono la vera decisione del caso, ciò che fa precedente, e che il giurista deve imparare ad isolare, cogliendo nell'opinion della corte tutto quanto costituisce un dictum, mettendolo da parte**(60). Questi presupposti (61) portano alla definizione di ratio decidendi, divenuta presto classica. **La ratio decidendi è così: «una regola generale senza la quale il caso sarebbe stato deciso diversamente»**(62). «Non è la decisione del caso particolare che lo rende precedente ma la ragione giuridica della decisione, la ratio decidendi, vale a dire il principio giuridico sottostante che, applicato ai fatti, ha determinato quella particolare decisione»(63); «...essa è ovviamente fondata nei fatti ma è capace di essere da questi astratta e generalizzata sotto forma di una proposizione giuridica o di una serie di proposizioni giuridiche...»(64); «La doctrine of a case è una generale proposizione giuridica dalla quale, in connessione con le circostanze del caso, la decisione logicamente segue, e sulla quale, tanto che ciò sia dichiarato come che non lo sia nell'opinion, la Corte basa la propria decisione»(65).

Un'analoga definizione si rinviene nel classico Jurisprudence di Salmond: «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 fra le parti ma è l'astratta ratio decidendi che sola ha forza di legge con riguardo al resto del mondo»(66). Due punti sono di importanza fondamentale per capire la teoria classica del precedente. In primo luogo, **il procedimento di estrazione della ratio dal caso invocato come precedente spetta alla corte chiamata a seguirlo**. Tale procedimento consiste di un'operazione bifase; una prima parte di questa operazione, condotta attraverso un procedimento di tipo **induttivo**, consiste nello **scartare tutti gli obiter dicta**, e nel cogliere il principio giuridico senza il quale la decisione non avrebbe potuto essere quella che è; la seconda parte consiste nell'applicare il principio di diritto, o ratio decidendi, alla nuova fattispecie, attraverso un procedimento deduttivo descritto non diversamente dal tradizionale sillogismo giudiziale cui sono familiari anche i civilians(67). Soltanto svolta la prima parte di quest'operazione bifase, ed arriviamo qui all'altro punto fondamentale, entra in giuoco la **dottrina stare decisis**. La **corte sarà cioè legata ad applicare il principio di diritto scoperto nella prima fase del proprio ragionamento «così come lo trova, a tutti i casi che successivamente si presentano»**(68): «in effetti una dottrina od un principio entra nel mondo del diritto positivo vuoi direttamente per opera del legislativo, vuoi, indirettamente, per opera delle Corti, restando la differenza più sul piano del procedimento che su quello dell'autorità»(69). Quanto non entra a far parte del mondo privilegiato delle rationes decidendi, ricade nella sfera degli obiter dicta o gratis dicta (o semplicemente dicta)(70). **A giudizio unanime i dicta non sono authorities of first degree, o non sono, authorities del tutto, per coloro che accettano l'equazione authority = valore vincolante; essi, tutt'al più, possono avere un valore persuasivo direttamente proporzionale al prestigio della corte che li esprime: un'authority, insomma, paragonabile a quella del lavoro di un dottrinario**(71).

Il motivo per cui una parte del lavoro di una medesima corte assume un valore addirittura paragonabile a quello di una legge, mentre un'altra parte può ricevere una certa credibilità soltanto se dottrinarmente apprezzato, ci viene spiegato da Marshall in un'opinione divenuta celeberrima: «È una massima da non sottovalutarsi che le espressioni generali all'interno di ogni opinione devono essere prese in correlazione con il caso in cui tali espressioni vengono utilizzate. Se esse vanno oltre il caso possono essere rispettate ma non dovrebbero vincolare la decisione di un caso successivo dove lo stesso punto si presenti per la decisione. La ragione di questa massima è ovvia. La questione di fronte alla corte è investigata con attenzione e considerata in tutta la sua estensione. Altri principi, che possono servire ad illustrarla, sono considerati in relazione al caso deciso, ma le loro possibili conseguenze in tutti gli altri casi sono raramente investigate a fondo»(72). Secondo questa visione, dunque, gli obiter dicta non sarebbero autoritativi, perché non costituiscono parte essenziale del ragionamento della corte e non sono resi, pertanto, con la ponderazione che la funzione giudiziale, con il relativo giuramento, impone alla corte nella decisione della particolare controversia(73).

## 9. La contrapposizione fra *decision* e *opinion*.

Da questa breve esposizione della contrapposizione fra ratio decidendi ed obiter dictum già risulta suffragato il legame cui si accennava con la seconda contrapposizione utilizzata nell'elaborazione della teoria del precedente, quella fra decision ed opinion. **L'opinione è costituita dalle parole che i giudici utilizzano, in ossequio ad un dovere proveniente da diverse fonti(74), per motivare la propria decisione. Quest'ultima, tuttavia, non va confusa con queste parole,** potendo essere correttamente estratta (da un successivo giudice) anche in mancanza dell'opinione scritta, o in presenza di un'opinione tale da non riflettere la vera ratio decidendi del caso: **«Qualora un'opinione venga messa per iscritto, essa generalmente contiene tanto la decisione della corte quanto le ragioni per questa, ma non è necessariamente congruente con la decisione. Essa costituisce una prova della decisione ed anche del principio che la sostiene.** Ma il valore precedenziale del caso è limitato alla particolare regola o principio di diritto applicato ai fatti e che forma le basi del giudizio della Corte»(75). **«La decision e non l'opinione fanno precedente»(76).** I corollari di questa seconda contrapposizione sono due.

In primo luogo, **la decisione non pubblicata nei law reports mantiene un valore precedenziale tale e quale a quella pubblicata,** essendo mere circostanze di fatto - ma non ragioni di teoria - a sminuirne il valore. Questo è probabilmente il corollario che più di ogni altro discosta la teoria classica del precedente dalla realtà operativa. Invero, la stessa dottrina stare decisis si è potuta sviluppare solamente in correlazione con lo sviluppo di sistemi attendibili di law reports. Non solo, ma un'analisi operativa sulla portata della regola stare decisis mostra in modo piuttosto chiaro quanto il valore del precedente si ponga in funzione della quantità, della qualità e delle caratteristiche dei law reports. Occorre menzionare un secondo ed importantissimo corollario della teoria in esame: **la corte non può rendere vincolante alcuna sua affermazione che non sia ratio decidendi, del particolare caso; l'estrazione di questa, come visto, spetta alla corte successiva.** Nel corso della sua opinione la corte precedente **potrà al più adoperarsi per guidare il successivo interprete alla scoperta della vera ratio decidendi(77);** cioè della regola generale, essenziale alla soluzione del caso particolare. Il legame fra ratio decidendi e caso particolare, inoltre, si sostanzia in una regola ermeneutica ripetuta da tutti i cultori della teoria classica del precedente: il linguaggio generale contenuto in un'opinione va sempre interpretato come limitato ai fatti del caso di specie.

Estratta la ratio decidendi da un caso (o le rationes decidendi, qualora nel caso siano coinvolte più questioni di diritto)(78), sorge il vincolo che impone di applicare la legal rule ad essa connessa, ai sensi della dottrina stare decisis. A questo proposito risultano pacifici due assunti; in primo luogo, che **la dottrina si applica soltanto all'interno della medesima giurisdizione, risultando meramente persuasivo il precedente extragiurisdizionale; in secondo luogo, che i giudici inferiori sono assolutamente vincolati dalle legal rules contenute nei precedenti delle corti superiori**, risultando privi di qualsiasi potere di discostarsi(79); dubbi rimangono aperti circa la portata orizzontale della regola. Come già accennato, questa sarà accolta (per un certo periodo) in Inghilterra, e disconosciuta in America.

La ratio decidendi contiene dunque una legal rule assai più ristretta rispetto al precetto normativo cui è familiare il giurista romanista, in quanto strettamente collegata (pur nella sua astrattezza e generalità) alla situazione di fatto(80). Il grado di generalità della legal rule è un dato variabile che dipende dalle circostanze. In linea di massima può dirsi che un giudice di common law moderno tende a supportare un caso con un principio di diritto piuttosto ampio (e.g. principio neminem laedere in negligence)(81). Saranno i giudici successivi a svolgere il compito di verificare se tale **principio generale costituisce davvero la ratio decidendi del caso, o se quest'ultima contiene una legal rule assai più restrittiva** (e.g. lesione negligente di una posizione soggettiva particolarmente qualificata). Tale opera dei giudici successivi si svolge attraverso il potere di distinguere, considerando decisiva nella soluzione del primo caso qualche dato di fatto assente nella questione che sono chiamati a decidere.

L'esercizio bifase ora descritto (1. estrarre la legal rule; 2. applicarla ai casi successivi) ha portato a scorgere un diverso ragionamento giuridico di common law rispetto a quello di civil law(82). Nel primo contesto si seguirebbe un metodo induttivo (dalla fattispecie particolare al principio generale), mentre il giurista romanista ragionerebbe deducendo dal principio generale (contenuto nel precetto normativo) il caso particolare. Una tale visione è legata a filo doppio con la teoria classica del precedente, e la sua attendibilità come contrapposizione sistemologica va valutata alla luce delle considerazioni critiche che a quella dedicheremo(83).

## **10. Distinguishing.**

Posto che nel mondo reale due casi non si ripresenteranno mai perfettamente identici, e che la regola giuridica che costituisce la ratio decidendi di un precedente va estratta dalla corte successiva con riguardo ai fatti concreti di quella controversia, **una possibilità aperta per la corte obbligata secondo stare decisis è sostenere che quella decisione non è precedente nel nuovo caso di specie. È sufficiente per la corte successiva mostrare che le inevitabili differenze di fatto non sono inessenziali dal punto di vista della decisione della nuova controversia rispetto a quella precedente, costituendo viceversa un mutamento di fattispecie tale da richiedere l'applicazione di nuove regole giuridiche(84)**: «Affinché la decisione di un caso costituisca precedente per la decisione di un altro caso, non è necessario che i fatti dei due casi siano perfettamente identici; è sufficiente che essi siano sostanzialmente analoghi senza differenze rilevanti. C'è una differenza rilevante, esclusiva del valore precedenziale del primo caso, se quello conteneva fatti e circostanze, elementi della controversia, direttamente influenti sul giudizio, che non sono presenti nel secondo caso; o se il secondo caso contiene fatti o circostanze, elementi della controversia, direttamente influenti sul giudizio che non sono presenti nel secondo caso; o se il secondo caso contiene fatti o circostanze

parimenti essenziali e da considerarsi nella sua decisione, che non erano presenti nel precedente caso ma che, se lo fossero state, avrebbero modificato o cambiato il giudizio»(85).

Il potere di distinguere è considerato inerente ad ogni sistema di stare decisis, ed anzi, qualora esercitato in modo «ragionevole», ha la funzione indispensabile di «mettere a fuoco» la legal rule tracciata da ogni precedente(86). Occorre segnalare che anche nella teoria classica convive, accanto a questa visione per così dire «fisiologica» del distinguere, una visione in qualche misura patologica dello stesso; in questa diversa prospettiva il potere di distinguere, «portato agli estremi diviene una mera spaccatura di capelli. Da parte degli avvocati ci si rivolge a questo sistema per evadere gli effetti di un precedente sfavorevole attraverso acute sottigliezze; e le Corti sono famose per ricorrere allo stesso processo per sfuggire al controllo di una decisione precedente che non apprezzano ma che non osano superare direttamente»(87). I sostenitori della teoria classica menzionano il fenomeno in via incidentale, dedicandogli poche righe. Su questo stesso punteranno la propria attenzione, ben altrimenti, i critici successivi.

## 11. Overruling.

Il potere riconosciuto ad una corte di discostarsi da un precedente interno alla propria giurisdizione, non distinguibile, si dice overruling. Esiste un contrasto teorico fra stare decisis e overruling, nel senso che laddove esiste il primo non può esistere il secondo, e viceversa. In realtà, la teoria classica si sforza di far convivere, attraverso notevoli finzioni, l'obbligazione stare decisis con le diverse porte che restano aperte al giudice per superare un precedente vincolante, permettendo l'incessante evoluzione del common law(88).

Entro quali limiti la teoria classica riconosce un potere di overruling in capo ad una corte di fronte a cui sia stato presentato un «case in all four» o «case in point», vale a dire un precedente non ragionevolmente distinguibile? La risposta a questa domanda si presenta necessariamente articolata, e risente notevolmente della filosofia di ciascun autore. Nessun problema per il precedente «palesamente sbagliato o assurdo» - quella decisione, cioè, totalmente in contrasto con i principi generali accolti dall'ordinamento -. In questo caso tutti gli autori concordano sul potere, spettante ad un giudice successivo di pari livello, di disapplicare la norma, esercitando il potere di overruling. Un giudice appartenente ad una giurisdizione inferiore potrebbe viceversa anche in questo caso trovarsi in imbarazzo, soprattutto agli occhi di quegli autori che non si sentono di abbracciare apertamente la teoria blackstoniana, per cui una decisione «sbagliata o assurda» non è diritto(89). In questo caso, negatagli la possibilità di overrule, e restando questi vincolato dal suo giuramento ad applicare il diritto, non gli restano che due possibilità; innanzitutto, spaccare il capello, profittando della teoria che prescrive un'interpretazione restrittiva per i casi dubbi, provandosi a distinguere la fattispecie; qualora (e i casi saranno comunque rari) quest'operazione non gli sia ragionevolmente possibile, il giudice inferiore applicherà il precedente, sottoponendolo comunque a tali e tante critiche nel corso della sua opinione da invitare il soccombente al gravame, ed inviare in tal modo un messaggio affinché il giudice superiore provveda all'overruling(90).

Diversi e più complessi problemi si pongono in quei casi in cui la decisione precedente, pur non risultando assurda, qualora applicata alla nuova fattispecie si sostanzia in una soluzione ingiusta agli occhi del nuovo giudice. È in queste situazioni che corre il confine fra ordinamenti giuridici fondati su un sistema stare decisis ed ordinamenti in cui tale regola non viene riconosciuta. Secondo la teoria classica, il principio generale alla base di queste situazioni è che il giudice applicherà il precedente, «perché se le Corti dovessero permettersi di deviare dalla regola della stretta aderenza

al precedente allevierebbero l'individuo ma danneggerebbero il corpus del diritto. Questo principio è espresso dal comune **detto per cui i casi difficili creano cattivi precedenti»(91)**. È comunque notevole ed importantissimo osservare che **il potere di decidere circa l'esercizio o meno dell'overruling risiede interamente nella discrezionalità della corte successiva(92)**. Nell'analisi di **quei dottrinari che riconoscono apertamente il contrasto fra overruling e stare decisis**, l'iscrizione del sistema americano fra quelli fondati sullo stare decisis è perciò legata a circostanze puramente di fatto: «Gli è che a causa dei pregiudizi conservatori dei giudici e a causa della stretta vigilanza posta in essere dalla professione forense, **il potere di overruling è stato assai di rado utilizzato come mezzo di improvviso cambiamento del diritto, ma è stato semplicemente adoperato come un lento sistema per portare i vecchi principi in armonia con le idee moderne**. In altre parole, viviamo in un sistema di stare decisis leggermente temperato dal potere di overruling»(93). **In Inghilterra per circa un secolo, fino al 1966, le cose sono state ben diverse(94)**. Poiché tuttavia il Practice Statement, emanato in quella data, è espressamente limitato alla House of Lords, si può dire che ancor oggi, formalmente, la Court of Appeal sia vincolata dai propri precedenti anche se, nella sostanza, le cose sembrano oggi corrispondere alla descrizione del diritto americano testé riportata. La teoria classica non lascia i giudici privi di indicazioni di dettaglio circa il più opportuno comportamento da seguire nell'esercizio dei loro poteri (riconosciuti più o meno espressamente) di fronte ad un precedente vincolante(95). Il modello seguito è quello di diversificare l'atteggiamento a seconda delle diverse aree del diritto coinvolte. Si va da aree a precedente «rigido» (property, procedure) ad aree in cui è teorizzata una maggiore elasticità (torts)(96).

## **12. La moderna dottrina del precedente.**

**La teoria classica del precedente**, brevemente descritta, **è stata tosto abbandonata, come già accennato, negli Stati Uniti**; essa vanta una **maggior sopravvivenza in Inghilterra**. Anche in quest'ultimo contesto, peraltro, non è stato difficile accorgersi che le vie aperte ai giudici per discostarsi dai loro obblighi di fedeltà ai precedenti sono tali da conferir loro poteri in pratica non dissimili da quelli dei loro colleghi continentali(97). **Nondimeno, la ricerca comparativa non consiglia di accogliere la tesi di coloro che autorevolmente hanno sostenuto la convergenza(98)**. Le differenze fra common law e civil law sopravvivono nettamente dal punto di vista del valore del precedente giudiziario fra le fonti del diritto. Stare decisis è innanzitutto uno strumento utilizzato dai common lawyers per descrivere il proprio sistema; **è questa una regola di lavoro quotidiana del giudice di common law, che il collega romanista certamente non conosce**. Essa, pur collocata ad un **livello descrittivo e non operativo, non è priva di impatti su quest'ultimo piano: il giudice per formazione culturale si sente obbligato a seguire il precedente**. Certo, **laddove la cultura del giudice sia più critica, egli si sentirà meno disposto a seguire una regola burocratica; di qui l'antinomia storica fra regola del precedente e cultura giuridica universitaria**. Nondimeno, è sufficiente un'analisi delle particolari tecniche sviluppatesi nel diritto giurisprudenziale di common law per verificare quanto la regola stare decisis e le concezioni ad essa sottostanti **siano all'opera anche oggi**. In quei sistemi si è sviluppata una serie di tecniche, le quali meritano l'attenzione del comparatista assai più delle astrazioni formali della teoria classica di stare decisis. La moderna dottrina del precedente, che risulta dall'analisi di tali tecniche, è in ogni caso compatibile con i singoli artifici a disposizione del giudice per sottrarsi al dovere enunciato. Di fronte ad essa il giurista romanista che si sia familiarizzato solamente con la teoria classica si trova completamente

sperduto(99). Tanto il binomio ratio decidendi-obiter dictum, quanto quello distinguishing-overruling, non sono più sufficienti a cogliere la moderna dottrina del precedente.

Anche nel mondo di civil law si presenta un notevole iato fra la teoria classica di matrice positivista - secondo cui la decisione giudiziaria non solo non è vincolante ma neppure può considerarsi fonte del diritto - e la realtà operativa. È appena il caso di accennare al numero di aree del diritto che sono coperte in tutti i sistemi dal diritto giurisprudenziale. Fra gli esempi più appariscenti di creazione pretoria troviamo in Francia l'Astreinte ed i troubles de voisinage; in Germania il risarcimento del danno per lesione dell'onore; in Italia il danno biologico. Quasi ovunque in civil law il ruolo della giurisprudenza cresce di pari passo con la sudditanza psicologica della dottrina nei suoi confronti e con i ritardi del formante legale. In queste condizioni, evidentemente, qualsiasi controllo critico sull'operare della giurisprudenza non può prescindere da una consapevolezza da parte della cultura giuridica dei meccanismi culturali ed istituzionali in cui essa opera nelle esperienze in cui il suo ruolo è da più tempo riconosciuto come trainante.

### 13. Tecniche di lavoro sul diritto precedente.

Un caso può essere, ad esempio, harmonized, ossia il giudice successivo può esercitarsi a far scomparire differenze apparentemente sufficienti ad esercitare il distinguishing. Può essere inoltre criticized, vale a dire sottoposto a critica da parte di un giudice, che tuttavia si dichiara legato a seguire il precedente. Il caso può essere inoltre limited ogni qual volta il giudice successivo ritenga di adottare un procedimento di interpretazione restrittivo, limitando strettamente ai fatti la decisione del giudice precedente. Ancora, il caso può essere questioned dal giudice successivo, qualora il carattere di saggezza, accuratezza, fondatezza o rigore del precedente sia semplicemente messo in dubbio, senza un'esplicita presa di posizione critica nei suoi confronti(100). Accanto a queste operazioni condotte dalla maggioranza, un importante ruolo nel limare il valore di un precedente è giuocato dai giudici dissenzienti. Essi hanno a disposizione, nell'istituto della dissenting opinion, un potente strumento di critica alle argomentazioni giuridiche della maggioranza. Innanzitutto, una decisione con uno o più giudici dissenzienti nasce più debole di una decisione unanime. Non è affatto raro, inoltre, che una linea giurisprudenziale, prima di essere abbandonata, sia erosa e discussa ripetutamente da qualche solitario membro del collegio, che, poco per volta, riesce a convincere una maggioranza dei colleghi (magari anche grazie al supporto maturato da parte dei commentatori) della fondatezza della propria soluzione(101). Ciascuna di queste tecniche costituisce, con diverse sfumature, un «attentato» al valore di un precedente: è facile, a questo proposito, capire il fenomeno che puntualmente si verifica, per cui un caso sovente criticized, distinguished, harmonized o questioned, prima o poi sarà destinato ad incontrare la scure dell'overruling. Anche quando ciò non avvenga, peraltro, il suo valore sarà notevolmente ridotto rispetto a quello di un caso convincente e conseguentemente sempre followed, la cui legittimazione non è nella regola burocratica e positivista «stare decisis», ma nel suo valore sapienziale. Di qui la portata operativa assai limitata che, di fronte ad un simile scenario, possono avere espliciti interventi normativi o regolamentari [quali quelle israeliane del 1955 (102) ed inglesi del 1966(103)], volti a svincolare (o vincolare) i giudici rispetto a stare decisis.

Risulta inoltre chiaro, qualora l'analisi sia condotta sul piano operativo, che in ciascuna di queste diverse sfumature si sostanzia la natura non fissa ma cangiante e strumentale della ratio decidendi, che il giudice successivo, a seconda dei casi, modella con un maggior o minore tasso di astrazione. Operazioni quali quelle di estrarre la «vera ratio decidendi» di un caso, di moda in America ai primi

del nostro secolo ed in Inghilterra negli anni trenta e quaranta, e che si stanno diffondendo oggi da noi, stante la nuova sensibilità della dottrina per il diritto giurisprudenziale (portato dalla diffusione del modello di common law nel civil law), mostrano chiari limiti di fronte all'affascinante complessità delle vie aperte ad un giudice consapevole del proprio ruolo di fronte all'interpretazione del diritto(104). Ciascuna di queste diverse tecniche è infatti di per se stessa prova ad un tempo della vitalità della dottrina stare decisis (senza di essa, ad esempio, tecniche quali l'harmonizing, il questioning ed il criticizing non avrebbero senso, perché il giudice semplicemente supererebbe il precedente sgradito), nonché della obsolescenza dell'immagine su cui incentrano la propria attenzione le contrapposizioni classiche. In quest'ordine di idee, è stato acutamente notato che molte volte in common law la tecnica del distinguishing viene utilizzata perfino nei confronti di precedenti fuori giurisdizione (financo stranieri), laddove non sussiste secondo stare decisis in senso classico, neppure un dovere di prendere in considerazione il caso(105).

Le tecniche or ora descritte sono strumento di lavoro quotidiano in tutto il mondo di common law. Oltre a queste sfumature, altri importanti aspetti caratterizzano la regola del precedente. Uno di questi, **l'anticipatory overruling, coinvolge stare decisis nella sua portata verticale**. L'altra, il cosiddetto **prospective overruling, opera viceversa più strettamente a livello di suprema giurisdizione**, e dà la misura della vitalità dei giudici legislatori nel mondo di common law. Entrambe queste tecniche si sono sviluppate più compiutamente negli Stati Uniti rispetto all'Inghilterra. Dal punto di vista della dottrina stare decisis, la combinazione delle diverse recezioni e dei fattori autotoni che hanno caratterizzato lo sviluppo del diritto americano ha creato un modello distante da quello classico, elaborato sulle fondamenta teoriche della teoria dichiarativa blackstoniana. La critica a tale teoria ha attecchito assai maggiormente in America(106), e ciò sembra aver portato come conseguenza una vera e propria revisione generale della teoria classica del precedente(107), ed in particolare il rigetto della contrapposizione fra ratio decidendi ed obiter dictum.

#### **14. Anticipatory overruling.**

La tecnica dell'anticipatory overruling tende a svilupparsi in deroga alla declamata sacralità della regola stare decisis in senso verticale. Se questa fonda l'agire quotidiano di un giudice inferiore di common law, occorre però considerare il fatto che **nessun giudice è stato mai sottoposto al procedimento di impeachment per non aver osservato un precedente. Un caso deciso in una corte inferiore in maniera palesemente contraria a precedenti di una corte superiore verrà presumibilmente preso in esame dalla giurisdizione superiore, che si prenderà cura di ristabilire in via d'appello la legalità(108)**. Tutto ciò è vero anche in Inghilterra, **soltanto che si sconti il maggior controllo preventivo di una corporazione professionale molto più piccola ed unita**. Le grandi e spericolate imprese di Lord Mansfield, lo si ricorderà, tutt'al più hanno dato adito a qualche solenne stigmatizzazione da parte dei lord Eldon di turno(109).

Occorre verificare fino a che punto ci sia posto, nella moderna teoria del precedente, per operazioni di overruling esplicito di precedenti di una corte superiore da parte di corti inferiori. La locuzione **anticipatory overruling è stata coniata in America dove, come visto, l'atteggiamento di fronte a stare decisis è meno rigido**. Occorre però tener presente che lo stesso fenomeno non è assente in Inghilterra, dove in taluni casi eccezionali si è conferito alla High Court il potere di non seguire precedenti della Court of Appeal e della House of Lords, sulla base di considerazioni analoghe a quelle che ci accingiamo a descrivere in materia di anticipatory overruling(110). I giudici inferiori,

nella stragrande maggioranza dei casi, prendono talmente sul serio il proprio obbligo di seguire i precedenti, che la teoria classica del precedente, fondata sulla distinzione fra ratio decidendi ed obiter dictum ha subito una profonda scalfittura. **L'analisi giurisprudenziale recente ed antica, infatti, ci conferma che nella maggior parte dei casi i giudici inferiori negli Stati Uniti non soltanto non si sognerebbero mai di ignorare un precedente sul punto della Corte Suprema, ma addirittura ammettono esplicitamente di sentirsi vincolati perfino dagli obiter dicta**(111).

Come regola di agire quotidiano, almeno fino ai tempi della corte Warren, lo stare decisis non è stato un principio sconosciuto alla Corte Suprema degli Stati Uniti, sebbene essa non si sia mai sentita strettamente vincolata ai propri precedenti(112). D'altra parte essa è sempre stata categorica nel considerare assolutamente vincolate tutte le altre corti degli Stati Uniti, statali e federali, di fronte alle proprie decisioni in materia federale. La situazione non è dunque dissimile da quanto avviene presso la House of Lords a partire dal 1966. A partire dagli anni quaranta, non appena i membri designati da Roosevelt cominciarono a prendere il sopravvento, ebbe inizio il periodo del cosiddetto attivismo della Corte Suprema; tale attivismo si manifestò inevitabilmente in mutamenti di giurisprudenza su temi cruciali, affrontati successivamente e risolti assai sovente con completi cambiamenti di rotta(113). Mutarono così dapprima l'atteggiamento nei confronti della legislazione sociale, poi quello nei confronti della segregazione razziale ed, in generale, delle garanzie nei confronti dei diritti civili e politici. Non sempre, tuttavia, questi mutamenti, incorporati in casi divenuti celeberrimi, si configurano in overrulings espliciti da parte della Corte Suprema(114). Nella maggior parte dei casi, la Corte è riluttante a mutar espressamente opinione, sicché i precedenti contrari alla nuova tendenza non vengono formalmente svuotati di valore vincolante, ma soltanto erosi nelle loro fondamenta teoriche. Il problema è reso palese, ad esempio, dalla vicenda del più famoso caso di disegregazione razziale, Brown voce «Board of Education»(115). Formalmente, questo caso risulta deciso del tutto ex novo(116). Esso si limita a stabilire l'illegittimità ai sensi dell'equal protection clause, della separazione razziale nelle scuole pubbliche. Sul piano formale, esso non costituisce overruling della dottrina contenuta in Plessy voce «Ferguson»(117), ai sensi del quale la divisione di scompartimenti ferroviari per bianchi e neri non è incostituzionale, purché il servizio sia di pari livello. **Che cosa succede qualora successivamente a Brown voce «Board of Education» si presenti un caso «in all fours» rispetto a Plessy? La corte inferiore sarà obbligata a seguire il precedente, lasciando che sia la Corte Suprema federale a superare anche formalmente Plessy, o potrà essa stessa esercitare il potere di overruling, seguendo la nuova tendenza resa palese da Brown voce «Board of Education»? (118).**

**In entrambe le ipotesi il giudice inferiore potrà in perfetta buona fede sostenere di seguire la Corte Suprema(119); si tratta di due precedenti sostanzialmente in conflitto**, che anche in Inghilterra lasciano le corti libere di scegliere(120). In un panorama in cui la corte superiore muta sovente tendenza, senza tuttavia altrettanto sovente superare formalmente tutti i propri precedenti affetti da tali mutamenti, il potere di overruling di una corte inferiore trova una giustificazione teorica, e può divenire relativamente frequente. **Perché mai, infatti, un giudice inferiore dovrebbe applicare un precedente superiore formalmente valido, già sapendo che, in via di appello, la propria decisione verrà travolta da un mutamento giurisprudenziale della corte superiore?**(121). Considerazioni di questo tipo sono alla base della dottrina nota **oggi come anticipatory overruling, o anticipatory stare decisis**, avanzata negli anni quaranta dai giudici intermedi americani Jerome Frank e Learned Hand(122). Nella sua più recente formulazione(123): **«una corte inferiore può rifiutarsi di seguire un precedente della Corte Suprema qualora risulti ragionevolmente certo, sulla base di pronunce giudiziarie dei componenti di questa, che la Corte Suprema non seguirà più quel dato precedente»**(124).

I casi in cui questo potere di previsione del risultato è stato esercitato non sono complessivamente rarissimi, se si tiene conto delle volte in cui una corte inferiore ha deliberato che un precedente è stato implicitamente overruled(125); di quelle in cui una corte inferiore ha rifiutato di seguire un «prospective overruling»(126), o di quelle, infine, in cui certe decisioni di una Corte Suprema divisa vengono considerate di ridotto valore precedenziale, e dunque non seguite(127). Ma non sono assenti neppure qualora si tenga conto unicamente della ipotesi estrema ed esplicita in cui «una corte inferiore si discosta dalla decisione di una corte superiore contenente una regola giuridica che la corte superiore non ha mai ripudiato né esplicitamente né implicitamente», sulla base «di una previsione che la Corte Suprema non seguirà più uno dei suoi precedenti anticipando così l'azione della Suprema Corte e superandone il precedente»(128).

Il fenomeno di uno stare decisis non basato su decisioni precedenti, ma su probabili decisioni future, è particolarmente notevole a livello di una Corte Suprema che tende sempre più a confrontarsi con temi politicamente caratterizzati, sui quali le opinioni dei suoi membri sono sovente notorie(129). Più in generale, si può vedere come negli Stati Uniti anche la teoria del precedente, e non soltanto la mera pratica, si arricchiscano di sfumature assolutamente al di fuori della visione tradizionale. La distinzione fra ratio decidendi ed obiter dictum sembra far acqua da tutte le parti, e gli obiter assumono un valore determinante sull'esito delle future controversie, non solo a causa del generale zelo delle corti inferiori, ma anche come elemento principe di previsione e di conoscenza delle opinioni personali dei giudici(130).

## **15. Prospective overruling.**

Il concetto di prospective overruling fino a poco tempo fa sembrava «essere virtualmente sconosciuto al di fuori degli Stati Uniti»(131), **ma ha oggi attirato l'attenzione, ed è stato a sua volta recepito in qualche misura da altri ordinamenti(132), in particolare quello tedesco(133), e - seppur in misura notevolmente titubante - quello inglese(134).** La sua ammissione nel mondo delle tecniche giurisprudenziali riconosciutamente utilizzabili si scontra con una serie di ostacoli che costituiscono lo stesso nucleo della dottrina stare decisis, così come comunemente intesa: non deve stupire perciò la titubanza degli inglesi. Tecniche non dissimili sono utilizzate dalle Corti Costituzionali nell'ambito di quelle che da noi si usano chiamare sentenze interpretative di rigetto.

Tale tecnica si configura come la possibilità in capo ad un giudice di modificare un precedente (ritenuto non più adeguato a regolare quella determinata fattispecie) per tutti i casi che si presenteranno di lì innanzi, decidendo tuttavia il caso di specie in applicazione della regola superata. Ammettere una tale possibilità risulta incompatibile con due dogmi del common law classico: a) il fatto che il giudice nel decidere una controversia non crea nuovo diritto, ma semplicemente applica un diritto già esistente(135); b) il fatto che soltanto la ratio decidendi, e non anche l'obiter dictum, crea regole giuridiche vincolanti nei casi successivi. Tali due dogmi sono, come visto, l'essenza stessa della regola stare decisis nella sua formulazione classica. In un panorama in cui le corti si discostano sovente dal precedente, il problema della parte che in buona fede avesse confidato su una certa linea giurisprudenziale, poi travolta da un overruling, si pone ben presto(136). Alcune corti americane presero ad ovviarvi attraverso un'operazione che più tardi divenne conosciuta come «prospective overruling»(137); esse decisero che, qualora una parte avesse acquisito un diritto di natura proprietaria o contrattuale sulla base di una vecchia regola di common law che in quel momento si decideva di cambiare, le aspettative di tale parte meritavano protezione, e la decisione del caso di specie doveva essere ancora resa ai sensi della vecchia regola.

Una tale massima di buon senso, a quanto pare, fu enunciata già nel 1675 da Lord Nottingham come policy generale della sua Cancelleria(138); la sua radice va cercata nelle tecniche già da tempo in uso presso i canonisti (139) che, come già visto, penetrarono nelle corti d'equity. Alla scoperta (o meglio alla riscoperta) di tali tecniche si giunse per reazione all'eccessiva rigidità della regola stare decisis(140). L'accresciuta mentalità critica diffusasi fra i giuristi americani induceva a considerare l'evoluzione del diritto (come mezzo per raggiungere fini sociali) un bene in sé, da incoraggiarsi rimuovendo gli ostacoli più insidiosi che le si paravano innanzi. Fra questi c'era indubbiamente l'obiezione antitetica, e sempre fortissima, secondo cui anche la certezza delle regole del giuoco, per difficili che a volte possano essere, presenta aspetti di desiderabilità in sé, consentendo ai consociati di farvi affidamento(141). La tecnica del prospective overruling, teorizzata dapprima da alcuni scrittori minori(142), ma poi sponsorizzata via via da nomi sempre più autorevoli come Cardozo, Wigmore e Kocoureck(143), sembrava costituire il catalizzatore capace di far reagire in maniera costruttiva gli elementi antitetici della continuità e del cambiamento. **Attraverso questo sistema la corte sembrava in grado di avvisare i consociati dell'imminente cambio, senza quindi commettere l'ingiustizia insita in un mutamento repentino di regole su cui si fossero cristallizzati affidamenti.**

Penetrato tramite Cardozo fra i più interessanti strumenti nomofilattici della Corte Suprema federale degli Stati Uniti, nelle mani di personaggi come Charles Black e Felix Frankfurter, il prospective overruling venne tosto riconosciuto nella sua vera essenza di statuizione (holding) di una regola giuridica, accompagnato da un'eccezione per la situazione presente, in maniera non teoricamente distinguibile da una decisione cui venga apposta una res iudicata(144). La pratica successiva arricchì la teoria del prospective overruling di regole di dettaglio; troviamo così decisioni che statuiscono regole generali relative all'onere della prova dell'affidamento (reliance), nonché regole speciali relative al prospective overruling nei diversi campi del diritto(145), con finissime disquisizioni teoriche circa l'estensione del suo operare. Prospective overruling, cioè, dopo qualche difficoltà ad imporsi(146), **è oggi una tecnica a disposizione di tutte le corti** (siano esse superiori od inferiori), che in tal modo sembrano essersi liberate da uno dei più forti freni inibitori dello sviluppo giurisprudenziale del diritto: la paura di ledere aspettative qualificate dei consociati(147). Peraltro, se si riconosce che nella maggior parte dei casi i consociati non possono vantare un vero affidamento sulle norme preesistenti(148), si scorge il vero problema connesso all'uso di questa tecnica del diritto giurisprudenziale: **agli interessi quesiti, garantiti dall'applicazione della vecchia regola, si contrappongono quelli di chi si sente rispondere che la propria situazione giuridica viene governata ancora (ma per l'ultima volta!) da una regola sbagliata**(149). Le corti americane, come nella maggior parte delle istanze difficili, reagiscono bilanciando gli interessi, lasciando da parte le considerazioni astratte(150). In Inghilterra prospective overruling è una tecnica tuttora atrofica. L'atteggiamento del giurista inglese, prigioniero della teoria classica del precedente, nonché più legato del collega americano al positivismo giuridico, si ritrova ben espresso nelle parole pronunciate da Lord Scarman, in polemica con Traynor(151): «Il legislativo si preoccupa di regolare il futuro e non il passato. Il suo ruolo è nettamente differenziato da quello delle Corti. La funzione di queste deve necessariamente essere quella di stabilire fatti passati rilevanti per la disputa da risolvere e quindi rendere il giudizio su questi fatti passati una volta provati. Ho difficoltà a capire la biforcazione del processo giudiziario menzionata da Traynor e che, come tutti sappiamo, è stata utilizzata in vari Stati in America. Trovo difficile capire come un giudice possa dire che un caso viene deciso in un determinato modo per le parti che egli ha di fronte, ma dar notizia che in futuro sarà deciso in modo diverso per le diverse parti che verranno. Questa mi pare una forzatura del potere giudiziario che dobbiamo evitare se possibile»(152).

Se il Practice Statement, ad oggi utilizzato con una prudenza perfino eccessiva(153), ha davvero costituito un abbandono dei presupposti blackstoniani anche in terra inglese, non mancheranno i casi che, come Hadley Byrne(154), spingeranno a ridiscutere, nell'attuale patria della teoria classica di stare decisis, la stessa contrapposizione fra ratio ed obiter su cui questa si posa(155). Tale distinzione, astratta ed inafferrabile, strumento di infinite manipolazioni e miniera di sotterfugi, ha lasciato in America il posto allo holding(156), solo apparentemente sinonimo del primo. Lo holding di una decisione è così divenuto una teoria giuridica avanzata da una corte, suscettibile di falsificazione da parte di una corte successiva. Finché ciò non avvenga, la dottrina del caso precedente rimane vincolante in maniera rafforzata dal rispetto dovuto ad una decisione ben fondata scientificamente; il suo valore vincolante, come visto, può scavalcare le giurisdizioni.

## **16. Conclusioni sulla regola stare decisis nel diritto comparato.**

Stare decisis ha colpito i giuristi di civil law, che ne hanno largamente sovraenfaticizzato la portata. Anche i common lawyers, in una certa fase, si sono sentiti affascinati da questa idea di un vincolo inoppugnabile in capo ai giudici-personaggi, per altri versi oracolari ed onnipotenti. Stare decisis è divenuta così una delle più classiche contrapposizioni sistemologiche. Quanto abbiamo brevemente detto nelle pagine precedenti consiglia di ridiscutere questo approccio; la teorica classica del precedente, comune ad Inghilterra e Stati Uniti, è oggi priva di potenziale descrittivo circa il funzionamento del diritto giurisprudenziale di common law. Sul piano prescrittivo, l'importazione delle sue categorie concettuali, artificiali ed astratte, è da sconsigliarsi. Una vera «ratio decidendi» del caso, essa sola vincolante, è un'astrazione del tutto arbitraria.

Un caso fonda ovunque il proprio valore sul piano dottrinale. Così era nel common law classico, dove ad esempio il valore precedenziale degli Institutes di Sir Edward Coke (un'opera squisitamente dottrinale) non è mai stato inferiore a quello dei suoi Law Reports (una raccolta di giurisprudenza). Così sembra essere altrettanto nettamente nel diritto americano moderno, dove, ad esempio, quasi tutta la funzione nomofilattica della Corte Suprema federale è svolta in via di obiter dicta.

Contrapporre il diritto americano al diritto inglese, come il common law al civil law, dal punto di vista della regola stare decisis, diviene un esercizio inutile qualora mantenuto sul piano formale, quello su cui insiste la regola classica. In Inghilterra, non meno che in America e da noi, le vie aperte al giudice che voglia superare il precedente sono diverse ed agevoli. Ciò che cambia da un sistema all'altro sono i fattori culturali e strutturali che rendono più o meno agevole per il giudice successivo esercitare un controllo critico sulla regola precedenziale la cui applicazione è richiesta. La convinzione di essere legati da stare decisis non è altro che uno di questi molti fattori.

Il più cospicuo degli elementi culturali che militano contro la regola burocratica stare decisis è lo sviluppo dello studio dottrinale del diritto. La mentalità critica del giurista, e quindi anche del giudice, è direttamente proporzionale a quest'ultimo; di qui la maggior «elasticità» di stare decisis in America rispetto all'Inghilterra(157).

Vi sono poi fattori strutturali estremamente importanti; in primo luogo, l'esistenza di una piramide giudiziaria disposta in maniera accentuatamente gerarchica. Laddove, come nell'Inghilterra moderna, sussista una sola di tali piramidi, la mentalità burocratica (e con essa stare decisis) sarà portata ad imporsi maggiormente rispetto agli Stati Uniti, dove esistono cinquanta diverse piramidi fra loro indipendenti in tutti quei casi (e sono la maggioranza) in cui hanno competenza esclusiva le corti statali. Naturalmente tutto ciò può riprodursi agevolmente per il civil law dove, come noto, l'organizzazione della giustizia non è uniforme. Si va dalle cinque piramidi presenti in Germania al

sistema bipiramidale (diritto pubblico e diritto privato) del modello franco-italiano. A cavallo fra i fattori culturali e quelli istituzionali sta la presenza delle Costituzioni scritte, con i loro programmi politici che mal sopportano l'interpretazione meccanica, sottesa viceversa a stare decisis. L'impatto di queste carte costituzionali, certamente presente anche di fronte al case law, è più agevole da percepire di fronte agli statutes. La presenza di Costituzioni e di corti costituzionali sortisce paradossalmente l'effetto opposto nel mondo romanista introducendo un vero e proprio sistema di precedente vincolante.

C'è poi una serie non indifferente di fattori legati alla conoscenza del sistema. La qualità e la quantità dei precedenti pubblicati a disposizione delle corti determina le possibilità concrete in capo al giudice successivo di reperire un caso utilizzabile per fondare la propria convinzione, da contrapporre eventualmente ad uno dei precedenti allegati come vincolante nei suoi confronti. Anche a questo proposito il sistema americano e quello inglese divergono, perché, come meglio vedremo, soltanto il primo aderisce al principio della tendenziale pubblicazione di tutte le decisioni nei reports. Anche nel civil law si registrano divergenze cospicue non solo nello stile della decisione ma anche sui sistemi di pubblicazione. La pubblicazione delle sole massime e di ben poche sentenze per esteso rende difficilmente controllabile il diritto giudiziario non solo dai dottrinari ma anche dai giudici successivi<sup>(158)</sup>. Se tutto ciò determina il valore del precedente nella sua portata pratica, l'insieme delle diverse tecniche di interpretazione ed analisi del precedente giudiziario da parte delle corti di common law costituisce la moderna teoria del precedente - una teoria che abbiamo visto assai più articolata e complessa di quella classica -.

L'atteggiamento di fronte alla regola stare decisis è cruciale per capire i caratteri profondi di una cultura giuridica. Si tratta infatti dell'atteggiamento di ciascun formante di fronte al principio di autorità, ed ai correlati corollari positivistici. Stare decisis e la cultura positivistica ad esso sottesa sono tradizionalmente corpi estranei al common law; vi sono penetrati, ed hanno attecchito, in una stagione breve e circoscritta. La presenza o assenza della regola formale stare decisis nella teoria del precedente di common law nelle sue diverse epifanie spazio-temporali non sembra perciò costituire una di quelle caratteristiche profonde su cui deve soffermarsi l'attenzione del sistemologo. La teoria del precedente come fonte del diritto, viceversa, nella sua affascinante complessità, sembra prestarsi a contrapposizioni profonde con la famiglia di civil law.

-----  
(1) Cfr. R. B. Schlesinger, H. W. Baade, M. R. Damaska, P. E. Herzog, *Comparative Law* 5, Mineola (N. Y.), 1988, 597 ss. Cfr. pure, fra i primi dottrinari italiani attratti dal tema, tanto da dedicargli un'opera monografica, Micheli, *Contributo allo studio della formazione giudiziale del diritto. Case Law e Stare Decisis*, Padova, 1938.

(2) Cfr. *infra*.

(3) La discussione coinvolge principalmente, com'è noto, il sistema scozzese, nonché quello della Louisiana. Cfr. Dainow, *The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Mixed Jurisdictions*, Baton Rouge, 1974.

(4) Cfr. Gambaro, «Francia», in *Digesto/Civ.*, VIII, Torino, 1991, 471.

(5) Cfr. Ruppin, *Legend of Stare Decisis*, 41 *Ala. L. Rev.*, 1989, 601.

(6) Cfr. Mubarak, Rich, *Stare Decisis and the Doctrine of Judicial Precedent: A Selected Bibliography*, Los Angeles, 1978, che nel periodo fra il 1871 e il 1978 conta 353 titoli. Il decennio successivo analizzato sull'*Index to legal Periodicals*, alla voce «Precedents» presenta 83 titoli.

(7) Così J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*<sup>2</sup>, 1983, 174.

(8) Cfr. *infra*.

(9) L'organizzazione piramidale in Inghilterra fu istituita solamente con i *Judicature Acts* del 1873. Nelle colonie, viceversa, le corti furono immediatamente in tal modo organizzate, perché il legame gerarchico con le istituzioni della madrepatria appariva in natura rerum.

(10) In questo senso anche le Corti Supreme americane giustificano la propria prassi di seguire il precedente (prassi sovente etichettata *stare decisis*).

(11) Cfr. *infra* a proposito del *Practice Statement*.

(12) Cfr. *infra*.

(13) *Young v. Bristol Aeroplane Co.*, (1944) K. B. 718; sul punto il classico è A. L. Goodhart, *Precedents in the Court of Appeals*, 9 *Camb. L. J.* 349. Si veda pure R. Cross, J. W. Harris, *Precedent in English Law*<sup>4</sup>, London, 1991. P. Aldridge, *Precedent in the Court of Appeal, Another View*, in *Mod. L. Rev.*, 187 (1984).

(14) Spagna (art. 1692 *Codice Procedimento Civile*). Argentina (art. 303 *Codice Procedimento Civile y Commercial*).

(15) Cfr. G. R. Carriò, *Judge made law under a civil code*, 41 *La L. R.* 993, 1002 (1981).

(16) Cfr. K. S. Rosenn, *Civil Procedure in Brasil*, 34 *Am J. Comp. Law* 487 (1986), 513.

(17) Sulla situazione da noi cfr. S. Chiarloni, *Formalismi e garanzie: studi sul processo civile*, Torino, 1995.

(18) Per importanti osservazioni comparative, E. J. Cohon, *Precedents in Continental Law*, 5 *Camb. L. J.* 366 (1935). Per dettagli, riferimenti e per l'analisi della circolazione del modello (dalla Germania alla Francia) cfr. Schlesinger e al., *op. cit.*, 467, 468. Si veda pure K. Lipstein, *The Doctrine of Precedent in Continental Law with special reference to French and German Law*, 28 *J. Comp. Legis. Int. Law* 3 ser 34 (1946).

(19) Così J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, *cit.*, 169. La citazione è ivi a F. Bacon, *The Essays*, 1625, 316.

(20) W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*<sup>5</sup>, I, Chicago, 1979, 70-71.

(21) Cfr. gli spunti in questo senso contenuti in A. W. B. Simpson, *The Rise and Fall of the Legal Treatise*, cit.

(22) La teoria dichiarativa, pur nelle ambiguità che abbiamo cercato di mostrare, sopravvive in maniera straordinariamente vitale, nonostante i ripetuti attacchi provenienti da Bentham e dall'analytical jurisprudence prima, dal realismo giuridico americano poi; cfr. infra.

(23) Di qui la menzione del «valore retroattivo» dell'overruling, di cui al «practice statement» del 1966; cfr. infra.

(24) Tedeschi, *Prospective Revision of Precedent*, 8 *Isr. L. Rev.* 173 (1973), 175, ci fa tuttavia notare il mutamento di avviso su questo punto avvenuto fra la XI (London, 1957) e la XII (London, 1966) edizione di Salmond, *Jurisprudence*: da «It is true that (case law) is invariably retrospective», 148, a «It is by no means true that it must be retrospective», 127-128.

(25) Cfr. Traynor, *Quo Vadis*, cit., 533-534. Di qui l'interpretazione limitata agli statutes della *ex post facto* law clause di cui all'art. 1 Cost. am.; cfr. supra.

(26) Cfr. R. B. Schlesinger et al., *Comparative Law*, cit., 552: «The relationship which in a civil law country exists between basic codes and auxiliary enactments, may generally be compared with the interaction, familiar to us, of common law and statutes... the common law remains to us the very core of the legal order containing not only rules but also the general principles which give life and systematic direction to every positive norm.». Cfr. però Stone, *The Common Law in the United States*, 50 *Harv. L. Rev.*, 1936, n. 4a 13-17.

(27) Cfr. C. K. Allen, *Law in the Making*<sup>1</sup>, Oxford, 1964, 1 ss.

(28) Cfr. il caso riportato in Schlesinger, op. cit., 615 ss. Vedi pure la discussione ed i riferimenti ibid., 620 ss.

(29) Cfr. supra cap. II.

(30) Sulla cui concezione cfr. infra.

(31) Cfr. R. Cross, *Precedent in English Law*<sup>3</sup>, Oxford, 1977.

(32) Ma anche negli altri sistemi di common law maggiormente attratti dalla sua orbita. Cfr. J. Stone, *Precedent and the Law*, Sydney, 1985; L. Goldstein, *Precedent in Law*, Oxford, 1987.

(33) *All. E. R.*, 1966, 77.

(34) Cfr. J. Stone, *On the liberation of Appellate Judges: How Not to Do It!*, 35 *Mod. L. Rev.* 449 (1972).

(35) Cfr. *Beamish v. Beamish*, 11 *Eng. Rep.* 735 (1861), 761.

(36) B. N. Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, in Hall, *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, New York, 1947, 112.

(37) Cfr. *infra*.

(38) Cfr. J. G. Wetter, *The Style of Appellate Judicial Opinions*, Leyden, 1960; F. Schmidt, *The Ratio Decidendi, A Comparative Study of a French, German and an American Supreme Court Decision*, Goteborg, 1965.

(39) K. Llewellyn, *The Common Law Tradition, Deciding Appeals*, Chicago, 1960.

(40) G. Gilmore, *Le grandi epoche del diritto americano*, cit.

(41) Sul formalismo negli Stati Uniti cfr. *infra*.

(42) Cfr. R. Pound, *Mechanical Jurisprudence*, 8 *Col L. Rev.* 603 (1908).

(43) Cfr. *infra*. Vedi anche U. Mattei, *Ripensando il rapporto fra diritto inglese e diritto americano: l'esempio dei torts*, in *Quadrimestre*, 1991.

(44) Cfr. *supra*.

(45) Cfr. *infra*.

(46) In particolare, nell'opera fortunatissima di un neozelandese: J. Salmond, *Jurisprudence*, London, 1902. Per un panorama dei testi che hanno dominato la scena della giurisprudenza inglese (da sempre la più accademica delle discipline) cfr. P. Stein, *Legal Science During the Last Century: England*, in *Inchieste di diritto comparato*, a cura di Rotondi, Padova, 1976.

(47) Fra questi E. Wambaugh, *The Study of Cases*<sup>2</sup>, Boston, 1894, e H. C. Black, *Law of Judicial Precedent*, St. Paul, 1912.

(48) Cfr. *supra*.

(49) Cfr. H. Sumner Maine, *Ancient Law*<sup>4</sup>, New York, 1906, 25 ss.

(50) Cfr. O. W. Holmes, *The Common Law*, Boston, 1881, 3536.

(51) Vedi, ancora, Mishkin, *The High Court, the Great Writ and the Due Process of Time and Law*, in 79 *Harv. L. Rev.* 62 (1965).

(52) Così S. Pomorski, *American Common Law and the Principle Nullum Crimen Sine Lege*, The Hague, 1974, 38.

(53) « I suppose it might be considered as a kind of legal axiom that Courts should not exercise their jurisdiction in any random manner for this would speedily lead everything in confusion worse

confounded. Of necessity they must have certain fixed landmarks approaching correctness though not infallibly perfect; and should be guided by these even though a rigid adherence to them might at times work individual hardship. Those landmarks are, of course, prior decisions serving by precedents not lightly to be changed». Così, ad esempio J. C. Wells, *A Treatise on the Doctrines of Res ludicata and Stare Decisis*, Des Moines, 1878, 541; una vera miniera di proporzioni enfatiche si può trovare in H. C. Black, *op. cit. supra*, nt. 47, 185.

(54) Vedi *infra*.

(55) Cfr. G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, cit., cap. IX, *passim*.

(56) Così Schlesinger, *op. cit.*, 597. Per dettagli R. David, *Sources of law*, in *International Encyclopedia of Comparative law*, II Ch. 3.

(57) Wambaugh si discosta dalla terminologia *ratio decidendi*, utilizzata, ad esempio da Salmond; vedi ad esempio dall'avvenuto mutamento terminologico le *opp. citt.* di K. Llewellyn.

(58) Cfr. *Oxford American Dictionary*, New York, 1980, 417.

(59) Vedi meglio *infra*.

(60) Cfr. Wambaugh, *op. cit. supra* nt. 47, 8 ss., «How to find the doctrine of a case».

(61) Che, com'è evidente, costituiscono una mera applicazione e teorizzazione generale del *case method* langdelliano; cfr. *infra*.

(62) Wambaugh, *op. cit. supra* nt. 47, 18.

(63) H. C. Black, *op. cit. supra* nt. 47, 37.

(64) *Id.*, *op. cit.*, 40.

(65) Wambaugh, *op. cit. supra* nt. 47, 29.

(66) J. Salmond, *Jurisprudence*, cit., 174. Attraverso questa distinzione fra efficacia *inter partes* (che coinvolge la situazione di fatto) ed efficacia *erga omnes* (del solo precetto giuridico) passa la distinzione fra dottrina *stare decisis* e dottrina della *res adjudicata*. Cfr. H. C. Black, *op. cit. supra* nt. 47, 191. Vedi però ancora aspetti della dottrina della *res adjudicata* penetrare nella trattazione di *stare decisis* in J. C. Wells, *op. cit. supra* nt. 52, 569 ss.

(67) Di qui la sostanziale similitudine del procedimento ermeneutico di fronte al *case law* e agli *statutes* su cui *supra* cap. II e *infra*; cfr. le riflessioni di P. G. Monateri, *Interpretare la legge*, RDC, I, 1987, 531 ss.; questo procedimento bifase è descritto accuratamente da Wambaugh, *op. cit. supra* nt. 47, 43.

(68) Così H. C. Black, *op. cit. supra* nt. 47, 7.

(69) *Id.*, op. cit., 8.

(70) Tentativi di distinguere concettualmente fra dicta ed obiter dicta in J. Ram, *The Science of Legal Judgment*, London, 1834, ed. am. a cura di J. Townshend, New York, 1871, 88-90; fra obiter dicta, dicta propria e gratis dicta in H. C. Black, op. cit. supra nt. 47, 167-168; distinzioni di questo tipo, prive di qualunque portata operativa, «seems to be unnecessary. At best, it is a distinction of degree and not of kind», secondo Wambaugh, op. cit. supra nt. 47, 19.

(71) Wambaugh, loc. ult. cit., «no dictum is authority of the highest sort» per tutti. Sul possibile valore dottrinale degli obiter dicta cfr. Miller, *The Use and Value of Authorities*, 23 *Am. L. Rev.* 165 (1889), 167.

(72) *Cohen v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheat) 264, (1821), 399.

(73) «The Court making the decision is under a duty to decide the very case presented and has no authority to decide any other» così Wambaugh, op. cit. supra nt. 47, 8. Occorre osservare, ancora, che il giudice anglo-americano presta la propria opera sotto giuramento di risolvere i casi applicando il diritto. La ratio decidendi di un caso, dunque, diviene vincolante nei casi successivi in quanto principio di diritto scoperto dalla corte ed applicato alla controversia. L'obiter dictum, viceversa, non è un principio enunciato sotto vincolo di giuramento di scoprire ed applicare il diritto, e dunque non è vincolante.

(74) Come fonte dell'obbligo di rendere la decisione per iscritto sono generalmente indicati vuoi apposti statutes, vuoi esigenze di public policy. Cfr. supra.

(75) Così H. C. Black, op. cit. supra nt. 47, 53 (black letter).

(76) *Id.*, op. cit. nt. 47, 56: «If there was no decision an opinion would be extrajudicial and no authority... the several Judges of the Court, other than the writer of the opinion are responsible only for the final result, that is the decision not for everything that may be contained in the opinions», *ivi*, 58.

(77) Cfr. Wambaugh, op. cit. nt. 47, 23 e 28: «inability of the Court to make an unnecessary proposition the doctrine of a case» e «power of the Court to prevent the deducing of doctrines». «If the case could not have been decided as it was without the recognition or application of a given rule of principle of law, the decision is an authority for that rule or principle although it may not have been expressly stated or mentioned by the Court but only tacitly assumed»: così H. C. Black, op. cit. supra nt. 47, 41.

(78) Cfr. Wambaugh, op. cit. nt. 47, 30: «cases involving several questions».

(79) Cfr. Miller, op. cit. supra nt. 71, 171, secondo cui «the duty to follow is plain for inferior courts».

(80) Tale aspetto della legal rule angloamericana rispetto a quella della famiglia romano-germanica è notato e messo in risalto da R. David, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., 316.

(81) Cfr., per un'analisi operativa della vicenda, P. Gallo, *L'elemento oggettivo del tort of negligence*, Milano, 1989.

(82) Cfr. per tutti R. David, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit.

(83) Cfr. *infra*.

(84) Cfr., per una bella descrizione del processo evolutivo del common law, G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, cit., 97 ss.

(85) Così H. C. Black, *op. cit. supra* nt. 47, 60 (black letter).

(86) «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»: così H. C. Black, *op. cit. supra* nt. 47, 62.

(87) *Id.*, *loc. cit.*

(88) Cfr. Wambaugh, *op. cit.*, 14.

(89) Cfr. *supra*.

(90) «It is obviously due to the uniformity of the administration of Justice that subordinate Courts should follow without hesitation the opinions of the highest court which has power to review the decision of the inferiore one, and that, whatever may be its convictions as to the soundness of such decision, its duty to follow it is plain»: così Miller, *op. cit. supra* nt. 71, 171, non lasciando molte alternative al giudice inferiore.

(91) Così Black, *op. cit.*, 212.

(92) Cfr. Wells, *op. cit. supra* nt. 53, 581; J. Ram, *op. cit. supra* nt. 70, 215, neppure si pongono il problema della fonte del potere di overruling, tanto questa appare ovvia. «Generally speaking the question whether or not a former decision shall be overruled rests in the absolute Judicial discretion of the Court which rendered it... Stare decisis is a doctrine originated by the Courts and to which they pay the very highest respect, but it cannot be enacted into a statute»; così H. C. Black, *op. cit. supra* nt. 47, 187.

(93) Così Wambaugh, *op. cit. supra* nt. 47, 108.

(94) Il caso in cui stare decisis è stato ritenuto per la prima volta assolutamente vincolante presso la House of Lords è *London Street Tramways Co. Ltd. v. London County Council*, (1898) A. C. 375 (Lord Halsbury). Ma le prime avvisaglie dell'irrigidimento della doctrine of precedent risalgono alla

decisione *Mirehouse v. Rennel*, (1833) 1 Cl. and Fin. 527 (Lord Parke), nonché *Beamish v. Beamish*, (1861) 9 H. L. C. 274, 338-339 (Lord Campbell). Sulla vicenda R. David, op. cit., 333; G. Criscuoli, Introduzione allo studio del diritto inglese, cit; R. Cross, *Precedent in English Law*, cit. Sull'effettiva portata operativa del Practice Statement, con cui i Lords si sono liberati dal vincolo autoimposti in quelle decisioni, un'analisi critica della casistica in L. Antonioli, *Il precedente giudiziario come fonte di diritto: l'esperienza inglese*, RDC, II, 1992.

(95) Riassumendo, una corte superiore di common law, di fronte ad un caso in all fours, si trova con in mano poteri importantissimi. In primo luogo, quello di estrarre essa stessa la ratio decidendi capace di vincolarla. In secondo luogo, quello operativamente non meno importante di distinguere. Una corte americana (ed oggi anche inglese), inoltre, potrà pure valutare discrezionalmente se mutare o meno giurisprudenza. Tali operazioni costituiscono gradi diversi di un generale limite alla teoria stare decisis.

(96) Per dettagli si vedano: Mattei, *Common Law*, 233; Id., *Stare Decisis*, cit.

(97) Cfr., per gli Stati Uniti, K. Llewellyn, *The Case Law System in America*, Chicago, 1989 (recentemente tradotto dal tedesco *Prajudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika*, Leipzig, 1933); per l'Inghilterra, W. Twining, D. Miers, *How to Do Things with Rules*, London, 1976.

(98) Fra costoro il più autorevole è M. Cappelletti, *The Doctrine Stare Decisis and the Civil Law: a Fundamental Difference or No Difference at All?*, in *Fest. Zweigert*, Tubingen, 1981, 381 ss.

(99) In America il sistema Shepard ci consegna l'elettroencefalogramma della regola, mostrandoci una notevole varietà di trattamenti cui un precedente può essere sottoposto; ma queste tecniche sono patrimonio comune al common law: cfr. infra.

(100) Lo Shepard Citator, ed in misura simile l'omologo inglese contenuto in *Current Law*, utilizzano una serie di lettere per indicare ciascuno di questi diversi trattamenti: O starà dunque per overruled, D per distinguished, H per Harmonized.

(101) Classiche da questo punto di vista sono le dissenting opinions di Oliver Wendell Holmes. Su questo aspetto attira la nostra attenzione G. Rouhette, in *Revue Int. Droit Comp.*, 4, 1990, 1382.

(102) Art. 33 *Judicial Court Law* (1957).

(103) Il Practice Statement ha ricevuto applicazione assai ridotta; cfr. la casistica discussa in L. Antonioli, op. cit. supra nt. 94.

(104) La dottrina civilistica italiana sul finire degli anni '80 si è misurata in alcune occasioni con il tema del precedente giudiziario. Si possono vedere G. Visintini (cur.), *La giurisprudenza per massime ed il valore del precedente*, Padova, 1988, nonché un numero quasi monografico della rivista *Contratto e Impresa*.

(105) Cfr. F. Moretti, *La dottrina del precedente giudiziario nel sistema inglese*, *CeI*, 1990, 680.

(106) Cfr. infra a proposito del realismo.

(107) Più delle polemiche anti-blackstoniane esplicitate nelle opere di Austin o Bentham, l'elogio del potere creativo della giurisprudenza recepito dalle analisi di Gény e degli autori della giurisprudenza libera hanno contribuito a far sì che una pratica del precedente ab origine elastica si mutasse in una nuova e diversa teoria stare decisis. Allo stesso risultato ha naturalmente contribuito, in maniera solo apparentemente paradossale, la forma mentis tesa alla soluzione dottrinalmente corretta, il più cospicuo portato dello sviluppo del diritto universitario in America.

(108) Dal punto di vista della law in action, dunque, non c'è differenza fra la sorte di una decisione di common law contraria al diritto (in quanto resa senza rispettare il precedente giudiziario che è fonte del diritto), e quella di una decisione di una corte inferiore di civil law contraria ad una giurisprudenza costante di una corte superiore (non considerata fonte del diritto). In teoria, tuttavia, mentre il giudice di civil law è libero di discostarsi da qualunque decisione superiore, il giudice di common law nel farlo viola il proprio giuramento di fedeltà alla legge, circostanza che, anche se storicamente mai sanzionata in America attraverso l'impeachment, fa nondimeno sentire il proprio peso (cfr. la letteratura riportata supra alla nt. 94).

(109) Il presente paragrafo, perciò, non intende misurare l'estensione dei fenomeni di disubbidienza delle corti inferiori rispetto ai precetti di corti superiori. I casi di palese conflitto sono invero relativamente rari, e la loro sorte è segnata non appena essi siano tanto rilevanti da giustificare la attenzione di corti superiori, generalmente prive di giurisdizione obbligatoria.

(110) Cfr. Nicholas Penny, (1950) 2 K. B. 466; R. v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal, (1951) 1 K. B. 711. In questi casi si è considerata estensibile a stare decisis in senso verticale l'eccezione allo stesso contenuta nel caso Young (cit. supra nt. 13), con cui si era consentito alla Court of Appeal di discostarsi dai propri precedenti: ai sensi di quel caso sussistono tre eccezioni a stare decisis: 1. la Court of Appeal può scegliere fra due precedenti in caso di conflitto; 2. ha l'obbligo di discostarsi dal proprio precedente se esso è in contrasto con la House of Lords; 3. può non seguire un precedente dato per incuriam. Il punto sub 2, esteso al livello verticale, introduce anche in Inghilterra l'anticipatory overruling.

(111) Cfr. ad es. United States v. Kohn, 251 F. Supp. 702 (1966), 708; cfr. pure Note, Stare Decisis in Lower Courts: Predicting the Demise of Supreme Court Precedent, 60 Wash. L. Rev. 87 (1984), 97; e Note, Lower Court Disavowal of Supreme Court Precedent, 60 Va. L. Rev. 494 (1974), 503; quivi altra casistica.

(112) Il numero di overrulings è sempre stato comparativamente limitato, ed ogni volta che si presentano sui law reports sono accompagnati da notevoli proteste da parte di giudici dissenzienti. Cfr., per dettagli, U. Mattei, Stare Decisis, cit., 282 ss.

(113) Cfr. supra.

(114) Cfr. Note, Lower Courts Disavowal, cit. nt. 111, 511-512.

(115) Brown, «Board of education», cit.

(116) Cfr. H. G. Spaeth, *Supreme Court Policy Making, Explanation and Prediction*, S. Francisco, 1979, 53.

(117) 163 U. S. 537 (1896), che elaborò la c.d. «separate but equal doctrine».

(118) Il problema ipotizzato nel testo si è presentato in *Browder, Gayle*, 142 F. Supp. 707, a proposito di posti segregati su un autobus di linea. La corte federale si rifiutò di seguire *Plessy v. Ferguson*, caso ovviamente «in all fours», dichiarando che questo era stato implicitamente overruled da *Brown*, «Board of Education».

(119) Nell'esempio di specie potrà osservarsi che la Corte Suprema ha effettivamente operato un c.d. implied overruling, e che dunque il giudice inferiore successivo non sta in realtà facendo nulla di diverso dall'applicare il diritto «quale questo è», rendendo esplicito quanto la Corte Suprema aveva già implicitamente deciso. Ma è chiaro che le ipotesi non sono tutte così nettamente scandite, e che il passo dall'applicazione del diritto implicitamente dichiarato dalla corte superiore, alla previsione di quale diritto presumibilmente la corte superiore applicherà, è assai breve. Cfr., per questa visione dell'implied overruling, Kniffin, *Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Action by United States Court of Appeal*, 51 *Fordham L. Rev.* 53 (1982), 57.

(120) Cfr. *Young*, op. cit. supra nt. 13.

(121) Una tale decisione del giudice inferiore sarebbe, per lo meno, foriera di inefficienze, imponendo alla corte superiore il non leggero onere di rendere decisioni già scontate, data la sua attuale tendenza. Potrebbe inoltre creare ingiustizie qualora, dato l'eccessivo carico di lavoro, la Corte Suprema non volesse prendere cognizione del caso, privando il soccombente di una sicura vittoria, garantitagli dal nuovo generale stato del diritto.

(122) Si tratta del periodo in cui la Corte Suprema federale, attraverso una serie di decisioni [e.g. *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934); *West Coast Hotel v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937)], si stava discostando dalla «substantive due process doctrine», così come elaborata paradigmaticamente in *Lochner v. New York*, 198 U.S., 45 (1905), secondo cui il legislativo non avrebbe dovuto interferire con una pur esasperata economia di *laissez faire*, pena l'incostituzionalità della legislazione. In un caso che riguardava appunto la legittimità di un intervento governativo a regolamentazione di certi affari, in cui due precedenti in all fours non erano stati ancora scalfiti dalla nuova tendenza della Corte Suprema, Frank non esitò ad esercitare l'overruling, dichiarando: «We would stultify ourselves and unnecessarily burden the Supreme Court if we... literally followed decisions which have been, but not too ostentatiously modified... when a lower Court perceives a pronounced new doctrinal trend in Supreme Court... it is its duty... to follow not to resist it», *Perkins v. Endicott Johnson Corp.* 128 F 2d. 208 (1942), 217-218, affermato in 317 U.S. 501 (1943). Vedi anche *Gardella v. Chandler*, 172 F. 2d. 402 (1949). Vedi, di questo medesimo periodo, le riflessioni pionieristiche in Note, *The Attitude of Lower Courts to Changing Precedents*, 50 *Yale L.J.* 1448 (1941).

(123) Occorre peraltro tener presente che la Corte Suprema federale non ha mai riconosciuto esplicitamente il potere di anticipatory overruling, anche se ha talvolta approvato operazioni di

questo tipo, svolte da corti inferiori, che le hanno così risparmiato inutili carichi di lavoro. La presenza di questi impliciti riconoscimenti è del resto, particolarmente significativa, dal momento che il modo più comodo per una Corte Suprema di «approvar tacendo» la pratica dell'anticipatory overruling è semplicemente negare il certiorari. Sembrano inoltre del tutto intuitive e non degne di particolare trattazione le ragioni della riluttanza della Corte Suprema ad accogliere espressamente questa teoria. Ciò potrebbe significare la totale sovversione del principio gerarchico, qualora si delegasse ad una corte inferiore il potere di valutare se un precedente della corte superiore sia «still good law». Non accogliere esplicitamente la teoria dell'anticipatory overruling consente viceversa alla Corte Suprema di godere dei vantaggi che questo potere comporta, qualora ristretto in limiti di eccezionalità, senza affrontare i rischi di sovversione insiti in un suo utilizzo troppo diffuso da parte di giudici inferiori, così sollevati dal proprio obbligo di ubbidienza. Cfr. *Andrews, Louisville and Nash R.R.*, 441 F 2d 1222, 1224 (1971), aff., 406 U.S. 320 (1972); *Rowe, Peyton*, cit., aff. 391 U.S. 54 (1968); *Perkins, Endicott*, cit.

(124) Cfr. Note, *Stare Decisis in Lower Courts*, cit. supra nt. 111, 97.

(125) Cfr. supra.

(126) Si tratta dei casi in cui la Corte Suprema, per non deludere diritti quesiti, segue il precedente allegato dichiarando che d'ora innanzi si comporterà diversamente: «prospective overruling» «è a rigore un mero obiter dictum fintanto che non messo in pratica da una successiva decisione. La corte inferiore può dunque ignorarlo anche ai sensi della teoria classica». Cfr. *Kniffin*, op. cit. nt. 113, 57; cfr., ad esempio *Gold, Di Carlo*, 235 F; Supp. 817 (1964) e *Browder, Gayle*, cit.

(127) Alcune volte una corte inferiore ha rifiutato di seguire una decisione che la Corte Suprema ha reso senza la presenza di tutti i giudici, in decisioni a 7 rese a maggioranza 4/3. Cfr. *Roeling Wholesale Co., Palmer*, 502 P. 2d 1327 (1972), o *Baker, State*, 289 A 2d. 348 (1972). Vedi le critiche di questo «Disavowal on technical grounds» contenute in Note, *Lower Court Disavowal*, cit. supra nt. 122, 501 ss.

(128) Così *Kniffin*, op. cit. supra nt. 126, 53 e 57.

(129) Ciò è guardato con una certa preoccupazione dai commentatori più attenti a salvare il dogma della separazione fra la corte come organo istituzionale, ed i suoi componenti persone fisiche. Un classico a questo proposito, che suona come un j'accuse rivolto nei confronti della Corte Suprema presieduta da Warren, è *H. Wechsler, Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 *Harv. L. Rev.* 1 (1959).

(130) La non numerisissima dottrina che si occupa di anticipatory stare decisis si sforza di creare uno schema concettuale tale da delimitare la portata di questo potere; mentre non sempre è considerato accettabile basare la previsione su opinioni extragiudiziali dei giudici, questo utilizzo degli obiter dicta non è mai questionato. Cfr. supra nt. 53 e testo che vi si accompagna; cfr. *Kniffin*, op. cit. supra nt. 126, 61 ss., per una discussione critica dei fattori che guidano la corte nell'esercitare anticipatory overruling; tali tentativi sembrano peraltro reintrodurre formalismi estranei a quel sistema. Nella regola stare decisis americana, infatti, all'autoritatività formale sembra essersi sostituita sempre più l'autorevolezza sostanziale nel senso del valore intrinseco, o, come si

potrebbe dire, dottrinale del precedente sul punto. Ciò è dimostrato, al livello di Corte Suprema, dall'importanza precedenziale assunta da fattori quali gli scritti extragiudiziari dei giudici, i dinieghi di certiorari, o gli stessi hearings di fronte al Senato per la conferma dell'appointment presidenziale.

(131) Così W. Friedmann, *Limits of Judicial Lawmaking and Prospective Overruling*, 29 *Mod. L. Rev.* 593 (1966): «the significance as well as the peculiar characteristics and imitations of judicial lawmaking are brought out in a judicial doctrine which over the last twenty years has been increasingly applied and articulated in the American Courts - both federal and state. But which appears to be virtually unknown outside the United States», 602.

(132) Cfr., per un'ampia apertura comparatistica, mirata alla indagine del sistema Israeliano, G. Tedeschi, *Prospective Revision of Precedent*, 8 *Israel L. Rev.*, 1973, 173.

(133) Cfr. Grunsky, *Limitations to Retroaction in Cases of Amendments to Precedents*, 3 *Law and State*, Tubingen, 1971; Fulda, *Prospective Overruling of Court Decisions in Germany and the United States*, 13 *Am. J. Com. L.* 438 (1964).

(134) Cfr. *infra*.

(135) Questo prima assunto è condiviso dai sistemi di civil law, dove «the law making power of the Judiciary is in theory denied or recognized only in exceptional circumstances»: cfr. R. B. Shlesinger et al., *op. cit.*, 646; ciò spiegherebbe il perché «most civil law Courts thus far have failed to avail themselves of the technique of prospective overruling», *ibidem*. L'esperienza tedesca, che ha preso a far uso della nuova teoria, può forse indicare come, laddove le decisioni sono pubblicate dando adeguato conto dei fatti, venga naturale arricchire le tecniche di utilizzo del precedente di nuove sfumature; cfr. *supra* nt. 18.

(136) Così come ben presto, al di fuori da ogni ipotesi di overruling, si pone quello dell'incriminazione, attraverso i c.d. common law crimes, di comportamenti non vietati da alcuno statute. Vedi Traynor, *Quo Vadis Prospective Overruling? A Question of Judicial Responsibility*, 28 *Hast. L. J.* 533 (1977), 549; cfr. pure, in generale, S. Pomorski, *op. cit. supra* nt. 52, *passim*, nonché, per le particolari esigenze di garanzia in materia penale, E. Grande, *La sentenza n. 364/188 della Corte Costituzionale e l'esperienza di Common Law: alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto*, *FI*, 1990, 1, 415.

(137) Cfr. già Jones, *Woodstock Iran Co.*, 10 *50* 635 (1891); Kelley, *Thoads*, 51 *P.* 593 (1898); Harris, *Jex*, 55 *N. Y.* 421 (1874); Haskett, *Maxey*, 33 *N. E.* 358 (1883).

(138) Cfr. Lord Nottingham, *Chancery Cases*, 73 *Seiden Society*, London, 1954, 182: «but then in Chancery when men act according to an opinion which hath long been current for law, they are to be protected although a letter resolution have controlled the former current opinion as in Magdalene College Case the resolution in the 11th report (11 *Co. Rep.* 66 b) being contrary to a received opinion which for a long time held the king not to be bound by 13 *Ely c. 1* (uno statute), the tenant who had laid out money in building upon that opinion was protected in his lease against the resolution by Lord Ellesmere's decree and the like case was again decreed by Lord Bacon C, between Long and Dean and Chapter of Bristol», *cit. in* W. Leach, *Property Law Indicted, or the*

People, Blackstone, Kent, Gray and Stare Decisis, Lawrance (Kan.), 1967, 16-17 (parentesi aggiunta). Mi pare estremamente indicativo rinvenire in equity questa tecnica; la stessa natura di questa giurisdizione (che procedeva per deroghe al common law) non lasciò mai attecchire la teoria dichiarativa, e quindi è assente la più grossa contropinta teorica a prospective overruling.

(139) Quando una consuetudine risultava in conflitto con la legge della Chiesa (non con quella divina), essa veniva considerata invalida per modum dispositionis, cioè inefficace con riguardo al futuro, ma riconosciuta operativa nel passato. La consuetudine contraria alla legge divina era viceversa invalida per modum declarationis con effetto cioè retroattivo. Cfr. W. Bigiavi, Appunti sul diritto giudiziario, Urbino, 1933, 88-89 (rist. a cura di M. Bin, Bologna, 1990); Tedeschi, op. cit., 190. Si tenga conto che a partire dall'ultimo quarto del 1800 quasi tutti gli Stati adottarono Merger Acts allo scopo di mantenere un'unica civil action in law ed equity. A partire da questo momento, e poi in maniera nettissima nelle Federal Rules of Civil Procedure, il processo d'equity divenne modello dominante; cfr. Subrin, How Equity Conquered the Common Law, the Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective, 135 U. Pa. L. Rev. 909 (1987), e infra. In questo modo sembra prender piede un'evoluzione storica senza soluzione di continuità dal modello canonistico a quello reinventato attraverso il prospective overruling.

(140) Cfr. supra.

(141) Vedi da ultimo una dimostrazione della forza di questo argomento in A. Barak, Judicial Discretion, op. cit.

(142) Cfr. Canfield, Address, in South Carolina Bar Ass. Rep., 1917, 17-21; il primato dell'idea viene attribuito a quest'autore da B. H. Levy, Realist Jurisprudence and Prospective Overruling, 109. U. Pa. L. Rev. 1 (1960), 7 ss. Cfr., dello stesso periodo, R. H. Freeman, The Protection Afforded Against Retroactive Operation of An Overruling Decision, 18 Col. L. Rev. 230 (1918), 250-251. Ivi viene constatata la protezione quasi universale dei property rights (cfr. supra), nonché la tendenza nel diritto penale a non infliggere una sanzione per un comportamento considerato lecito da una precedente decisione. L'ipotesi del prospective overruling viene ventilata, ma già viene notato il contrasto teorico con la teoria dichiarativa del common law.

(143) B. N. Cardozo, The Nature of Judicial Process, cit. supra nt. 36, 169, 170; Wigmore, pref. a AA.VV., Science of Legal Method, XXXVII, XXXVIII, Boston, 1917; Kocourek, Retrospective Decision and Stare Decisis, 17 Am. Bar. Ass. J. 180 (1931), (proposta di statute per conferire il potere alle corti).

(144) Cfr. Mosser, Darrow, 341 U.S. 267, 275 (1951), Black dissenting; Griffin, Illinois, 351 U.S., 12, 20 (1956), Frankfurter concurring; cfr. Levy, op. ult. cit., 21 ss.

(145) Cfr. la casistica in Comment, Note, 10 A.L.R., 3d 1966, 1385, 1388 ss., 1412 ss., nonché relativa appendice d'aggiornamento.

(146) Vedi supra.

(147) Cfr., in generale, B. N. Cardozo, *The Growth of the Law*, in Hall (cur.), cit. supra nt. 36, 186 ss.; si è peraltro temuto che le parti, qualora diffusamente conscie del fatto che una corte, pur superando teoricamente un precedente, continui ad applicare la vecchia regola a tutela delle aspettative quesite, sarebbero disincentivate a battersi per convincere la corte ad innovare. Di qui non poche decisioni che, capovolgendo la prospettiva, utilizzano la tecnica del prospective overruling per tutte le questioni attualmente pendenti, fuorché per quella del caso di specie. Cfr. la casistica discussa in Comment, Note, op. cit., 1400-1401: «It was emphasized that although reliance on the overruled case was sufficiently strong to warrant denying the overruling decision general retrospective application, the party responsible for convincing the court to overturn its precedent should be entitled to the benefits of the court's decision to adopt a new rule and should be singled out and rewarded for his effort and expense in challenging the old rule and giving the Court an opportunity to overturn it», 1401.

(148) Per l'ottima ragione che queste, in un sistema complesso, non sono talvolta neppure conoscibili con un ragionevole grado di prevedibilità da parte dei giuristi.

(149) Cfr. il problema impostato in Traynor, op. cit. supra nt. 135, 546 ss.

(150) Nel dubbio fra seguire stare decisis, operare un overruling, o mediare tramite prospective overruling, saranno ancora una volta considerazione squisitamente dottrinali a guidare la mano. Cfr., in generale, Kahn, *The Court, the Community and the Judicial Balance: the Jurisprudence of Justice Powell*, 87 *Yale L.J.* 1 (1987).

(151) Da queste parole pronunciate nel 1967 ad oggi, qualche segnale di apertura verso le tecniche elaborate oltre oceano sembra essersi verificato anche in Inghilterra. Cfr. K. Diplock, *The Courts as Legislators*, Birmingham, 1965, per un'autorevole impostazione in chiave moderna.

(152) L. Scarman, *Law Reform by Legislative Technique*, 32 *Saskatchewan L. Rev.* 219 (1967). La Corte Suprema della California, di cui Traynor fu per molti anni Chief Justice, si è distinta nell'utilizzo di prospective overruling. Quelle di Lord Scarman sono parole pronunciate oltre un trentennio dopo *Sunbrust* (*Sunbrust Oil and refining Co. v. Great Northern Raylway*, 7 P. 2d. 927, 1932), il caso attraverso cui Cardozo fece accettare dalla Corte Suprema federale la tecnica in esame, e dopo appena un anno dal Practice Statement della House of Lords.

(153) Per un utilizzo da parte della House of Lords di sotterfugi pre 1966, cfr. Conway, Rimmer, 1968 A.C. 910. In Jones, *Secretary of State for Social Service*, 1 All. E.R. 145 (1972), sebbene la maggioranza dei Lords fosse dell'idea che una precedente decisione fosse sbagliata, non si raggiunse tuttavia una decisione di overruling ai sensi del Practice Statement, a causa di varie esitazioni. Cfr. J. Stone, *On the Liberation*, cit. supra nt. 34; cfr. l'analisi di dettaglio in L. Antonioli, op. cit. supra nt. 94.

(154) Prima del Practice Statement, un caso come *Hedley Byrne, Heller*, 1964, A.C. 465, ci conferma, con i casi citati alla nota precedente, quanto le prese di posizioni esplicite siano inutili in una materia quale l'uso del precedente giudiziario, in cui le evoluzioni sono dettate da una quantità estremamente ampia di fattori. In quel caso, la House of Lords, pur potendo limitarsi ad escludere un'azione di danni, dato che il convenuto aveva dato consigli all'attore, espressamente escludendo la

propria responsabilità per le eventuali conseguenze, stabili in una serie di dicta, un nuovo principio generale di responsabilità in capo a chi, negligenemente, faccia affermazioni circa una situazione finanziaria capaci di trarre in inganno un terzo. È interessante osservare che la dottrina non parla a questo proposito di dicta ma, in maniera atecnica, di per curiam statements; cfr. Friedmann, op. cit. supra nt. 131, 594. Per un'analisi dettagliata del caso cfr. Stevens, Hedley Byrne; Heller, Judicial Creativity and Doctrinal Possibility, 27 Mod. L. Rev. 121 (1964).

(155) È significativo, comunque, come gli oltre trent'anni di anticipo accumulati dagli Stati Uniti rispetto all'Inghilterra dal punto di vista della ricchezza della teoria del precedente, siano il frutto dell'ascesa al ruolo giudiziario di un pugno di dottrinari realisti e neo-realisti. Si ricorderà, ad esempio, il ruolo di Frank nell'anticipatory overruling; l'importanza di Cardozo nella teoria del prospective overruling dovrebbe essere risultata chiara da questo paragrafo; può essere interessante osservare qui quanto Cardozo sia stato influenzato da AA.VV, Science of Legal Method, cit., in cui fra l'altro compaiono interventi di Geny, Ehrlich, Kahler e Wurzel.

(156) Si osservi come, nella seguente affermazione, l'uso dell'idea di holding aiuti a superare de plano le difficoltà tradizionali rispetto a prospective overruling: «All the time that a Court desires to overrule on earlier case, it may conclude that justifiable reliance on the earlier case has been so significant that any decision to overrule the earlier case must operate prospectively only. Under such circumstances the Court may hold that the parties before it are bound by the rule of the earlier case, but the Court may also... express a warning that any subsequent reliance on the early decision will be considered unjustified», cfr. Comment, Note, op. cit., 1379.

(157) Cfr. infra.

(158) Cfr. R. Sacco, La massima mentitoria, in G. Visintini, op. cit. supra.