

# I PRECEDENTI GIURISPRUDENZIALI NELL'ARGOMENTAZIONE GIUDIZIARIA

SILVIA ZORZETTO



# I precedenti giurisprudenziali nell'argomentazione giudiziaria

## Precedents in legal argumentation

SILVIA ZORZETTO

Professoressa associata presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano.

E-mail: [silvia.zorzetto@unimi.it](mailto:silvia.zorzetto@unimi.it).

### ABSTRACT

Il contributo analizza alcune principali varianti di argomentazioni giuridiche che utilizzano i precedenti giudiziari. Lo studio affronta alcune *vexatae quaestiones* circa la idea che la giurisprudenza sia fonte di diritto e difende la tesi secondo cui il c.d. argomento del precedente cela, in realtà, una famiglia di argomenti eterogenei e molto più diffusi nella prassi di quanto non risulti dalle tassonomie classiche. Inoltre, lo studio difende la tesi che la giurisprudenza – per ragioni pragmatiche inerenti al ragionamento giuridico – sia inevitabilmente una *fonte del diritto*.

The article analyses some of the main variants of legal reasoning on the basis of judicial precedents. The study addresses some *vexatae quaestiones* regarding the notion that case law is a source of law and defends the thesis that the so-called precedent argument actually hides a family of heterogeneous arguments that are much more widespread in practise than the classical taxonomies. Furthermore, the study defends the thesis that case law - for pragmatic reasons inherent in legal argumentation - is necessarily a source of law.

### KEYWORDS

precedenti giudiziari, argomenti giuridici, ragionamento giuridico, fonti del diritto, dottrina dello *stare decisis*

precedents, legal arguments, legal reasoning, sources of law, doctrine of *stare decisis*

# I precedenti giurisprudenziali nell'argomentazione giudiziaria

SILVIA ZORZETTO

1. *Premessa e contesto di analisi* – 2. *Alcuni chiarimenti preliminari di metodo e contenuto* – 3. *Il punto di vista "interno": il quadro normativo* – 4. *Sul contributo dei precedenti alla formazione del diritto vigente e altre questioni correlate* – 5. *Una variegata famiglia di argomenti* – 6. *Riflessioni a margine.*

«Today is not only yesterday's tomorrow;  
it is also tomorrow's yesterday»  
(SCHAUER 1987)

## 1. *Premessa e contesto di analisi*

I precedenti giurisprudenziali sono legittimi o no, in che senso sono norme giuridiche e qual è la loro portata? Queste sono solo alcune delle questioni che ruotano attorno alla rilevanza dei precedenti giurisprudenziali nei sistemi giuridici<sup>1</sup>.

\* Versioni precedenti dell'analisi sono state discusse nel *workshop Legal Interpretation and Disagreements* della 14th SIFA Conference, *Shaping the future: What's the Role of Philosophy?* (22-24 settembre 2021), nel *Seminario de Discusión* sul tema *La construcción del precedente en el Civil Law: debates, conceptos y desafíos*, organizzato dalla *Revista Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México* (30 settembre 2021), nel *Seminario Argumentos jurídicos y precedentes jurisprudenciales de Teoría del Derecho y Lógica de Normas "Alchourron & Bulygin"* organizzato dal Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires (5 aprile 2022) e alle *X Jornadas Internacionales de Filosofía del Derecho de la UNAM - Mesa 10: Discusiones sobre el precedente judicial* presentando la relazione dal titolo "Reflexiones sobre los precedentes jurisprudenciales: ópacidad y dinamismo de la argumentación judicial?" (25 novembre 2022). Ringrazio per le opportunità di confronto A. Schiavello, D. Canale, A. Porciello, A. Núñez Vaquero, M. Gascón Abellán, S. Gómora Juárez, F. Carbonell, M.B. Arriagada Cáceres, J.P. Alonso, J.A. Rábanos, C.A. Agüero San Juan, L. Ramírez-Ludeña e E. Cuautle Rodríguez.

<sup>1</sup> Per semplicità e brevità, nel testo si parlerà solo di precedenti, intendendo sempre solo quelli giudiziari. Come è noto, però, non esistono solo precedenti giudiziari o giurisprudenziali. In molti sistemi giuridici basati sul principio dello Stato di diritto ossia che s'ispirano all'ideale normativo della c.d. *rule of law*, anche i precedenti degli altri organi dotati di potestà normativa che compongono le istituzioni e, in particolare, degli organi esecutivi sono rilevanti. Si discute molto ad esempio se gli atti e i provvedimenti emanati dal potere esecutivo siano vincolanti o autovincolanti per l'esecutivo stesso e per i cittadini (oltre al novero dei diretti destinatari del singolo atto/provvedimento). La questione viene spesso in luce in seno al dibattito sul principio di certezza e sulle legittime aspettative dei consociati verso le istituzioni. Incidentalmente, va notato che nei sistemi giuridici contemporanei appartenenti alla c.d. *western legal tradition* (vale a dire i sistemi di *civil law* continentali, come quello italiano, e di *common law*, nonché tutte le loro imitazioni, trasposizioni e ibridazioni dovute alle esperienze anche coloniali o semplicemente alla circolazione della cultura giuridica nei secoli; cfr. HALPÉRIN 2009 e CAIRNS 2013) di "precedenti" – della loro rilevanza, forza vincolante/persuasiva – si parla a proposito di ogni potere (giuridico/normativo), fatta eccezione per il potere legislativo: rispetto a questo potere tipicamente non si "guarda indietro", bensì tradizionalmente si "guarda avanti". Il principio generale cristallizzato dalla storia è quello *lex posterior derogat legi priori*: l'ideale sotteso è quello della continuità della produzione normativa la quale determina un accumulo di norme (ZORZETTO 2016), che viene "arginato" appunto mediante l'abrogazione (nelle sue numerose varianti, espresse e inesprese, disciplinate nei diversi ordinamenti giuridici). A scanso di equivoci, si precisa che questo dato storico non è affatto incompatibile con la corretta tesi di SCHAUER 1987, 572 s., sulla quale si tornerà in seguito, secondo cui: «An argument from precedent seems at first to look backward. The traditional perspective on precedent [...] has therefore focused on the use of yesterday's precedents in today's decisions. But in an equally if not more important way, an argument from precedent looks forward as well, asking us to view today's decision as a precedent for tomorrow's decisionmakers». Si lascia ad altra sede la riflessione circa le cause e i motivi della differente attitudine verso il *passato* e il *futuro* nel caso dei poteri legislativo, da un lato, e giudiziario ed esecutivo, dall'altro lato: cause e motivi che attengono più propriamente a storia, filosofia e teoria politica.

Le teorie e le dottrine elaborate dagli studiosi (tra gli altri, teorici del diritto, comparativisti e processualisti) per spiegare e/o giustificare il fenomeno del precedente sono, come noto, molto numerose<sup>2</sup> e prodotto, ognuna di esse, di una pluralità di assunti teorico-filosofici e di variegata concezioni del diritto e delle sue fonti (anche se il più delle volte tali assunti e concezioni restano inespressi nei discorsi e non sono sempre frutto di scelte consapevoli).

In questo contributo ci si propone di analizzare gli usi effettivi dei precedenti, riscontrati nella pratica dell'argomentazione giuridica<sup>3</sup> da parte dei giudici. L'obiettivo dello studio è, per così dire, sperimentale. S'intende compiere un esperimento di sociologia giudiziaria offrendo una rassegna esemplificativa degli usi.

Non sarà delineato dunque né un modello ideale di precedente (quale regola di giudizio, schema o tecnica di giudizio), né un modello normativo circa il funzionamento del precedente (i.e. come dovrebbe essere utilizzato), né una dottrina che ne giustifichi l'impiego nei diritti vigenti<sup>4</sup>.

L'analisi, d'altra parte, è gioco forza figlia di premesse metodologiche non neutre.

In particolare, si muove dalla convinzione che l'osservazione della prassi sia essenziale se si vuole comprendere, al di là delle teorie e dei modelli ideali, il ruolo reale che i precedenti svolgono nei sistemi giuridici.

Si procederà in modo necessariamente selettivo e circoscritto, data la straordinaria ampiezza dei problemi irrisolti in materia e la pluralità di contesti in cui i precedenti sono esaminati. Concentrerò l'attenzione sulla prassi delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione (di seguito, in breve, "SUCC"). A conferma della natura non isolata degli usi giudiziari che saranno censiti, saranno richiamate alcune sentenze dell'ultimo decennio della Corte Costituzionale, del Consiglio di Stato, nonché delle sezioni semplici della Corte di Cassazione.

Nonostante il carattere *locale* dell'analisi, si confida che si possano trarre indicazioni di portata generale, almeno per i sistemi giuridici esistenti di matrice continentale, cioè appartenenti alla stessa tradizione giuridica di quello italiano<sup>5</sup>.

L'analisi mostrerà che i precedenti possono essere utilizzati in numerosi modi e per svolgere ruoli eterogenei nella giustificazione. Gli usi argomentativi che fanno riferimento ai precedenti non possono essere facilmente ridotti a un unico argomento. Di conseguenza, piuttosto che di

<sup>2</sup> Anche per questo motivo, cioè per la straordinaria ampiezza della letteratura sull'argomento, le note bibliografiche che seguono sono minime, limitate ai riferimenti diretti più essenziali per l'analisi.

<sup>3</sup> Per argomentazione giuridica s'intende, in senso minimale, quel processo giustificativo che è esplicito, generale-abstracto e che sottende una certa conclusione giuridica. In questo contesto, le argomentazioni giuridiche sono le ragioni addotte per sostenere una conclusione pratica. In particolare, le argomentazioni giuridiche saranno discusse in relazione alle ragioni addotte per giustificare una certa soluzione interpretativa "in astratto" e/o l'applicazione di una o più norme giuridiche a un determinato caso concreto. Avendo come oggetto questo scritto i precedenti giudiziari, le argomentazioni giuridiche considerate nel seguito saranno unicamente argomentazioni giudiziarie: quelle rinvenibili dalla motivazione dei provvedimenti selezionati.

<sup>4</sup> Tra le numerose proposte, merita di essere ricordata in particolare quella elaborata da WALDRON 2012, la quale – come si vedrà – riflette più aspetti effettivamente caratteristici della prassi dei precedenti: almeno nel contesto esaminato nel presente contributo. Il punto di vista di Waldron è dunque sì dichiaratamente normativo, ma ha il pregio di non essere avulso dalla realtà e offrire più chiavi esplicative circa il punto di vista interno dei giudici.

<sup>5</sup> Con ciò, è bene chiarirlo, non si aderisce a una particolare concezione, tra le molte proposte, circa le somiglianze e differenze tra gli ordinamenti giuridici di *civil law* e di *common law*. La stessa distinzione – come noto – è stata da più parti messa in discussione ovvero difesa sulla base di argomenti nuovi analoghi nuovi differenti. In linea di principio, il progressivo affinarsi delle analisi comparatistiche e il procedere della storia contemporanea mostrano che siamo piuttosto dinanzi a uno spettro continuo anziché a una polarità. Sta di fatto che il dibattito tra i sostenitori e i detrattori della differenza tra sistemi di *civil law* e *common law* e il ruolo più o meno analogo che i precedenti hanno negli uni e negli altri è ampiamente condizionato da ideologie e modelli precostituiti circa queste tradizioni e le loro caratteristiche tipiche. Qualunque sia la propria convinzione in proposito, comunque, non viene qui in rilievo e non ha un impatto sull'analisi. Circa le tendenze oggi serpeggianti nella giurisprudenza europea, anche in seno al diritto amministrativo, si v. CIVITARESE 2015.

argomentazione o argomento – *al singolare* – pare più opportuno parlare, *al plurale*, di argomentazioni e argomenti basati sui precedenti giurisprudenziali.

La pratica rivela la esistenza di una complessa famiglia di argomenti con numerose varianti, alcune delle quali addirittura incompatibili e alternative tra loro. Come molti altri argomenti giuridici (VELLUZZI 2013), anche quelli relativi ai precedenti possono essere combinati in vari modi e collocati a più livelli della catena argomentativa-giustificativa, assumendo una pluralità di funzioni. Ci sono argomenti primari, argomenti secondari, argomenti ausiliari, argomenti concorrenti, ecc. Per quanto riguarda le argomentazioni giuridiche che fanno riferimento ai precedenti, la loro collocazione a livello di argomentazione giudiziaria, così come la loro combinazione con altre argomentazioni sono contingenti. Altrettanto contingente è la loro forza argomentativa e giustificativa.

Beninteso: tutto quanto sopra, e ciò che seguirà nei prossimi paragrafi, è influenzato da ipotesi fondamentali su cosa si intenda per “diritto (vigente)”, “giudice”, “norma”, “fonte del diritto”, “argomento (giuridico)”, “motivazione”, e così via. Si confida, tuttavia, che l’approccio adottato sia sufficientemente trasparente rispetto alle proprie premesse e sia quindi proficuo per il dialogo, anche con chi abbraccia altre premesse.

## 2. Alcuni chiarimenti preliminari di metodo e contenuto

Se il tema che ci occupa è estremamente controverso, controversi sono anche i presupposti da cui si muove e le scelte metodologiche e terminologiche alla base dell’analisi. I chiarimenti sopra accennati e che seguiranno non vanno intesi come definizioni generali dei concetti trattati. Piuttosto, sono funzionali all’analisi e quindi sono da intendersi quali strumenti *operativi* per la realizzazione della ricerca.

Con le espressioni “precedente giudiziario”, “precedente giurisprudenziale” o semplicemente “precedente” ci si riferisce a qualsiasi decisione giudiziaria in senso stretto, pronunciata in un momento precedente e il cui testo ufficiale sia accessibile (ad esempio in banche dati o raccolte di giurisprudenza) e a cui si fa riferimento in un’altra decisione.

La definizione è stipulativa e funzionale all’analisi meta-giurisprudenziale che viene effettuata attraverso una ricerca prevalentemente sintattico-semantica, cioè attraverso la ricerca di parole chiave nelle banche dati dei provvedimenti normativi emanati dalle Corti.

Sia chiaro però che, a livello concettuale, è ben possibile che esistano precedenti che non sono pubblici o pubblicati (NÚÑEZ VAQUERO 2020a), anche se *un precedente* (per poter acquisire qualche rilevanza almeno *in potenza*) deve essere quanto meno conosciuto da qualcuno che non sia il suo autore. Questo con la unica eccezione dell’auto-precedente in senso stretto, cioè quando la stessa autorità decide in un momento successivo sulla base di ciò che ha deciso in passato<sup>6</sup>.

In altre parole: l’analisi si concentra sui precedenti “pubblici” perché sono quelli rilevanti nella pratica giurisprudenziale dei diritti esistenti.

<sup>6</sup> Va precisato che, negli attuali ordinamenti, esiste l’ulteriore problema che la potestà normativa non coincide con una specifica persona fisica: né nell’ipotesi di organi collegiali, né in quella di organi monocratici dove ciò che rileva è l’organo come istituzione, non la persona fisica che di volta in volta lo detiene. Ciò implica che anche il c.d. auto-precedente non potrebbe esistere senza la conoscenza pubblica delle decisioni, oltre il suo autore. Questo, salvo il caso residuale dell’auto-precedente che si riferisce non all’organo o all’autorità emanante, ma all’individuo che ne è l’autore e che, avendone memoria individuale, potrebbe applicare quanto già deciso successivamente, anche senza che nessun altro lo sappia. Un caso simile, tuttavia, è praticamente solo di scuola e difficilmente esso rientrerebbe nell’uso corrente della parola “precedente”. Il che appunto dimostra come l’elemento temporale (prima / dopo) di per sé sia necessario, ma non sufficiente, un altro elemento proprio della nozione corrente essendo il fatto di essere “pubblico” e, come tale, “conoscibile” da parte degli altri partecipanti alla pratica giuridica.

Quello qui adottato, ovviamente, non è l'unico approccio possibile allo studio dei precedenti giurisprudenziali. Come è noto, è possibile effettuare analisi concettuali senza partire dai dati testuali. Tuttavia, in una materia così complessa e controversa, che può essere considerata una vera e propria giungla in cui si è detto e si dice tutto e il suo contrario, si ritiene utile prendere le mosse da quanto emerge dai testi dei provvedimenti giudiziari. Ciò per avviare un confronto che abbia un minimo di punti di appoggio *intersoggettivi* (se non oggettivi).

I precedenti giurisprudenziali saranno quindi esaminati muovendo dagli usi espliciti, indagando i riferimenti espressi nelle motivazioni delle decisioni giudiziarie.

Prima di analizzare la prassi giudiziaria, sarà utile ripercorre molto brevemente alcuni principali indicatori dei precedenti giurisprudenziali presenti nelle fonti canoniche ufficiali (cioè le leggi e gli atti equivalenti dell'ordinamento italiano). Questo perché per comprendere gli usi effettivi dei precedenti dal punto di vista interno è essenziale considerare il contesto normativo in cui essi si collocano. Il contesto normativo influenza infatti le operazioni argomentative e gli stili giurisprudenziali e la stessa visione (ideologie, convinzioni e credenze) dei giudici circa i precedenti giurisprudenziali e viceversa.

Nell'approccio qui difeso, sarebbe insomma metodologicamente scorretto estrapolare l'analisi dei precedenti indipendentemente dal contesto normativo di riferimento. Detto altrimenti: se si vuole indagare come i precedenti sono effettivamente utilizzati dai giudici, non si può ignorare il contesto in cui gli usi si situano. Contesto e usi sono in un certo senso un tutt'uno, essendo il primo in via olistica la sommatoria dei secondi. In una prospettiva pragmatica non esiste un contesto a prescindere dagli usi: ciascun uso anzi contribuisce alla creazione del corrispondente contesto normativo.

Ovviamente tutto ciò, e in particolare la decisione di condurre una ricerca testuale, non significa che i precedenti giurisprudenziali non possano essere utilizzati tacitamente.

In realtà, è vero il contrario se si parte dalla premessa che i precedenti giurisprudenziali sono anche norme (giuridiche)<sup>7</sup> che, come tali, hanno sostanza concettuale/ideale.

Tanto è vero che si tratta di norme il cui ambito di applicabilità è controverso, a cominciare proprio dal se e in che misura possano essere considerate astratte e generali o generalizzabili al di là del caso in cui la singola decisione è emessa.

Relativamente ai precedenti giurisprudenziali si ripropongono dunque tutte le questioni di teoria generale circa la natura delle norme e dei concetti giuridici, delle enunciazioni e degli enunciati che formano il discorso giuridico, etc.

Senza entrare nel merito di queste questioni, ci si limita a notare che è concettualmente possibile – e di fatto accade – che i precedenti giurisprudenziali vengano utilizzati anche in forma non espressa. In altre parole – e ciò risulterà chiaro dall'analisi – è possibile che un precedente venga richiamato o utilizzato per qualche scopo in una decisione senza citarlo espressamente. Questo vale, tra l'altro, vuoi nel caso in cui lo si condivida o lo si accetti, cioè lo si faccia proprio come prescrizione/guida della condotta, vuoi nel caso in cui lo si rifiuti<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Nel testo non si abbraccia (non essendo essenziale per l'analisi) alcuna teoria circa la controversa distinzione tra regole/norme/principi. Salvo diverse precisazioni infra a proposito di taluni usi censiti nella prassi, di conseguenza, si parlerà di "norme" e "regole" in maniera pressoché fungibile. Parlando di "precedenti come norme" s'intende fare riferimento a *norme giuridiche purchessia*, a prescindere dal grado di generalità e astrattezza, nonché dal tasso di genericità, determinatezza, vaghezza, ambiguità etc. che ciascuno, come qualsiasi altra norma può avere a seconda dei contenuti e delle circostanze.

<sup>8</sup> Su questo punto si veda lo studio di MUFFATO 2009 che opportunamente distingue non solo tra "uso" e "menzione", ma anche tra "sottoscrizione" e "non-sottoscrizione", rilevando come in ambito ordinario e giuridico si possano dare tutte le ipotesi. Vi è insomma una matrice data anche dall'incrocio delle opzioni. Nel caso dei precedenti, in particolare, si danno casi di precedente: (i) *usato e sottoscritto* (cioè usato in una successiva decisione come prescrizione rilevante e condivisa, "accettata" come guida della condotta); (ii) *usato e non-sottoscritto* (i.e. usato come regola della decisione da un altro giudice, benché da lui non sia condiviso: è il caso del precedente utilizzato dal giu-

D'altra parte, gli usi dei precedenti considerati non si limitano alla situazione in cui la *ratio decidendi* di un caso è considerata vincolante per la decisione di un caso successivo. Pertanto, il precedente di cui si parlerà non si riferisce necessariamente solo al caso specifico deciso in  $t_1$ , simile a un altro caso specifico già deciso in  $t_0$ , in cui la *ratio decidendi* in  $t_0$  è usata e sottoscritta nella decisione resa in  $t_1$ <sup>9</sup>.

Come si vedrà, i precedenti sono menzionati e/o usati dai giudici anche senza divenire regole della decisione, e non perciò sono irrilevanti. Sono utilizzati anche quando la somiglianza tra i casi è dubbia o addirittura inesistente. Accade anche che la somiglianza dei casi concreti non sia rilevante o non possa essere giustificata, perché si utilizza un principio generale-astratto contenuto in un precedente, ma che è indipendente dalle circostanze del caso e/o che non è la *ratio decidendi* di quel caso.

In modo un po' provocatorio, si potrebbe dire che la presente analisi mira a portare alla luce, anche se non principalmente, gli usi "spuri"<sup>10</sup> o, almeno, l'ampio spettro di usi che vanno al di là del caso "puro" (secondo il pensiero tradizionale) di precedente vincolante in cui la decisione in  $t_1$  è giustificata sulla base di una decisione resa in  $t_0$  perché quest'ultima si pone come regola vincolante per il successivo caso in  $t_1$ .

L'intento è mostrare che gli usi del precedente sono molto diffusi nella pratica giuridica e assai eterogenei. Non interessa prendere posizione su quale sia la definizione di precedente più appropriata, se sia più opportuno adottare una nozione ristretta o meno a livello teorico<sup>11</sup>. Per quanto discutibile possa sembrare, andando controcorrente il proposito è sondare proprio quelle situazioni in cui i giudici fanno riferimento ai precedenti in modo non ortodosso secondo la dottrina classica del precedente.

In altre parole: secondo la visione più rigorosa, sono "veri" o "puri" solo gli usi del precedente giudiziario che riflettono la regola del precedente vincolante<sup>12</sup>. Seguendo questa linea di pensie-

dice, suo malgrado); (iii) *menzionato e sottoscritto* (si richiama un precedente di cui si condivide il contenuto, senza che però assurga a prescrizione in quel caso); (iv) *menzionato e non-sottoscritto* (si richiama un precedente di cui non si condivide il contenuto senza che assurga a guida della condotta). E vi sono pure casi di precedenti *non usati e/o non menzionati e non sottoscritti*: semplicemente perché, ad esempio, non noti a chi decide, il che è fisiologico considerata la sterminata quantità di decisioni che vengono emesse. Ancora, non sono rari i precedenti non usati e non menzionati *perché* non sottoscritti: sono tutti i casi, in cui conoscendo il precedente, ma non approvandolo, il giudice successivo si limita a ignorarlo, anziché menzionarlo e argomentare contro la sua applicazione, ovvero usarlo nonostante la sua personale diversa convinzione.

<sup>9</sup> Questa nozione ristretta di precedente è quella adottata, ad esempio, da TARUFFO 2014, 39, secondo il quale: «Il "vero" precedente, infatti, è costituito o può essere costituito, da una decisione che successivamente viene considerata come una regola che si applica anche in casi successivi. Invece, la giurisprudenza è costituita da un insieme di decisioni, che può anche essere numeroso – come nel caso della nostra Corte di Cassazione – e può includere centinaia o migliaia di sentenze sulle medesime questioni di diritto. Nulla di strano, allora, se la giurisprudenza può essere – e spesso è – ridondante, variabile, ambigua e contraddittoria, perché sulla stessa questione di diritto si possono verificare orientamenti interpretativi diversi e variabili. Estremizzando il discorso (ma non troppo) si può dire che una giurisprudenza come quella prodotta dalla Cassazione italiana è paragonabile ad una specie di immenso supermercato in cui, con la dovuta pazienza, ognuno può trovare ciò che vuole (ed anche il suo contrario)». Continuando con la metafora, la presente analisi è un'indagine su ciò che questo "supermercato" offre.

<sup>10</sup> L'aggettivo "spurio" non deve essere inteso in accezione negativa: è usato assumendo di porsi dal punto di vista della dottrina tradizionale rispetto alla presente indagine. Non è il punto di vista adottato nell'analisi, come spiegato nel testo.

<sup>11</sup> Così dicendo non si disconosce affatto, ovviamente, l'importanza degli studi dedicati al precedente vincolante e alla comprensione del suo fondamento e funzionamento a livello di teoria della norma. Al contrario, anche questi studi (si vedano in particolare gli studi di SCHAUER 1987 e 2011; CHIASSONI 2012; ARRIAGADA CÁCERES 2021; NÚÑEZ VAQUERO, ARRIAGADA CACERES 2021) sono essenziali nella prospettiva qui indagata e la presente analisi vuole essere più che altro un complemento descrittivo di ciò che i giudici dicono di fare e/o fanno con i precedenti giurisprudenziali.

<sup>12</sup> Vale a dire, la meta-regola secondo la quale, assumendo l'"identità" di *ratio decidendi* nei due casi  $0$  e  $1$ , la decisione in  $t^1$  è giustificata sulla base della decisione  $t_0$  perché quest'ultima si pone come regola vincolante per il successivo caso in  $t_1$ .

ro, solo un'argomentazione giuridica in senso proprio fa uso del precedente, ed è quella che giustifica la decisione successiva sulla base del precedente, assumendo l'"identità" della *ratio decidendi* nei due casi. Sennonché è un fatto che la pratica va ben oltre questo ideale.

A prescindere quindi dalla circostanza su quale sia l'uso più "vero" o "puro" del precedente, si voglia o no parlare di precedenti in altri casi, o li si voglia considerare falsi precedenti o altro, i giudici parlano di precedenti in molti altri casi in cui la visione classica non ammetterebbe che si tratti di precedenti.

D'altra parte, anche le visioni più tradizionali e classiche del precedente finiscono per divergere e, di fatto, non riescono a far sì che la prassi rifletta una definizione preconcepita, per così dire di laboratorio, di precedente.

Guardando la situazione giurisprudenziale e dottrinale/teorico-generale con disincanto, emerge un salto tra *teoria* e *prassi* del precedente, tra ciò che si dice e ciò che si fa con i precedenti.

Gli usi espliciti dei precedenti mostrano che è possibile – e di fatto accade – che i precedenti siano solo menzionati o citati (siano essi condivisi o non condivisi dal decisore), ma non usati come regole rilevanti, e tanto meno orientative o decisive, per la decisione.

In tutti i casi in cui il ricorso al precedente non rispecchia il tipo ideale "puro" (secondo una certa dottrina ritenuta prevalente), il riferimento al precedente potrebbe apparire, almeno *prima facie*, non autentico o non genuino o potrebbe sembrare declamatorio, simbolico o fittizio per la risoluzione del caso specifico.

Tuttavia, sarebbe frettoloso pensare che si tratti di mero *flatus vocis* o di non-senso dal punto di vista semantico-pragmatico. Usi per così dire "extra-vaganti", "apocriefi" o "spuri" possono svolgere e sovente svolgono funzioni oblique, indirette o espressive a vario proposito. Lo studio di queste funzioni sarà oggetto di successivi approfondimenti di questa analisi: qui ci si limita a sottolineare che l'influenza e la rilevanza di questi usi dipende, tra gli altri fattori, dallo scopo comunicativo perseguito dal mittente e dal destinatario del messaggio. Di norma, questi scopi sono estranei al processo e perseguono intenti di politica giudiziaria, politica del diritto o politica *tout court* che vanno oltre il caso specifico. Inoltre, i destinatari sono spesso esterni al processo e possono anche essere esterni al sistema giudiziario (i giudici "parlano" ai politici, all'opinione pubblica, ecc.).

In generale, si può osservare che la giurisprudenza contiene sì precedenti rilevanti (nel senso di rilevanti ed effettivamente applicati alla soluzione del caso concreto), ma anche precedenti che sono solo presuntivamente o ipoteticamente rilevanti per la decisione di un caso concreto. Ciò è particolarmente evidente nelle motivazioni delle decisioni (cioè nei loro testi pubblici e/o pubblicati) che devono tenere conto, tra l'altro, delle osservazioni delle parti in causa e, più, in generale dei discorsi dei vari attori del processo.

Va poi ricordato che un precedente (in sé e per sé considerato, anche ove non ripreso da alcun altro successivo decisore) è una *norma* (i.e. *prescrizione/ragione d'azione*): una guida, quanto meno, della condotta del giudice emittente, a pena d'incoerenza (ove si trovasse a decidere un altro caso simile), nonché per i destinatari della decisione, a pena d'inosservanza. Come ogni altra norma, è suscettibile d'*universalizzabilità* almeno a livello di ragionamento.

Di qui, la "forza" del precedente: cioè la possibilità che qualsiasi decisione singolare e concreta diventi (più o meno) generale e astratta. Che possa potenzialmente applicarsi a chiunque si trovi nella medesima situazione.

Si noti infine che, nel momento in cui ogni decisione viene presa, nessuno può sapere se le sue decisioni saranno o non saranno note, usate, condivise da altri, per cui, in questo senso, può esistere, al massimo, un'aspettativa o un desiderio *de facto* da parte dell'emittente che la sua decisione diventi un precedente per altri. Non si può escludere neppure e, anzi, vi sono più casi di storia giudiziaria che testimoniano che decisioni prese dal punto di vista dell'emittente con la speranza di rimanere "casi isolati" siano invece andate oltre le intenzioni dell'autore finendo per "fare giurisprudenza".

È vero, per converso, che alcune decisioni sono prese anche, se non prevalentemente, con il proposito di orientare le future decisioni di altri giudici o anche di altri partecipanti alla pratica

giuridica. La propensione più o meno accentuata di alcuni giudici a rivolgersi (non tanto o non solo alle parti in causa, quanto piuttosto se non addirittura in via prioritaria) ad altri giudici, ai consociati o ad altre autorità normative o giuridiche – nell’ambito della sociologia giudiziaria – è un elemento che spiega (*ma non significa che giustifichi*) l’uso straordinariamente diffuso dei precedenti nella prassi contemporanea.

### 3. Il punto di vista “interno”: il quadro normativo

Per analizzare la prassi delle SUCC, è utile ricordare alcune disposizioni che sono generalmente considerate come indicatori della rilevanza dei precedenti nel diritto italiano<sup>13</sup>.

Essendo testi normativi tanto noti, quanto oggetto di innumerevoli discussioni di seguito sono citati testualmente senza commentarne le variabili letture offerte dalla giurisprudenza e dottrina.

Art. 65(1) *Attribuzioni della corte suprema di cassazione*, R.D. n. 12, 30 gennaio 1941, *Ordinamento giudiziario* «La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni [...]».

Art. 360-bis c.p.c. *Inammissibilità del ricorso*. «Il ricorso è inammissibile: 1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l’esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l’orientamento della stessa [...]».

Art. 363 c.p.c. *Principio di diritto nell’interesse della legge*<sup>14</sup> «Quando le parti non hanno proposto ricorso nei termini di legge o vi hanno rinunciato, ovvero quando il provvedimento non è ricorribile in cassazione e non è altrimenti impugnabile, il Procuratore generale presso la Corte di cassazione può chiedere che la Corte enunci nell’interesse della legge il principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi. [...] la Corte si pronunci[a] a sezioni unite se ritiene che la questione è di particolare importanza. Il principio di diritto può essere pronunciato dalla Corte anche d’ufficio, quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, se la Corte ritiene che la questione decisa è di particolare importanza. La pronuncia della Corte non ha effetto sul provvedimento del giudice di merito».

Art. 374 c.p.c. *Pronuncia a sezioni unite*. «il primo presidente può disporre che la Corte pronunci a sezioni unite sui ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici, e su quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza. Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso»<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Sulla base di queste disposizioni, i giudici stessi hanno anche creato protocolli per la semplificazione della redazione degli atti giudiziari, linee guida per la redazione di atti e provvedimenti giudiziari, nonché “progetti” su temi specifici per orientare la giurisprudenza. Ad esempio, i più recenti sono il Progetto esecuzioni e il Progetto salute della III Sezione civile della Corte di Cassazione. Nel testo saranno citate solo le disposizioni relative ai procedimenti civili, con riferimenti in nota alle disposizioni relative ai procedimenti amministrativi. Disposizioni analoghe esistono anche per il processo penale (cfr. art. 618, comma 1-bis, c.p.p.) e il dibattito sul diritto penale e sulla nomofilachia delle Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione è sempre più vivace.

<sup>14</sup> Una disposizione analoga esiste nel processo amministrativo all’art. 99 c.p.a. *Rinvio all’adunanza plenaria* (del Consiglio di Stato).

<sup>15</sup> Significativo per la presente analisi è il confronto con la disciplina prevista all’art. 618 c.p.c. per le decisioni a Sezioni Unite penali della Corte; a seguito della novella del 2017, infatti: «1. Se una sezione della corte rileva che la questione di

Art. 118 disp. att. c.p.c. *Motivazione della sentenza* (da leggersi in coordinamento con l'art. 132, comma 2, n. 4, c.p.c.)<sup>16</sup> «La motivazione della sentenza [...] consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi. Debbono essere esposte concisamente e in ordine le questioni discusse e decise dal collegio ed indicati le norme di legge e i principi di diritto applicati. Nel caso previsto nell'articolo 114 del codice debbono essere esposte le ragioni di equità sulle quali è fondata la decisione. In ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici».

Art. 348-ter c.p.c. *Decisione sull'inammissibilità dell'appello* in coordinamento con l'art. 348-bis, co. 1, c.p.c.<sup>17</sup>, considerando la disciplina fino alla recente riforma del codice di rito, «[...] il giudice, prima di procedere alla trattazione, sentite le parti, dichiara inammissibile l'appello, [...] con ordinanza succintamente motivata, anche mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e il riferimento a precedenti conformi», «quando [l'impugnazione] non ha una ragionevole probabilità di essere accolta».

Il nuovo art. 436-bis c.p.c. (*Inammissibilità, improcedibilità, manifesta fondatezza o infondatezza dell'appello*) introdotto con la nuova riforma ex d.lgs. 149/2022 in coordinamento con i nuovi artt. 348, 348-bis e 350 c.p.c. prevede che il Collegio della Corte di Appello « [...] pronunci sentenza dando lettura del dispositivo e della motivazione redatta in forma sintetica, anche mediante esclusivo riferimento al punto di fatto o alla questione di diritto ritenuti risolutivi o mediante rinvio a precedenti conformi».

Infine, nell'ambito dell'attuale riforma del processo civile, si prevede che l'ufficio per il processo da istituirsi presso i tribunali e le corti d'appello avrà, *inter alia*, il compito di «catalogazione, archiviazione e messa a disposizione di precedenti giurisprudenziali»<sup>18</sup>; inoltre, l'ufficio per il processo presso la Corte di Cassazione, si occuperà, tra l'altro, di supportare i magistrati fornendo informazioni circa «l'esistenza di precedenti specifici» e «l'individuazione di tematiche seriali», svolgendo «ricerche di giurisprudenza, di legislazione, di dottrina»<sup>19</sup>; ancora, con riferimento alla Procura generale della Corte di Cassazione si prevede un «supporto ai magistrati comprendenti, tra l'altro, l'attività di

diritto sottoposta al suo esame ha dato luogo, o può dar luogo, a un contrasto giurisprudenziale, su richiesta delle parti o di ufficio, può con ordinanza rimettere il ricorso alle sezioni unite. 1-bis. Se una sezione della corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso. 1-ter. Il principio di diritto può essere enunciato dalle sezioni unite, anche d'ufficio, quando il ricorso è dichiarato inammissibile per una causa sopravvenuta». Va ricordato che – secondo la Corte Costituzionale – nel processo civile e penale vi è la possibilità che, non condividendo il “diritto vivente” e/o principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite, le sezioni semplici rinviino alle S.U. per una nuova valutazione ovvero sollevare una questione di legittimità costituzionale; ciò tuttavia non osta a che le sezioni semplici direttamente promuovano scrutinio di costituzionalità qualora ritengano che «il significato in cui le disposizioni “vivono” secondo l'indirizzo giurisprudenziale consacrato» dalle Sezioni Unite e ampiamente condiviso contrasti con parametri costituzionali (cfr. ad es. C. Cost. sent. n. 111/2022 e precedenti ivi citati).

<sup>16</sup> Una disposizione analoga è prevista per il processo amministrativo all'art. 74 c.p.a. *Sentenze semplificate*.

<sup>17</sup> La disposizione è modificata dalla riforma della procedura civile in corso di elaborazione: cfr. art. 1, co. 8, lett. e) Legge 26 novembre 2021 n. 206 di «Delega al Governo per l'efficienza del processo civile [...]», secondo cui l'impugnazione che non ha ragionevole probabilità di essere accolta dovrà essere dichiarata manifestamente infondata con sentenza succintamente motivata anche mediante rinvio a precedenti conformi. Il d.lgs. 149/2022 prevede, all'art. 3 “Modifiche al Codice di Procedura civile”, l'abrogazione dell'art. 348-ter e una nuova disciplina ex artt. 348bis e 350bis secondo cui l'impugnazione inammissibile o manifestamente infondata è decisa nella forma della discussione orale e la sentenza è motivata in forma sintetica, anche mediante esclusivo riferimento al punto di fatto o alla questione di diritto ritenuti risolutivi o mediante rinvio a precedenti conformi.

<sup>18</sup> Cfr. art. 1, co. 18, lett. b) n. 4) Legge 26 novembre 2021 n. 206.

<sup>19</sup> Cfr. art. 1, co. 18, lett. c) n. 2.2.) Legge 26 novembre 2021 n. 206. Per l'attuazione di quanto indicato nella legge delega si veda il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 151 in G.U. n. 243 del 17-10-2022 - Suppl. Ordinario n. 38, vigente dal 1 novembre 2022. Come noto, la disciplina non può considerarsi definitiva essendo in corso di discussione possibili emendamenti alla riforma.

ricerca e analisi su precedenti, orientamenti e prassi degli uffici giudiziari di merito che formano oggetto dei ricorsi e di individuazione delle questioni che possono formare oggetto del procedimento per l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge previsto dall'articolo 363 del codice di procedura civile»<sup>20</sup>.

Oltre a ciò, è introdotta la possibilità per il giudice di merito di sottoporre direttamente la questione alla Corte di Cassazione con un rinvio pregiudiziale subordinato alla sussistenza dei seguenti presupposti: «1.1) la questione è esclusivamente di diritto, non ancora affrontata dalla Corte di cassazione e di particolare importanza; 1.2) la questione presenta gravi difficoltà interpretative; 1.3) la questione secondo la legge delega è suscettibile di porsi in numerose controversie». Sulla questione decideranno le Sezioni Unite o semplici a seconda dei casi e la decisione sarà «vincolante nel procedimento nell'ambito del quale è stata rimessa la questione e conserva tale effetto, ove il processo si estingua, anche nel nuovo processo che è instaurato con la riproposizione della medesima domanda nei confronti delle medesime parti»<sup>21</sup>.

Alla luce della complessiva riforma, è più che lecito attendersi una “efficacia espansiva” delle decisioni rese sui rinvii pregiudiziali. Del resto, i rinvii pregiudiziali (basti ricordare quelli in seno al sistema giurisdizionale dell'UE) per loro stessa vocazione sono strumenti funzionali ad accrescere la rilevanza dei precedenti. Gli altri principi della legge delega sopra ricordati parlano da sé in proposito. Non vi è quindi dubbio che, secondo il legislatore attuale, i precedenti continuo *de iure condito*.

Intorno alle disposizioni vigenti sopra citate, anch'esse frutto di riforme che si sono succedute negli anni, si è sviluppato un dibattito destinato a non spegnersi alla luce della riforma in corso. Tra le tante vi sono questioni da sempre aperte nella teoria generale del diritto: se e in che senso i precedenti giurisprudenziali siano rilevanti nell'ordinamento italiano; se siano vincolanti o solo autorevoli punti di riferimento per l'interpretazione e l'applicazione delle norme nei casi successivi; se e in che misura i giudici siano creatori di diritto e la giurisprudenza stessa una fonte di diritto, etc.

Nel dibattito (teorico-generale e processualcivilistico) si sono avanzati argomenti a sostegno di ciascuna tesi e del suo contrario, che rimangono controversi e discutibili<sup>22</sup>.

Volendo semplificare al massimo, *sul piano teorico* vi sono tesi scettiche o iper-scettiche sulla impossibilità di pervenire a un sistema ordinato e vincolante di precedenti; *sul piano pratico*, vi è la

<sup>20</sup> Cfr. art. 1, co. 18, lett. d) n. 2.2.) Legge 26 novembre 2021 n. 206.

<sup>21</sup> Cfr. art. 1, co. 9, lett. g) Legge 26 novembre 2021 n. 206. Il d.lgs. 149/2022 ha dato attuazione a questi principi introducendo il nuovo art. 363-bis (*Rinvio pregiudiziale*) ai sensi del quale “Il giudice di merito può disporre con ordinanza, sentite le parti costituite, il rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di cassazione per la risoluzione di una questione esclusivamente di diritto, quando concorrono le seguenti condizioni:

1) la questione è necessaria alla definizione anche parziale del giudizio e non è stata ancora risolta dalla Corte di cassazione;

2) la questione presenta gravi difficoltà interpretative;

3) la questione è suscettibile di porsi in numerosi giudizi.

L'ordinanza che dispone il rinvio pregiudiziale è motivata, e con riferimento alla condizione di cui al numero 2) del primo comma reca specifica indicazione delle diverse interpretazioni possibili.

[...]

Il primo presidente, ricevuta l'ordinanza di rinvio pregiudiziale, entro novanta giorni assegna la questione alle sezioni unite o alla sezione semplice per l'enunciazione del principio di diritto, o dichiara con decreto l'inammissibilità della questione per la mancanza di una o più delle condizioni di cui al primo comma.

[...]

Il principio di diritto enunciato dalla Corte è vincolante nel procedimento nell'ambito del quale è stata rimessa la questione e, se questo si estingue, anche nel nuovo processo in cui è proposta la medesima domanda tra le stesse parti”.

<sup>22</sup> Si veda in particolare PASSANANTE 2018, il quale contro facili derive iper-scettiche, esamina con disincanto i numerosi problemi che rendono difficile nell'ordinamento giuridico (italiano e non solo) un'adeguata regolamentazione dei precedenti giurisprudenziali e, quindi, la costruzione di un sistema ordinato di precedenti.

constatazione realistica – per nulla incompatibile con la tesi teorica iper-scettica – che ogni decisione giudiziale è, quanto meno, condizionata dal contesto giurisprudenziale in cui è prodotta.

In realtà, nella pratica, molto raramente esiste un unico orientamento su una determinata materia, per cui, a fronte di una giurisprudenza normalmente non univoca o anzi articolata in più direzioni, c'è sempre la possibilità che ogni giudice decida il proprio caso seguendo un precedente o un altro. In altre parole, a prescindere dall'ideale di un *sistema (ben)* ordinato di precedenti vincolanti (e ogni tentativo di evolvere in quella direzione), la pratica dei sistemi giuridici attuali sembra essere lontana da questo ideale.

È chiaro, tuttavia, che parlare di un *sistema* di precedenti giudiziari e, in particolare, di un sistema *ben* ordinato, non è qualcosa di scontato: significa assumere che i precedenti non siano semplicemente un fatto caotico, che non ci sia semplicemente un accumulo di decisioni di fatto. Parlare di sistema implica, infatti, l'esistenza di criteri di ordinamento e collegamento. Ciò è tanto più vero se si considera l'idea di un sistema "ben ordinato", che è una nozione piena di valore. Parlare di un sistema male ordinato o caotico sembra quasi un ossimoro e, in ogni caso, qualcosa che non va perseguito e, anzi, si cerca di arginare. D'altra parte, i criteri di (buon) ordinamento nel campo dei precedenti non sono affatto condivisi né in pratica né in teoria. Se in proposito non vi sono (o non si sono comunque ancora rintracciate) soluzioni semplici, preme notare che considerare l'ideale di un sistema ben ordinato di precedenti come utopico e impossibile o, al contrario, supporre che i diritti esistenti possano avvicinarsi a esso, non è irrilevante in termini di politica del diritto e giudiziaria.

Se si partisse dall'assunto che sia impossibile regolamentare i precedenti, le stesse riforme e disposizioni che si propongono di farlo sarebbero prive di senso. La meta-legislazione in materia avrebbe solo al più valore simbolico-illusorio (sarebbe un caso eclatante di ideologia come falsa coscienza). Essa sarebbe destinata a un inevitabile fallimento (avendo un obiettivo impossibile) con l'esternalità negativa aggiuntiva: di coltivare fittiziamente la illusione di un compito impossibile. Un simile approdo iper-scettico è un caso di consequenzialismo folle.

Se invece si assume che i precedenti giurisprudenziali siano un fenomeno normativo che, in quanto tale, si regge su regole e può essere governato dall'interno, dal diritto stesso (attraverso meta-regole, di provenienza legislativa o anche di matrice giurisprudenziale), allora si tratta di valutare, sul campo, i meriti/demeriti, benefici/malefici di ogni tentativo di regolamentazione (sia essa in via di auto-poiesi o etero-noma: vale a dire interna alla stessa giurisprudenza o posta da altro potere).

Come si vedrà, la giurisprudenza mostra di credere nella possibilità di autogoverno dei precedenti giurisprudenziali e svolge un ruolo fondamentale in tal senso. A questo proposito, il numero considerevole di principi giuridici che vengono pronunciati nell'interesse della legge nelle sentenze è di per sé significativo.

#### 4. Sul contributo dei precedenti alla formazione del diritto vigente e altre questioni correlate

Di seguito, si passeranno in rassegna alcuni casi che hanno un valore paradigmatico per capire come i giudici – e non solo quelli delle *SUCC* – vedono la loro attività.

Le ragioni per cui l'analisi è paradigmatica sono numerose. In estrema sintesi, nell'ordinamento italiano l'attività delle *SUCC* ha valore *de lege lata*, come mostra il contesto normativo sopra ricordato e, in particolare, l'attribuzione nomofilattica della Suprema Corte. Peraltro, anche spingendosi oltre le attribuzioni formali, la prassi giudiziaria guarda costantemente all'attività delle *SUCC*. Inoltre, anche esaminando l'attività delle Corti e dei Tribunali di merito si rinvengono utilizzi molto simili a quelli delle *SUCC*.

Dal complesso delle pronunce emergono idee e, anzi, ideologie latenti che sono specifiche della funzione dello *ius dicere* e che quindi potenzialmente caratterizzano la giurisprudenza anche in altri contesti ed esperienze. I principi sanciti dalle *SUCC* possono essere riassunti come segue.

- (i) Il precetto costituzionale secondo cui i giudici sono soggetti solo alla legge (art. 101 Cost.) impedisce di attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto<sup>23</sup>.
- (ii) Il precedente giurisprudenziale, anche se autorevole e anche se proveniente dalla Corte di Cassazione e persino dalle Sezioni Unite, non è una delle fonti del diritto e, come tale, non è direttamente vincolante in via generale per i giudici<sup>24</sup>, ma si pone come “regola forte” rispetto alle decisioni future<sup>25</sup>.
- (iii) L'interpretazione non ha natura di mera dichiarazione, secondo l'utopia illuminista del giudice *bouche de la loi*, per cui la funzione di aggiornamento, adattamento e adeguamento delle norme

<sup>23</sup> *Ex plurimis*, Cass. civ., Sez. Unite, Sent., (data ud. 21/06/2011) 11/07/2011, n. 15144 (tutte le decisioni che saranno citate sono consultabili nella banca dati Wolters Kluwer One Legale).

<sup>24</sup> Ad eccezione del giudice di rinvio, in quanto espressamente previsto dalla legge. Cfr. Cass. civ., Sez. Unite, Sent., (data ud. 15/01/2019) 03/05/2019, n. 11747. La sentenza in questione è particolarmente significativa in quanto affronta la seguente di «massima di particolare importanza, concernente la individuazione del discrimine tra grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile ed attività interpretativa insindacabile, sulla base della L. n. 117 del 1988, art. 2, comma 3, lett. a) (nel testo previgente alla modifica della L. n. 18 del 2015), con specifico riferimento alla ipotesi della violazione di norma di diritto in relazione al significato ad essa attribuito da orientamenti giurisprudenziali da ritenere consolidati»; più precisamente la questione è: «Se, in presenza di norme di diritto che non presentano equivoci od incertezze alcuni, in considerazione dei principi di diritto costantemente ribaditi da oltre sessanta anni dalla Corte di legittimità e della consolidata ed univoca interpretazione delle norme indicate in materia di liquidazione del debito risarcitorio derivante da illecito aquiliano, il diverso trattamento riservato dalla sentenza di legittimità ad un debito risarcitorio, di natura patrimoniale, derivante da illecito aquiliano (omessa attualizzazione ed applicazione degli interessi legali dalla data della domanda), possa ex se ritenersi attratto nell'ambito della “attività interpretativa delle norme” – intesa come ricerca ed attribuzione di significato prescrittivo all'enunciato ricavabile dai lemmi e dai sintagmi delle disposizioni lette singolarmente, in relazione al nesso logico interno alla struttura dell'atto fonte ed alla relazione sistematica con le altre norme dell'ordinamento giuridico – e dunque essere considerata “in senso oggettivo” come attività comunque valutativa la quale – se pure errata od implausibile – ricade nell'ambito della clausola di salvaguardia di cui alla L. n. 117 del 1988, art. 2, comma 2, o invece se il raggiunto livello di consolidamento del significato delle norme applicate in tema di liquidazione del danno patrimoniale derivante da illecito aquiliano (nella materia del danno patrimoniale da occupazione espropriativa: cfr. Corte cass. Sez. U, Sentenza n. 1464 del 26/02/1983; id. Sez. U, Sentenza n. 12546 del 25/11/1992; id. Sez. U, Sentenza n. 494 del 20/01/1998; id. Sez. 1, Sentenza n. 4070 del 20/03/2003; id. Sez. 1, Sentenza n. 19511 del 06/10/2005; id. Sez. 1, Sentenza n. 22923 del 09/10/2013; id. Sez. 2, Sentenza n. 11041 del 28/05/2015; id. Sez. 1, Sentenza n. 18243 del 17/09/2015. Quanto alla liquidazione del lucro cessante con la tecnica degli interessi: Corte cass. Sez.1, Sentenza n. 1814 del 18/02/2000; id. Sez. 1, Sentenza n. 9410 del 21/04/2006; id. Sez. 1, Sentenza n. 9472 del 21/04/2006; id. Sez. 1, Sentenza n. 13585 del 12/06/2006; id. Sez. 1, Sentenza n. 15604 del 09/07/2014; id. Sez. 1, Sentenza n. 18243 del 17/09/2015. Unica contraria l'isolata pronuncia Corte cass. Sez. 1, Sentenza n. 4766 del 03/04/2002 volta ad assimilare nella categoria delle obbligazioni di valuta la indennità di esproprio ed il risarcimento del danno in base al criterio di liquidazione, dalla L. 8 agosto 1992, n. 359, art. 5 bis, comma 7 bis), implichi la necessità, affinché possa operare la clausola di salvaguardia, che il totale distacco del Giudice dalle opzioni interpretative di un indirizzo giurisprudenziale che può definirsi univoco e “cristallizzato”, debba essere connotato, quanto meno, da un evidenziato dubbio applicativo alla fattispecie concreta della norma intesa nel significato ad essa attribuito, ovvero da una rimeditata – non rileva se fondata o meno – soluzione interpretativa, tale per cui la statuizione adottata risulti il portato di una attività valutativa e non di una mera “distrazione” od ignoranza dei principi giurisprudenziali consolidati».

<sup>25</sup> «Del resto, è carattere consustanziale all'esercizio della giurisdizione questa osmosi tra interpretazione della legge e il fatto – la vicenda della vita o, come nel caso in esame, la vicenda del processo – portato dinanzi al giudice, la quale alimenta e dà consistenza alla regola del caso concreto, ossia quella regola che, ove provenga dal giudice della nomofilachia, si pone, nell'ottica valoriale della certezza del diritto e della sicurezza giuridica, a presidio di un trattamento uniforme dei cittadini dinanzi al giudice (quale precipitato immediato del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.) ed è tale da potersi accreditare come “precedente”, ossia come regola “forte” di decisione di casi a venire, elevandosi, dunque, “a criterio e misura della prevedibilità e calcolabilità riguardo alla decisione di controversie future” (Cass., S.U., 28 gennaio 2021, n. 2061)». (Così, Cass. civ., Sez. Unite, Sent., (data ud. 24/05/2022) 11/07/2022, n. 21884).

è legittima e costituzionalmente conforme, e può avere profili innovativi, “propulsivi” e in qualche misura “creativi”, senza che ciò costituisca qualcosa di eversivo rispetto alla legislazione<sup>26</sup>.

(iv) L’intrinseca “creatività” dell’interpretazione giurisprudenziale deve riflettere senso di “misura” e, soprattutto, di “responsabilità” dell’interprete, poiché, al di là delle soggettive convinzioni tecnico-giuridiche dei singoli giudici, i parametri della “giustizia” del processo, intesa come valore tendenzialmente condiviso, devono essere sempre considerati<sup>27</sup>.

(v) Non esistono interpretazioni oggettivamente “corrette”, se non per quanto riguarda il metodo utilizzato per pervenirvi, indipendentemente dai riferimenti assiologici dell’interprete<sup>28</sup>.

(vi) La funzione nomofilattica risponde all’esigenza strutturale di stabilire “punti fermi” o “gerarchie” tra le possibili opzioni ermeneutiche<sup>29</sup>.

(vii) L’art. 65 R.D. Ordinamento giudiziario fornisce un criterio formale ed estrinseco per valutare la “correttezza” di un’interpretazione: l’interpretazione fornita dall’organo preposto al controllo di legittimità delle sentenze di altri giudici (cioè la Corte di Cassazione) deve convenzionalmente essere considerata – se non quella “esatta” – almeno la più “esatta” (possibile) o, se si vuole, la più “corretta” e/o la più “giusta”: l’interpretazione da cui non si può prescindere<sup>30</sup>.

(viii) L’interpretazione fornita dalla Corte di Cassazione (e in particolare dalle Sezioni Unite) va «tendenzialmente intesa come una sorta di oggettivazione convenzionale di significato»<sup>31</sup>.

(ix) La salvaguardia dell’unità e della stabilità dell’interpretazione giudiziale (in particolare quella della Corte di Cassazione e delle Sezioni Unite) è un *criterio legale* d’interpretazione delle norme giuridiche “di assoluto rilievo”<sup>32</sup>.

(x) Devono esservi “buone ragioni” per discostarsi da un’interpretazione precedente (soprattutto della Corte di Cassazione e delle Sezioni Unite), e “ottime ragioni” se si tratta dell’interpretazione di norme processuali (enfasi mie, *n.d.r.*)<sup>33</sup>.

<sup>26</sup> Cfr. ad es. Cass. civ., Sez. Unite, Ord., (data ud. 15/07/2014) 06/11/2014, n. 23675; Cass. civ., Sez. Unite, Sent., (data ud. 01/03/2011) 18/05/2011, n. 10864 e Cass. civ., Sez. Unite, Sent., (data ud. 01/12/2020) 28/01/2021, n. 2061 e i numerosi precedenti ivi citati. Quest’ultima sentenza promuove una concezione dell’attività interpretativa dei giudici in chiave “dichiarativa” (nel senso di «esclusione formale di un’efficacia direttamente creativa»), ma lo “jus dicere” viene concepito «a vocazione [...] “evolutiva”» finalizzato all’«inveramento della norma nella concretezza dell’ordinamento ad opera della giurisprudenza stessa» dovendo sempre l’interprete «tendere lo sguardo attento a cogliere l’emersione di nuove ed effettive esigenze meritevoli di tutela». In relazione alla cosiddetta dottrina del diritto vivente (talora anche indicata nelle pronunce giurisprudenziali: “interpretazione vivente”), si vedano poi le pronunce della Corte costituzionale a partire almeno dal 1974 (la “formula” risale infatti quanto meno alla sentenza n. 286 del 1974): *ex plurimis*, dagli anni Novanta a oggi, v. n. 350/1997, n. 23/2016, n. 122/2017, n. 178/2022, la quale da ultimo ricorda che «in base al costante orientamento» della Corte Costituzionale stessa, «in presenza di un indirizzo giurisprudenziale consolidato, “il giudice a quo, se pure è libero di non uniformarsi e di proporre una sua diversa esegesi, ha, alternativamente, la facoltà di assumere l’interpretazione censurata in termini di ‘diritto vivente’ e di richiederne su tale presupposto il controllo di compatibilità con i parametri costituzionali (*ex plurimis*, sentenze n. 39 del 2018, n. 259 del 2017 e n. 200 del 2016; ordinanza n. 201 del 2015)»». In proposito, richiama le precedenti sentenze n. 95 del 2020 e n. 180 e n. 33 del 2021.

<sup>27</sup> SUCC n. 23675/2014.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> SUCC, n. 23675/2014; SUCC, n. 11747/2019. Secondo la Corte Costituzionale, la dottrina del diritto vivente «risponde ad una esigenza di rispetto del ruolo spettante ai giudici comuni – e segnatamente all’organo giudiziario depositario della funzione di nomofilachia – nell’attività interpretativa: in presenza di un indirizzo giurisprudenziale costante o, comunque, ampiamente condiviso – specie se consacrato in una decisione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione – la Corte costituzionale assume la disposizione censurata nel significato in cui essa attualmente “vive” nell’applicazione giudiziale. [...] pure in presenza di un orientamento giurisprudenziale che abbia acquisito i caratteri del “diritto vivente”, il giudice rimettente ha soltanto la facoltà, e non già l’obbligo di uniformarsi ad esso (sentenza n. 91 del 2004)» (sentenza n. 230/2012). Come noto, questa facoltà non è “libera”, bensì qualificata da un onere di giustificare la opzione alternativa promossa dal giudice che intende discostarsi dal diritto vivente o argomenti a sostegno della incostituzionalità del diritto vivente medesimo.

<sup>30</sup> SUCC, n. 23675/2014; SUCC, n. 11747/2019.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Ibid.*

- (xi) Soprattutto quando si tratta d'interpretazione di norme procedurali, la (previa) conoscenza delle norme e quindi, a monte, la possibilità di fare affidamento su prevedibilità e uniformità dell'interpretazione è «imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di “giustizia” del processo»<sup>34</sup>.
- (xii) L'*overruling* in materia processuale non deve sempre essere evitato o sempre operare per il futuro (c.d. *prospective overruling*), ma impone al giudice di valutare «con estrema attenzione la sussistenza o meno di buone ragioni per il mutamento di un indirizzo giurisprudenziale e, prima ancora, di individuare quali siano le condizioni legittimanti l'evoluzione interpretativa. In proposito non esistono formule matematiche»: è «un problema di equilibrio e misura: di responsabilità»<sup>35</sup>.
- (xiii) «Un *overruling* delle [SUCC] in materia processuale può pertanto essere giustificato solo quando l'interpretazione fornita dal precedente in materia risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa e/o comunque dia luogo (eventualmente anche a seguito di mutamenti intervenuti nella legislazione o nella società) a risultati disfunzionali, irrazionali o “ingiusti”»<sup>36</sup>.
- (xiv) Il giudice è responsabile di un'inescusabile violazione di legge quando la sua decisione esula da una consapevole scelta interpretativa, dando luogo a un'evidente, grossolana e macroscopica violazione della norma applicata, a un'interpretazione della stessa che si discosta da qualsiasi criterio logico, all'adozione di opzioni aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore, alla manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo o, infine, all'invasione dell'interpretazione nell'invenzione o nel libero diritto: questa situazione si verifica quando la scelta interpretativa è “non spiegabile”, vengono ignorate soluzioni giuridiche chiare, certe e indiscutibili, o violati principi elementari del diritto che il giudice non può giustificatamente ignorare<sup>37</sup>.
- (xv) Vi è grave violazione di legge per negligenza inescusabile quando l'errore consiste nell'attribuzione di un significato «impossibile, un non-significato», ovvero un significato «che va oltre ogni possibile significato testuale traibile dalla disposizione. In questo caso si ha una scelta solo formalmente interpretativa, ma talmente svincolata dai parametri normativi da non essere ad essi riconducibile, ovvero da non essere frutto di un processo interpretativo consapevole [...] ma addirittura una scelta aberrante»<sup>38</sup>.
- (xvi) La forza persuasiva dei precedenti è accresciuta dalla non vincolatività e «si fonda sulla autorevolezza del giudice [...] e sulla solidità della linea argomentativa contenuta nella motivazione»<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> *Ibid.* In materia di *overruling*, la posizione delle SUCC è consolidata (cfr. ad es. Cass. civ., Sez. Unite, Ord., (data ud. 07/12/2021) 03/02/2022, n. 3368 che ricorda le precedenti sentenze 12 febbraio 2019, n. 4135 e 11 luglio 2011, n. 15144: «di prospective overruling si può parlare se ricorrono le condizioni ivi indicate, e cioè 1) che si tratti di un mutamento della giurisprudenza su norme regolatrici del processo; 2) che sia un mutamento imprevedibile o inatteso, non configurabile perciò in presenza di persistenti contrasti interpretativi; 3) che il mutamento sia causa di un effetto preclusivo nei confronti della parte (sopravvenuta inammissibilità, improcedibilità, ovvero maturarsi di decadenze o preclusioni), in conseguenza della diversità delle forme e dei termini da osservare sulla base dell'orientamento sopravvenuto alla proposizione del ricorso. [...] alla logica della prospective overruling “è estranea l'ipotesi in cui il nuovo indirizzo giurisprudenziale sia ampliativo di facoltà e poteri processuali e sia la parte ad invocarlo perché più favorevole nei suoi confronti”». Come ricorda anche Cass. civ., Sez. Unite, Sent., (data ud. 07/05/2019) 30/10/2019, n. 27842, il prospective overruling è una regola di giudizio “legittima” finalizzata a «evitare che un atto processuale compiuto da una parte, sebbene conforme al precedente orientamento, sia ritenuto irrituale in base alla nuova regola, con l'effetto di produrre effetti preclusivi incidenti negativamente sul diritto di azione».

<sup>36</sup> SUCC, n. 11747/2019.

<sup>37</sup> Si vedano, ad esempio, Cass. civ., Sez. III, Sent., (data ud. 22/12/2015) 07/04/2016, n. 6791; Cass. civ., Sez. III, Sent., (data ud. 06/11/2012) 05/02/2013, n. 2637; Cass. civ., Sez. III, Sent., (data ud. 18/01/2012) 14/02/2012, n. 2107; Cass. civ., Sez. III, Sent., (data ud. 08/03/2011) 26/05/2011, n. 11593.

<sup>38</sup> SUCC, 03-05-2019, n. 11747.

<sup>39</sup> Cfr. SUCC, n. 11747/2019 nonché SUCC n. 2061/2021 e SUCC n. 21884/2022.

Ciascuna delle affermazioni richiamate meriterebbe approfondimenti, sollevando assai complesse questioni alle quali non è possibile dedicare qui l'attenzione che meriterebbero. È appena il caso di rilevare come la concezione testé illustrata possa rappresentare, per taluni, un *nobile sogno* o apparire, per converso, un *incubo*. Non è né l'uno, né l'altro: è un *fatto reale*. E, come dimostra l'analisi metagiuridica, non è un fatto solo a livello di declamazione. Riflette ciò che i giudici dicono di fare, e ciò che fanno<sup>40</sup>.

In sintesi, senza pretese di esaurire le osservazioni che si potrebbero compiere a margine di quanto sopra esposto, si possono evidenziare quanto meno i seguenti aspetti generali.

a) Sul piano delle fonti del diritto, la giurisprudenza è ancorata alla concezione formale (se vogliamo, tradizionale o spesso attribuita al “positivismo giuridico”): ma, si noti, per ragioni o motivi *assiologici*, cioè in ossequio all'ideale dello Stato di diritto e quindi al modello ideale della separazione dei poteri.

b) Nell'ampio spettro delle teorie dell'interpretazione sviluppate dai teorici del diritto (dal formalismo estremo allo scetticismo estremo, passando per tutte le varie teorie miste sviluppate nel corso dei decenni), i giudici sembrano schierarsi dalla parte di un moderato scetticismo convenzionalista. Si tratta di una sorta di convenzionalismo duale, in cui le convenzioni rilevanti sono sia quelle linguistiche, legate al cosiddetto “significato testuale”<sup>41</sup>, sia quelle legate ai significati autorevolmente attribuiti dai vertici del sistema giudiziario (e, in proposito, è sempre viva e vivace la “lotta”, caso per caso, su chi ha l'ultima voce in capitolo ovvero ha l'autorevolezza di stabilire la interpretazione *più corretta*)<sup>42</sup>.

c) Le teorie delle fonti e dell'interpretazione abbracciate dalle SUCC in parola trovano una possibile spiegazione sul piano teorico, grazie a un affinamento della intuizione della regola di riconoscimento hartiana articolata su due livelli (BURAZIN e RATTI 2021, 137): una regola che ha a che fare con l'identificazione delle fonti normative, che non presuppone l'uso di canoni interpretativi, e l'altra che ha a che fare con la identificazione delle norme, che presuppone l'uso dei canoni interpretativi da parte degli organi dotati di autorità normativa. La distinzione aiuta a spiegare il duplice fatto che spesso vi è generale consonanza tra giuristi e giudici sulle fonti “legittime” e, allo stesso tempo, ampio disaccordo a livello interpretativo-applicativo, cioè sui contenuti del diritto, ossia su cosa sia ricavabile dalle “fonti”. Ciò sembra coincidere con quanto emerge dall'analisi metagiuridica.

d) A livello di interpretazione giuridica e, in particolare, di interpretazione giudiziaria, i significati dei discorsi giuridici dipendono dall'interazione linguistica realizzata dai partecipanti alla pratica giuridica<sup>43</sup>. Gli stessi criteri di correttezza d'uso (che, come si è visto, sono convenzionali) dipendono dall'interazione pratico-linguistica tra i partecipanti, giocando un ruolo fondamentale il contesto specifico a livello di micro-pragmatica. La semantica è determinata in maniera essenziale dalla pragmatica, per quanto l'elemento pragmatico sia poco considerato espressamente dai non teorici.

<sup>40</sup> Sottolinea opportunamente la esigenza di una presa d'atto disincantata di questo “fatto”, esigenza tanto più da rimarcare stanti le usuali sovra-strutture teorico-dottrinali che, con gli occhiali colorati dei propri *desiderata*, fanno leggere – e derubricare a prassi in accezione negativa – la realtà: COMOGLIO 2018, 944.

<sup>41</sup> Nozione che di regola non è precisata: cfr. ad. es. Cass. civ., Sez. Unite, Sent., (data ud. 10/05/2022) 17/05/2022, n. 15889 che cita i precedenti SUCC n. 2061/2021 e n. 24413/2021 secondo cui «l'attività interpretativa, quindi, non può superare i limiti di tolleranza ed elasticità dell'enunciato, ossia del significante testuale della disposizione che ha posto, previamente, il legislatore e dai cui plurimi significati possibili (e non oltre) muove necessariamente la dinamica dell'inveramento della norma nella concretezza dell'ordinamento ad opera della giurisprudenza».

<sup>42</sup> Cfr. ad. es. Cass. civ., Sez. Unite, Sent., (data ud. 09/04/2013) 16/12/2013, n. 27986.

<sup>43</sup> Considerando le caratteristiche dell'ambiente processuale e quanto emerge dalla prassi giudiziaria, risultano particolarmente utili le analisi sulla rilevanza della interazione tra contesto e partecipanti alla pratica nella prospettiva inferenzialista di CANALE, TUZET 2007. Sulla rilevanza della pragmatica rispetto alla interpretazione giudiziale si v. VILLA 2012, spec. 187 ss.

- e) Dalla prassi e dall'analisi metagiuridica emerge che esiste un presupposto condiviso di *correttezza* come ideale da perseguire ed è del tutto contingente e locale che esista una “correttezza” condivisa nei risultati. Si tratta di una *pretesa di correttezza* che è essenziale a livello pragmatico (ZORZETTO 2019), la cui attuazione è inevitabilmente precaria e instabile, poiché l'interpretazione giudiziaria è continua e ciascun caso comunque mai identico (ma al più simile) a ogni altro. L'interpretazione giudiziaria poggia quindi su un ideale di correttezza: ma non c'è accordo sul contenuto di questo ideale, né sulle regole e sui criteri per realizzarlo in modo tale da raggiungere un accordo giudiziario in tutti i casi.
- f) Dal punto di vista interno del giudice, la discrezionalità interpretativa è considerata consustanziale all'attività interpretativa, cioè ineliminabile, ed è ammesso un livello di discrezionalità piuttosto elevato, i cui limiti sono indeterminati con la “creatività”.
- g) Un limite ideale alla discrezionalità/creatività dovrebbe essere il significante inteso come tenore letterale delle parole utilizzate nei testi giuridici, la cui plurivocità, tuttavia, è unanimemente riconosciuta. Come noto, per “significato letterale” si possono intendere e, nella prassi, s'intendono cose diverse (VELLUZZI 2000) e anche i giudici sono solitamente ben consapevoli di questa varietà.
- h) Esistono solo formule generali e assiologicamente connotate per discriminare tra significati possibili/impossibili da ricondurre al significante e quindi per tracciare la linea di demarcazione tra ciò che è interpretazione (discrezionale, se necessario anche creativa, ma in ogni caso ammessa) e ciò che non lo è.
- i) Le teorie, gli strumenti concettuali, ecc. sviluppati in ambito semiotico (e, in special modo, dagli studi di pragmatica giuridica) per comprendere meglio il rapporto tra significante/significato e i legami tra sintassi e semantica/pragmatica, nonché, ad esempio, la vaghezza linguistica e le altre proprietà del linguaggio ordinario e giuridico, non sembrano far parte degli usuali “arnesi del mestiere” dei giudici.
- j) In assenza di coordinate sul funzionamento del linguaggio ordinario e giuridico, la giustificazione espressa – *il motivare, dare ragioni* – delle scelte interpretative è il baluardo “residuale” per districarsi tra ciò che è e ciò che non è consentito.
- k) In questo contesto, il fattore umano ha l'ultima parola: l'ultima vera salvaguardia contro l'arbitrio è il senso di misura e di responsabilità dell'interprete.

## 5. Una variegata famiglia di argomenti

La concezione e ideologia ora delineata non è certamente l'unica esistente, ma è almeno una delle cornici entro cui i giudici fanno uso costante e massiccio dei precedenti giurisprudenziali. Quella che segue è una rassegna meramente illustrativa degli argomenti utilizzati: d'altra parte, mai potrebbe essere esaustiva vista la quantità di decisioni che sono emesse costantemente<sup>44</sup>.

La presentazione non segue un ordine di importanza o frequenza degli usi. La denominazione di ogni argomento serve a fini espositivi ed è convenzionale.

In effetti, i giudici utilizzano e/o citano i precedenti in vari modi, senza esplicitare o nominare gli argomenti giuridici sottesi o darvi un *nomen iuris*<sup>45</sup>. Esistono due eccezioni in proposito: (i)

<sup>44</sup> Si precisa che l'analisi è condotta sui testi delle decisioni nella loro interezza, senza fare riferimento ad alcuna *massima* per i noti problemi che affliggono la “*massimazione*”. Inoltre, tutti i provvedimenti citati lo sono solo in via del tutto esemplificativa essendo innumerevoli i casi citabili in relazione a ciascuno degli usi censiti. A titolo di confronto è interessante la varietà di tecniche praticate dai giudici illustrata da MARSHALL 1996.

<sup>45</sup> Peraltro, avviene sovente che il *nomen iuris* attribuito alla tecnica argomentativa o interpretativa usata non rifletta la sostanza: prova ne sia che si parla di “*analogia diacronica*” per intendere la “*interpretazione evolutiva*” (cfr. ad es. Cass. civ., Sez. Unite, Sent. n. 2061/2021; in proposito si v. l'analisi critica di PINO 2021). Ciò vale a maggior ragione nel campo indeterminato degli argomenti relativi ai precedenti.

la cosiddetta interpretazione adeguatrice, detta anche costituzionalmente conforme, *secundum Constitutionem* o costituzionalmente orientata e simili (la terminologia è varia)<sup>46</sup>; e (ii) la cosiddetta dottrina del diritto vivente (a volte anche altrimenti denominata)<sup>47</sup>. In questa sede non ci si occuperà di queste tecniche argomentative le quali presentano, a loro volta, più varianti e meritano in quanto tali uno studio puntuale.

Nel passare in rassegna gli argomenti censiti nella prassi, beninteso, non s'intende legittimare l'uso. La questione della legittimità di tali argomenti e a quali condizioni, se del caso, essi siano legittimi esula dagli scopi dell'analisi. Vale però per ciascuno di questi argomenti la massima generale applicabile a qualsiasi altro argomento giuridico: ogni argomento giuridico può essere usato bene o male (abusato) e ciò dipende da chi lo usa.

(i) *Argomento del precedente come ratio decidendi*: una specifica *ratio decidendi* viene espressamente richiamata per essere applicata come argomento decisivo e vincolante nella decisione di un caso successivo. Questo sarebbe il “vero” precedente, in cui la stessa *ratio decidendi* è applicata in un caso successivo, che si suppone essere identico o, piuttosto, simile per ciò che è rilevante (e dissimile per ciò che è irrilevante) a quello già deciso. Sia la esistenza di una somiglianza rilevante che la irrilevanza delle differenze non sono sempre argomentate in modo esplicito. Una variante debole di questo argomento è quella secondo cui il riferimento alla precedente *ratio deci-*

<sup>46</sup> A scanso di equivoci, l'interpretazione costituzionalmente orientata non è necessariamente un'interpretazione che si basa sui precedenti della Corte Costituzionale, anche se questo è di fatto il caso più comune. Si ha nella prassi interpretazione costituzionalmente orientata *verso* e *dai* precedenti della Corte Costituzionale. Il riferimento ai precedenti giurisprudenziali anche delle SUCC, ma non solo, assume la forma di linee guida interpretative e argomentative sul rispetto della Costituzione. A titolo di esempio, si possono citare i seguenti:

(i) tra i vari significati possibili, va preferito quello conforme alla Costituzione (Cass. civ., Sez. Unite, Sent., (data ud. 09/04/2013) 16/12/2013, n. 27986);

(ii) tra i vari significati possibili, va privilegiata l'interpretazione più conforme alla Costituzione o più orientata verso di essa (Cass. civ., Sez. V, Ord., (data ud. 12/03/2021) 07/07/2021, n. 19368);

(iii) si presume costituzionalmente illegittima la norma/disposizione di cui non sia possibile rinvenire un significato/interpretazione costituzionalmente conforme (quindi non deve essere applicata e deve essere sollevata questione di costituzionalità; *ex plurimis*, C. Cost. n. 356/1996 e n. 49/2011).

Un discorso a parte che qui non è possibile nemmeno accennare è dato dalle linee guida interpretative-applicative che ruotano attorno alle c.d. sentenze interpretative di rigetto della Corte Costituzionale. Questo “tipo di sentenza” viene comunemente così descritto dalla giurisprudenza (cfr. ad es. Cons. Stato, Sez. VI, 04/01/2021, n. 17): quelle in cui la Corte Costituzionale reinterpreta la norma impugnata, plasmandone il contenuto in termini compatibili con la Carta costituzionale ed evitando, così, una lacuna nell'ordinamento, danno origine a un vincolo per tutti i giudici consistente nel divieto di applicare la norma ritenuta non conforme al parametro costituzionale evocato e scrutinato dalla Corte. Questo tipo di pronuncia non preclude la possibilità di seguire terze interpretazioni ritenute compatibili con la Costituzione, oppure di sollevare nuovamente la questione di legittimità costituzionale della medesima disposizione, eventualmente evocando anche parametri costituzionali diversi da quello precedentemente indicato e scrutinato.

<sup>47</sup> Se il diritto vivente è quello che risulta dall'interpretazione dei giudici, a rigore esso non sarebbe confinato alle sole corti superiori. In pratica, però, la nozione si usa per le pronunce provenienti dai vertici del sistema giudiziario. Nel caso italiano, in via principale: la Corte Costituzionale, la Corte di Cassazione (e le sue Sezioni Unite), il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti, ciascuna secondo le proprie competenze. Da qui i possibili conflitti tra i diritti che “vivono” secondo le diverse Corti. Nella prassi si rinvergono alcune linee guida in materia:

(i) l'applicazione retroattiva delle norme può essere giustificata nella misura in cui si tratta di norme che riconoscono principi che costituiscono diritto vivente (cfr. Cass. civ., Sez. II, Sent., (data ud. 18/11/2020) 12/03/2021, n. 7051);

(ii) il diritto vivente non è necessariamente conforme alla Costituzione, per cui il giudice può discostarsene chiedendo un controllo di compatibilità con i parametri costituzionali (cfr. C. Cost., n. 180/2021 e n. 33/2021);

(iii) se l'azione è pretestuosa perché contraria al diritto vivente e/o alla giurisprudenza consolidata, può costituire un abuso dello strumento processuale (Tribunale Roma Sez. IV Sent., 04/01/2021); per altro verso, la mancanza di precedenti sulla questione controversa costituisce un elemento contro l'accertamento della responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c. (Cass. civ. Sez. Un., Ord. n. 25041 del 16/09/2021, Rv. 662248 - 02).

*dendi* non è decisivo, ma solo un argomento di supporto o concorrente che rafforza la decisione secondo quella *ratio decidendi*, decisione che, tuttavia, si basa anche su altri argomenti<sup>48</sup>.

(ii) *Argomento del precedente come principio di diritto*: una soluzione interpretativa può essere giustificata facendo riferimento a un precedente come principio generale e astratto di diritto, senza dover sviluppare argomenti giuridici propri<sup>49</sup>. A differenza dell'argomento del *precedente come ratio decidendi*, nel caso dell'argomento del *precedente come principio di diritto* non è rilevante che il principio di diritto sia la *ratio decidendi* del caso precedente: il principio di diritto è invocato per la decisione successiva come una regola generale e astratta che vive di vita propria, cioè esiste indipendentemente dal caso in cui è stato deciso per la prima volta o dalla serie di casi in cui è stato ripetutamente applicato. Pur non essendovi alcuna connessione necessaria, può accadere che si ricorra a questo argomento soprattutto quando si stabilisce una certa convergenza all'interno della giurisprudenza per cui il precedente-*ratio decidendi* si emancipa dalle circostanze del caso e è percepito come una regola di decisione a sé stante. Come noto, può accadere che il precedente-principio-di-diritto fosse *ab origine* un *obiter dictum* della decisione in cui fu per primo statuito.

(iii) *Argomento del precedente come autorità*<sup>50</sup>: in questo caso, il riferimento al precedente è, per così dire, più procedurale che sostanziale: conta più chi ha deciso, che non cosa è stato deciso. Questo uso è spesso criticato da coloro che ritengono che la corretta risoluzione dei casi debba dipendere da ciò che viene deciso, non da chi lo decide. A ben vedere, questo argomento non sembra essere particolarmente felice, soprattutto nei sistemi odierni dove i decisori sono molti e le "gerarchie" tra Corti, soprattutto a livello apicale, sono tutt'altro che chiare. In contesti in cui il potere dei diversi organi giudiziari è soggetto a conflitti di potere (*de jure* o *de facto*), un argomento di questo tipo rischia di non essere convincente e addirittura di alimentare disaccordi. Tra l'altro, giustificare una decisione successiva sulla base di un precedente *ex auctoritate* indebolisce la posizione del decisore successivo (che nell'adeguarsi finisce per riconoscere di essere soggetto all'autorità del decisore precedente). Ecco perché questo argomento acquista una certa forza e sembra attraente soprattutto nel caso dell'auto-precedente. In questo caso, infatti, invocare il precedente *ex auctoritate* è anche un modo per (ri)affermare la propria autorità. Il difetto, ovviamente, è che si corre il rischio di un circolo vizioso, poiché l'autorità si appella a sé stessa.

(iv) *Argomento del precedente a simili ad simile*: l'applicazione di un precedente si basa espressamente su un'analogia o, piuttosto, su una somiglianza. Accade che sia esplicitamente spiegato o invocato senza spiegazioni, limitandosi alla formula "per analogia"<sup>51</sup>. È evidente che il solo fatto di giustifica-

<sup>48</sup> Cfr. ad es. Cass. civ., Sez. II, Ord., (data ud. 09/07/2020) 18/08/2021, n. 23108.

<sup>49</sup> Si veda, ad esempio, Cass. civ., Sez. VI - 5, Ord., (data ud. 09/05/2018) 03/07/2018, n. 17403.

<sup>50</sup> Sul tema, per una ricostruzione dal punto di vista interno del contesto esaminato, si veda VALITUTTI 2019. Esula dall'analisi indagare i possibili fondamenti teorici e le giustificazioni etico-politiche dell'istituto del precedente. Nella storia e nella teoria è discusso il nesso tra precedenti e *argumentum ab auctoritate* (ad es. IBBETSON 2016). In linea di principio, si può comunque osservare che il fatto che i giudici siano dotati di autorità normativa di per sé non implica una riduzione degli argomenti basato sui precedenti a versioni dell'argomento *ex o ab auctoritate*.

<sup>51</sup> Si veda, ad esempio, Cass. civ., Sez. V, Ord., (data ud. 28/04/2021) 22/07/2021, n. 21013. Sono condivisibili le riflessioni di NÚÑEZ VAQUERO 2020b, secondo cui i precedenti e l'analogia come forma di interpretazione o ragionamento possono essere combinati in modo contingente. Se la pratica mostra che i precedenti non sono sempre o necessariamente applicati per analogia, non esiste incompatibilità ontologica tra precedente e analogia: non c'è alcun ostacolo empirico, logico o di altro tipo all'applicazione analogica di un precedente. In altre parole, in alcune circostanze esiste una regola del precedente che consiste nell'estensione - per analogia - dell'applicazione di una determinata norma a casi simili. Ma si può affermare solo contingentemente, e non in linea di principio o in termini generali, che la concezione tradizionale della regola del precedente sia la estensione per analogia di una regola particolare a casi simili (SIERRA SOROCKINAS 2020, 77). In ogni caso, come osserva TUZET 2022, si tratta di strumenti concettuali e pratici differenti se si ha cura di distinguere tra analogia quale attività di discernimento di so-

re una decisione successiva sulla base di un precedente richiamato per analogia, senza specificare in cosa consista, è una forma parziale di argomentazione. Se è vero che, confrontando il caso deciso dal precedente e quello da decidere, si può cercare di cogliere quale sarebbe la somiglianza rilevante a base dell'analogia; d'altro canto, la selezione delle somiglianze e delle differenze è un'attività altamente discrezionale, per cui c'è il rischio che l'analogia non esista o sia mal costruita o non comprensibile<sup>52</sup>. In ogni caso, è necessario distinguere tra tre situazioni diverse: (a) l'argomento *a simili*, in cui sulla base di una rilevante somiglianza (e dell'irrilevanza delle differenze) si giustifica la imputazione a un caso non regolamentato (*de iure condito*) le conseguenze giuridiche di un caso simile già regolamentato (dalla legge o da una decisione giurisprudenziale); (b) l'argomento *del precedente per analogia*, in cui l'applicazione nel caso B di un precedente reso nel caso A si giustifica sulla base dell'analogia tra B e A, e (c) la circostanza che, per ogni caso successivo, la scelta tra l'infinito numero di precedenti esistenti viene effettuata anche sulla base della ricerca di analogie rilevanti. Occorre distinguere tra le tre situazioni perché i precedenti non sono né sempre né solo selezionati sulla base della identificazione di somiglianze rilevanti/differenze irrilevanti. È anche falso che l'argomento *a simili* e l'argomento *del precedente per analogia* siano sovrapponibili. Al contrario, come è noto, si discute molto se l'argomento *a simili* sia applicabile o meno quando esiste un precedente applicabile. Secondo alcuni, in questa ipotesi manca la premessa stessa dell'argomento per analogia, perché non c'è una lacuna normativa da colmare.

(v) *Argomento del precedente a fortiori*: il precedente è richiamato e applicato nel caso successivo sulla base dell'assunto che, nella situazione da decidersi, quanto statuito in precedenza si giustifica, appunto, *a fortiori*<sup>53</sup>. Va detto che, raramente, nella prassi si spiega in cosa consista la *più forte ragione* che giustifica la decisione del caso successivo come il precedente. L'argomento *del precedente a fortiori* si avvicina a quello del *precedente ratio decidendi*, ogniqualvolta la ragione sia appunto la *ratio decidendi* del caso già deciso e nel caso successivo da decidersi vale non solo in quanto tale, ma tanto più.

(vi) *Argomento del precedente seriale*: si verifica quando si fa riferimento a una serie di decisioni, senza specificarne il contenuto e senza fornire dettagli sui singoli casi, essendo tutti trattati alla stregua di un caso seriale<sup>54</sup>. Questo uso del precedente merita di essere isolato per la sua specificità. In primo luogo, la sua applicazione presuppone l'esistenza di casi seriali. In secondo luogo, incarna in modo esemplare l'ideale di "economia" che spesso giustifica, anche *de iure condendo*, il ricorso ai precedenti. Un principio di buon senso e una esigenza di risparmio rendono l'argomento "facile" e in generale meno criticato di altri: la ripetizione si considera inutile e antieconomica ogniqualvolta evitabile. Sebbene ogni caso sia unico, nelle situazioni seriali le idiosincrasie vengono perlopiù trascurate, "non viste" sulla scorta della percezione e convinzione che non valga la pena soffermarsi sui particolari. Nelle situazioni seriali, soppesando i pro e i

miglianze/differenze e analogia (*iuris/legis*) quale tecnica di integrazione di lacune giuridiche.

<sup>52</sup> Sul ragionamento analogico e sul suo funzionamento e sulle modalità per ben costruire un'analogia (*iuris/legis*) si veda VELLUZZI 2009 e 2021.

<sup>53</sup> Cfr. ad es. Cass. civ., Sez. II, Sent., (data ud. 07/04/2022) 22/07/2022, n. 22972; Cass. civ., Sez. V, Ord., (data ud. 07/07/2022) 20/07/2022, n. 22815.

<sup>54</sup> Ad esempio, Cass. civ., Sez. V, Ord., (data ud. 28/04/2021) 29/07/2021, n. 21712: «Ai fini della definizione dei motivi di ricorso illustrati si rende necessario un esame del quadro normativo di riferimento come già delineato da questa Corte con decine di statuizioni, peraltro rese in giudizi dei quali erano parti anche taluni attuali ricorrenti, con le quali sono state sostanzialmente risolte le questioni innanzi prospettate anche alla luce del diritto sovranazionale e dei principi costituzionali e le cui motivazioni sono qui espressamente condivise e richiamate ex art. 118 disp. att. c.p.c. (il riferimento è, in particolare, a Cass. sez. 5, 30/03/2021, n. 8757, oltre che, ex plurimis, alle successive ordinanze nn. 8907, 8908, 8909, 8910, 8911, 9079, 9080, 9081, 9144, 9145, 9146, 9147, 9148, 9149, 9151, 9152, 9153, 9160, 9162, 9168, 9176, 9178, 9182, 9516, 9528, 9529, 9530, 9531, 9532, 9533, 9534, 9729, 9730, 9733 e 9735 del 2021)».

contro, il rischio di perdere la specificità delle singole decisioni e dei casi particolari è evidentemente stimato basso, a tutto vantaggio del risparmio di risorse, tempo, sforzo intellettuale, ecc.

(vii) *Argomento del precedente ispiratore*: si riscontra quando si fa riferimento a linee guida, principi che orientano/ispirano il complessivo ragionamento decisionale, per cui una soluzione ermeneutica già raggiunta sulla base di altre motivazioni viene presentata come più conforme, ad esempio, al sistema del giusto processo, sulla base del richiamo ai principi generali che lo governano<sup>55</sup>. Questo uso argomentativo è prossimo all'argomentazione basata sui principi giuridici e il suo interesse risiede proprio in ciò. È utile isolare questo uso anche per far luce sugli intrecci tra argomentazioni che invocano precedenti e che invocano principi giuridici. L'interferenza è manifesta in tutti i casi in cui i principi giuridici invocati non sono espressi e hanno origine in decisioni giurisprudenziali adottate in precedenza. Particolarmente stretta è l'interferenza nel caso dell'argomento/tecnica interpretativa-argomentativa della c.d. interpretazione conforme a Costituzione, in cui rilevano i precedenti giurisprudenziali della Corte Costituzionale e/o delle SUCC che, a loro volta, forniscono una propria lettura della Costituzione. Si tratta spesso di principi inespressi, che si considerano impliciti ne (se non addirittura, in chiave metaforica, "immanenti a") il sistema. Considerato che in tutti i casi si è dinanzi a interpretazioni giurisprudenziali può essere assai labile la distinzione tra precedenti e principi inespressi<sup>56</sup>. La differenza tra "precedente ispiratore" e "precedente come principio di diritto" è che quest'ultimo è un principio-precedente inerente al caso concreto (si riferisce cioè al *thema disputandum* ed è collegato alla fattispecie di cui si discute in causa), mentre il precedente ispiratore serve più che altro a fornire un contesto di fondo indipendente dal caso concreto in discussione. Non causalmente l'*argomento del precedente ispiratore* si riferisce più spesso alle regole del processo o della procedura piuttosto che al merito della controversia. Esso pare assolvere in via prevalente una funzione di generale o complessiva legittimazione della decisione come presa in conformità a diritto (i.e. le regole del (giusto) processo).

(viii) *Argomento del precedente consolidato*: facendo riferimento a una tendenza o a un orientamento giuridico consolidato (che a sua volta può essere inteso in modi diversi), si legittima una soluzione ermeneutica. La esistenza di possibili interpretazioni alternative o contrastanti non viene solitamente discussa in modo esplicito; si invoca – in via generica – la giurisprudenza consolidata, il diritto vivente etc., richiamando espressamente alcune pronunce a titolo esemplificativo<sup>57</sup>. Il precedente non è necessariamente la *ratio decidendi*; può servire da supporto giustificativo e può essere collocato a vari livelli del ragionamento; se necessario, si usa solo come rinforzo del *precedente-ratio decidendi*. Il potere argomentativo e persuasivo è tanto più marcato quanto più i partecipanti alla pratica e i giudici adottano un atteggiamento conformista. Questo argomento viene usato per lo più in senso confermativo, a meno che non si voglia rompere la continuità, nel qual caso il riferimento al precedente consolidato è fatto proprio per farne bersaglio della critica al fine di sostenere una revisione.

(ix) *Argomento del precedente oscuro o fittizio*: ci si appella genericamente a linee guida consolidate, senza fare riferimento a decisioni specifiche<sup>58</sup>. Può anche essere visto come una variante opa-

<sup>55</sup> Cfr. ad es. Cass. civ., Sez. Unite, Sent., (data ud. 03/12/2019) 19/02/2020, n. 4247.

<sup>56</sup> Cfr. ad es. Cass. civ., Sez. V, Ord., (data ud. 25/11/2020) 04/05/2021, n. 11604; Cass. civ., Sez. lavoro, Sent., (data ud. 19/01/2021) 11/05/2021, n. 12424; TAR Lombardia Milano Sez. II, 10/02/2021, n. 374; Corte dei Conti Lazio Sez. contr. delib., 10/09/2020, n. 73.

<sup>57</sup> C. Cost. n. 182/2021.

<sup>58</sup> Cfr. ad es. Cass. civ., Sez. Unite, Sent., (data ud. 06/07/2021) 09/09/2021, n. 24414 nella quale si legge: «In ordine alla esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche il quadro normativo di riferimento è, dunque, debole per la man-

ca dell'argomento del precedente consolidato di cui si è testé detto. In astratto, non si può escludere che si faccia riferimento a un precedente senza fornire alcuna indicazione specifica e senza presentarlo come “giurisprudenza o interpretazione consolidata”. In questo caso, il confine con l'invenzione diventa impalpabile, il precedente ben potendo essere frutto d'invenzione in caso di falsa coscienza dell'interprete o se l'interprete porta all'estremo (oltre il limite consentito) la propria creatività perché mosso, ad esempio, dalle proprie convinzioni politiche o etiche. Il precedente opaco può dipendere anche da un errore o una svista da parte dell'interprete o dalla circostanza che l'interprete persegue interessi personali o di terzi che, appunto, “copre” con il richiamo a precedenti imprecisati.

(x) *Argomento del precedente conservativo*: secondo il quale, di fronte a una pluralità di interpretazioni possibili, si preferisce l'interpretazione sulla base della quale si è formata nel tempo una prassi applicativa stabile e coerente con il funzionamento economico del sistema<sup>59</sup>. Può essere visto come una variante dell'*argomento del precedente consolidato*, ma rispetto a esso ha una particolare connotazione espressiva. È trasparente nei suoi obiettivi, ad esempio per quanto riguarda l'obiettivo di non decidere in modo innovativo. Questo obiettivo conservativo può essere limitato al singolo caso o esteso al sistema giuridico nel suo complesso. La migliore dimostrazione di ciò è l'*overruling prospettico* che innova solo *pro futuro*, ma non nel caso concreto, che viene invece deciso in modo conservativo con aderenza a quanto deciso in precedenza.

(xi) *Argomento del precedente in evoluzione*: si fa riferimento al precedente non per applicarlo direttamente, ma come indicatore di un processo evolutivo in corso che giustifica quindi una variazione ermeneutica nel caso da decidere<sup>60</sup>.

(xii) *Argomento del precedente extra vagantes*: essendo irrilevante ai fini della decisione del caso specifico, vi si fa riferimento per completezza e/o per discostarsene, dimostrando di essere a conoscenza della sua esistenza<sup>61</sup>.

(xiii) *Argomento del precedente ad pompam*: si fa riferimento a un precedente senza che sia rilevante per la decisione del caso, al fine di dimostrare la conoscenza e la preparazione o la “cultura giuridica” del giudice che decide il caso successivo. L'uso di questo argomento è particolarmente comune in alcuni stili argomentativi: ad esempio, nelle cosiddette sentenze-trattato<sup>62</sup>, cioè quelle decisioni in cui i giudici mettono in mostra la loro preparazione giuridica nella materia o in ge-

canza di una previsione legislativa rivolta a disciplinare la fattispecie. L'esposizione del crocifisso non è stabilita da una legge. E tuttavia, le Sezioni Unite non sono sole nell'esame della questione di massima. Per un verso, sono guidate dalla forza peculiare dei principi fondamentali che entrano in gioco, dalla libertà religiosa al principio di laicità nelle sue diverse declinazioni, al pluralismo, al divieto di discriminazioni, alla libertà di insegnamento nella scuola pubblica aperta a tutti. Tali principi, definiti dalla Costituzione italiana, dalle Carte dei diritti e dalle Corti che ne sono gli interpreti, costituiscono la bussola per rinvenire nell'ordinamento la regola per la soluzione del caso. Per altro verso, sono supportate da una fitta rete di precedenti giudiziari e di contributi della dottrina: gli uni rappresentano i sentieri già percorsi dall'esperienza giurisprudenziale per risolvere controversie che presentano elementi di somiglianza, e sono tanto più rilevanti in mancanza di una legge del Parlamento; gli altri offrono la ricostruzione del quadro di sistema e l'elaborazione di linee di prospettiva coerenti con le attese della comunità interpretante».

<sup>59</sup> Si veda, ad esempio, Cass. civ., Sez. lavoro, Sent., (data ud. 03/02/2021) 04/08/2021, n. 22251.

<sup>60</sup> Cass. civ., Sez. V, Ord., (data ud. 16/03/2021) 22/07/2021, n. 20977: ad esempio, si fa riferimento a un precedente un po' più datato per esprimere un giudizio sulla sua erroneità, irrilevanza, ecc.

<sup>61</sup> Cass. civ., Sez. lavoro, Sent., n. 22251/2021.

<sup>62</sup> Da un punto di vista interno, la tendenza è critica nei confronti delle sentenze-trattato: almeno secondo una parte dei giudici dovrebbero essere evitate. Si veda MANCINI 2018. Di fatto, continuano però a essere emanate. Tra i motivi, che di norma non sono espressi, si possono probabilmente ipotizzare i seguenti: la convinzione che sia necessario istruire/educare, il desiderio d'insegnare, eccesso di *ego* o *hybris*, la convinzione che sia un male minore in una situazione che richiede di affrontare – come si suol dire – “di petto” e “a tutto tondo” la questione giuridica in discussione, etc.

nerale, andando oltre quel che serve per la risoluzione del caso. Siccome per definizione in questo caso il precedente non solo non funge da *ratio decidendi*, ma è anche un *quid pluris* rispetto alla catena giustificativa, i *precedenti ad pompam* sono *obiter dicta*.

(xiv) *Argomentazione del precedente dubbio*: il precedente viene evocato solo come punto di partenza per sollevare un dubbio interpretativo-applicativo che dà origine al processo argomentativo del giudice<sup>63</sup>. Come l'argomento del *precedente ad pompam*, anche questo deriva da certi stili argomentativi e serve più per scopi retorici che per dare contenuto al ragionamento giudiziario.

(xv) *Argomento del precedente maggioritario e/o più attuale*: viene utilizzato come criterio decisivo per la scelta di una soluzione interpretativa in presenza di altre possibili soluzioni<sup>64</sup>. Naturalmente, i due fattori (cioè maggioranza e attualità) sono distinti e autonomi. Di fatto, però, trattandosi di fattori graduali, più il precedente è maggioritario e più è attuale, e più questi due fattori sono combinati, maggiore sarà la forza argomentativa-persuasiva.

(xvi) *Argomento del precedente minoritario e/o obsoleto*: si tratta, in un certo senso, dell'*alter ego* o dell'argomento speculare rispetto a quello *sub* (xv). È utilizzato come criterio per discostarsi da una interpretazione che si vuole scartare, considerata non accettabile<sup>65</sup>. Non è per nulla raro l'uso combinato dei due argomenti del *precedente maggioritario/più attuale e minoritario/obsoleto*, il che rende l'argomentazione particolarmente robusta e persuasiva nella prassi. Avendo natura complementare, la combinazione dà infatti l'impressione di un ragionamento giudiziario inattaccabile da ambo i lati.

(xvii) *Argomento del precedente isolato*: rappresenta il polo estremo dei due argomenti precedenti. Quando esiste un solo precedente isolato, o lo si valuta come rilevante/decisivo, o lo si scarta, derivando dall'unicità la mancanza di affidabilità. Ne esistono quindi due varianti: una positiva, che finisce per avere la stessa funzione del *precedente-ratio decidendi*, e una negativa in cui la sua unicità diventa motivo per discostarsene.

(xviii) *Argomento dei precedenti contrastanti*: per giustificare una nuova interpretazione (ed eventualmente un nuovo principio di diritto), si evidenziano le aporie e i conflitti tra i precedenti<sup>66</sup>.

(xix) *Argomento del precedente comparato*: per giustificare una soluzione interpretativa, si fa riferimento alla giurisprudenza di altri ordinamenti giuridici che non sono vincolanti nel contesto giuridico del caso da decidersi, ma vi si fa riferimento per mostrare un orientamento condiviso a livello internazionale, sulla base del fatto che quanto deciso altrove è (i.e. *deve essere considerato*) un esempio<sup>67</sup> o un modello da imitare/"trapiantare". Alla base vi è quindi un *favor* verso quanto deciso dal giudice "estero" e l'idea che la mimesi possa spingersi *ultra moenia*. L'argomento costituisce un fattore per la c.d. circolazione degli istituti e *modelli* giuridici.

(xx) *Argomento del precedente pregiudiziale*: come noto, il sistema giudiziario vigente prevede numerose ipotesi di rinvio pregiudiziale (interpretativo) – ad esempio alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea – che danno luogo a statuizioni di principio che si ritengono vincolanti; per quanto gli esatti contorni della vincolatività siano anche in questo caso discussi riproponendosi il problema del grado di coerenza e della estensione dei principi giurisprudenziali che caratterizza i precedenti, questo ar-

<sup>63</sup> Cass. civ., Sez. V, Ord., (data ud. 22/03/2018) 31/07/2018, n. 20253.

<sup>64</sup> Cass. civ., Sez. V, Ord., (data ud. 27/04/2021) 23/06/2021, n. 17924.

<sup>65</sup> Cass. civ., Sez. VI - 5, Ord., (data ud. 09/02/2021) 24/05/2021, n. 14209.

<sup>66</sup> Cass. civ., Sez. III, Ord., (data ud. 05/10/2018) 04/12/2018, n. 31233.

<sup>67</sup> Si veda, ad esempio, SUCC, n. 24414/2021 e C. Cost., n. 123/2017. Per meglio comprendere i possibili nessi tra argomentazione relativa a precedenti e *argumentum ad exemplum* si v. TARUFFO 1998, 783 ss.

gomento merita comunque di essere isolato sia perché esso poggia su disposizioni normative specifiche, sia perché la sua forza persuasiva dipende anche dalle gerarchie istituzionali/assiologiche che si ritengono sussistenti ai vertici dell'ordinamento giudiziario (ovviamente da intendersi comprensivo delle Corti sovra-nazionali, come la GCUE e la CEDU, o internazionali, come la CIG, riconosciute dal diritto italiano per via dei trattati e delle convenzioni internazionali)<sup>68</sup>.

## 6. Riflessioni a margine

Dall'analisi meta-giurisprudenziale condotta emergono molte e complesse questioni che mal si prestano a conclusioni. Le riflessioni che seguono suoneranno apodittiche, non essendovi qui la possibilità di giustificarle e sono intenzionalmente provocatorie.

(i) I precedenti giurisprudenziali costituiscono una parte ineliminabile dei sistemi giuridici esistenti, anche se la giurisprudenza non è formalmente riconosciuta come fonte del diritto. Indipendentemente dalla nozione di fonte del diritto adottata, la natura vincolante dei precedenti giurisprudenziali non può essere stabilita in astratto e una volta per tutte. Anche se il carattere vincolante dei precedenti giurisprudenziali fosse stabilito in astratto da un principio o da una meta-norma, esso si applicherebbe sempre *ceteris paribus* e *rebus sic stantibus*: si tratterebbe di un principio o di una meta-norma (sull'applicazione) defettibile per natura, da cui ci si può e ci si deve discostare ogniqualvolta si ravvisino ragioni migliori per decidere diversamente. La storia in proposito testimonia una perenne coesistenza e tensione, di natura al fondo politica, tra istanze di particolarismo e generalità (PETRONIO 2020). I precedenti sono come un giano bifronte in cui *stare decisis* (conformità) e *distinguishing* (differenziazione) sono l'uno l'altra faccia (complemento) dell'altro. E il nesso non è meramente contingente: ha un fondamento logico-assiologico nel principio di universalizzabilità. Ciò implica che il *judge made law* sia una variabile contingente nel *quantum*, non nell'*an* (CHIARLONI 2001). In altre parole: a prescindere dal fatto che la giurisprudenza sia formalmente riconosciuta come fonte del diritto, e a prescindere dall'esistenza di una cultura giuridica, ideologia condivisa o legislazione che ne sancisca formalmente la natura vincolante, in qualsiasi sistema giuridico i precedenti sono vincolanti o non vincolanti, più o meno autorevoli *di caso a caso*, a seconda di una pluralità di fattori pragmatici e valutativi.

(ii) Poiché la discrezionalità interpretativa e applicativa è ineliminabile, e ogni caso della vita è *unico* (come insegna la logica, nel diritto *non* si dà *identità*, bensì vi sono diversi gradi di *(dis)eguaglianza* dipendenti dalla *(ir)rilevanza* di *(dis)somiglianze*), le decisioni giudiziarie sono parte ineliminabile dei diritti vigenti: ciò perlomeno per i diritti – come quello italiano e molti dei sistemi contemporanei – in cui si assume una connessione tra il concetto di diritto e di giustizia (*generalità/eguaglianza*)<sup>69</sup>. La giustizia (intesa come *eguaglianza-generalità*) richiede, infatti, che casi simili siano regolati in modo simile e che le differenze tra i casi e il loro trattamento giuridico siano commensurabili e proporzionate e in funzione di ciò giustificate<sup>70</sup>. Ciò implica

<sup>68</sup> Si veda ad es. CGUE, 5 aprile 2016 nella causa C-689/13, *Puligenica vs. Airgest s.p.a.*, in risposta ai quesiti prospettati dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana (C.G.A., 17 ottobre 2013 n. 848) e Cons. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 19; PAJNO 2021.

<sup>69</sup> Ciò non implica, e non s'intende sostenere che vi sia necessaria connessione tra diritto e morale: come noto, la questione non si presta a risposte facili e, anzi, richiede di essere articolata in una pluralità di livelli di analisi essendo la domanda *se vi è connessione tra diritto e morale?* ambigua per più profili che non è qui luogo indagare.

<sup>70</sup> Richiamando la storia: *suum cuique tribuere*. Se i contenuti dei criteri di giustizia sono variabili, la formula esprime però l'ideale della universalizzabilità. È un ideale procedurale perché indica un metodo di decisione, ma ha anche valore logico-assiologico a tre propositi: (i) implica *(dis)eguaglianza*, nella sua duplice dimensione della *somiglianza/differenza*; (ii) sottende quindi una teoria della *(ir)rilevanza* o quantomeno un criterio predeterminato per discriminare tra i particolari

che nessuna decisione, per essere giusta o corretta *secundum ius*, può essere presa nel vuoto, indipendentemente dalla regolamentazione di altri casi. Il contesto, a livello macro- e micro-pragmatico, condiziona il linguaggio giuridico (JORI 2016, 40-41), che è il *medio* del processo decisionale dei giudici e così influisce sugli stili argomentativi. Può condurre ad argomentare dando più peso agli elementi comuni, alla generalità, proporzione, uguaglianza, ecc. (valorizzando le somiglianze) o, al contrario, più a tratti distintivi e/o specifici (evidenziando in genere le differenze). Questo dipende dalla cultura (giuridica) e dalla (P)olitica di fondo: se e quanto i *particolari* (e gli individui) contano (IRTI 2017, 1544-1545).

(iii) La difficoltà di avere un *sistema (ben ordinato)* di precedenti giurisprudenziali dipende quindi da *fattori etico-politici* e (macro- e micro-) pragmatici propri del diritto e del suo linguaggio. È evidente che la nozione di un sistema ben ordinato di precedenti giurisprudenziali è carica di valori e non è affatto neutrale. D'altra parte, serve a sottolineare che quando si parla di precedenti non si pensa a decisioni e scelte *uti singulae*, ma nel loro insieme, e che nessuno è ragionevolmente soddisfatto di un coacervo di precedenti. Naturalmente, il problema sta tutto nel definire in cosa consista questo *buon ordine che fa sistema*. Quando si discute se i precedenti siano vincolanti o persuasivi, se debbano essere l'uno o l'altro e se possano essere l'uno e l'altro, non si chiarisce a sufficienza che la questione così posta, come qualsiasi altro problema riguardante la vincolatività dei precedenti, è in qualche modo mal posta e un falso problema.

(iv) Un diritto vigente caratterizzato da un sistema ordinato di precedenti non è del tutto impossibile dal punto di vista teorico-pragmatico, anche se la sua realizzazione è straordinariamente complessa, non tanto per ragioni tecniche, politiche e valoriali, quanto per un ineliminabile fattore umano. Gli uomini non sono angeli, ricordando una celebre intuizione di HART (2012 [1961], 196).

(v) Evidentemente per avere un diritto (e sistema ben ordinato di precedenti quale sua ineliminabile componente), non è sufficiente declamare valori o principi generali come uguaglianza, certezza, prevedibilità, ragionevole durata, giusto processo, etc.

(vi) D'altra parte, se si ignorano le peculiarità pragmatiche e il *fattore umano* (che si traduce in *personale e individuale responsabilità e deontologia*) anche le riforme normative e i tecnicismi più raffinati non possono che finire per essere inconcludenti e si rivelano inefficaci nei fatti.

(vii) Proprio a *causa de*, e grazie a, il fattore umano, un sistema ordinato di precedenti dipende fondamentalmente dalla prassi stessa; si genera, per così dire, *dal basso*, attraverso la creazione di una cultura giuridica e giudiziaria il più possibile sensibile, acuta, lungimirante e responsabile. Ciò che BOBBIO (1982) scrisse decenni addietro a proposito del *buon legislatore*, vale per i giudici (e ciascuno di *noi*): come ogni istituzione giuridica: i precedenti giudiziari vivono o muoiono in base agli ideali delle persone sulle cui idee, menti e azioni si basa l'istituzione giudiziaria stessa.

(viii) Un sistema ordinato di precedenti è un ideale da perseguire per migliorare la qualità dei sistemi giuridici esistenti. Se si condividono alcuni valori di base, affrontare la regolamentazione dei precedenti giudiziari è un impegno civile e deontologico, ed è perseguibile purché si tenga conto delle caratteristiche pragmatiche del linguaggio giuridico e del diritto, nonché dell'ineliminabile fattore umano che condiziona ogni caso giudiziario e la sua risoluzione in cui

di ciascun individuo; e (iii) implica proporzione nella disuguaglianza. Giustizia non è solo trattamento eguale di casi eguali (in maniera rilevante), ma anche trattamento proporzionalmente diverso dei casi dissimili (in maniera rilevante). Non vi è infatti giustizia nella mera differenziazione: a ciascuna differenza deve corrispondere un trattamento proporzionato allo scostamento dal caso "eguale" di riferimento e da ogni altro caso dissimile da esso.

«si intrecciano [...] indissolubilmente, dimensione conoscitiva e dimensione valutativa» (ZACCARIA 2020, 279).

Sulla base di queste premesse, coltivare gli studi di sociologia giudiziaria non è solo utile, ma appare anche indispensabile per capire come funzionano effettivamente i precedenti. Non è un esercizio “neutrale”; al più può cercare d’essere imparziale (BOBBIO 1958). È, bobbianamente, un atto d’impegno *civile*.

### Riferimenti bibliografici

- ARRIAGADA CÁCERES M.B. 2021. *Las dos caras del precedente vinculante*, in NÚÑEZ Á., ARRIAGADA M.B., HUNTER I. (eds.), *Teoría y práctica del precedente*, Editorial Tirant Lo Blanch, 365 ss.
- BOBBIO N. 1958. *Max Weber e l'imparzialità della scienza*, in «Notiziario Einaudi», 7, 3, 1958, 15 ss.
- BOBBIO N. 1982. *Il buongoverno*, in «Belfagor», 37, 1, 1982, 1 ss.
- BURAZIN L., RATTI G.B. 2021. *Rule(s) of Recognition and Canons of Interpretation*, in CHIASSONI P., SPAIĆ B. (eds.), *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism*, Springer, 123 ss.
- CAIRNS J.W. 2013. *Watson, Walton, and the History of Legal Transplants*, in «Georgia Journal of International & Comparative Law», 41, 2013, 637 ss.
- CANALE D., TUZET G. 2007. *On Legal Inferentialism. Toward a Pragmatics of Semantic Content in Legal Interpretation?*, in «Ratio Juris», 20, 1, 2007, 32 ss.
- CHIARLONI S. 2001. *Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giurisprudenziale*, in «Rivista di diritto processuale», 56, 3, 2001, 614 ss.
- CHIASSONI P. 2012. *¿Los precedentes civiles son vinculantes?*, in ID., *Desencantos para abogados realistas*, Universidad del Externado, 211 SS.
- CIVITARESE S. 2015. *A European Convergence Towards a Stare Decisis Model?*, in «Revista Digital de Derecho Administrativo», 14, 2015, 173 ss.
- COMOGLIO L.P. 2018. *Riflessioni su rule of law e "precedente" giudiziale*, in «Rivista di diritto processuale», 73, 4-5, 2018, 939 SS.
- HALPÉRIN J.-L. 2009. *The Concept of Law: A Western Transplant?*, in «Theoretical Inquiries in Law», 10, 2009, 333 ss.
- HART H.L.A. 2012. *The Concept of Law*, with introduction by GREEN L., edited by RAZ J., BULLOCH P.A., 3rd revised edition, Clarendon Press. (ed. or. *The Concept of Law*, Clarendon Press, 1961).
- IBBETSON D. 2016. *Authority and Precedent*, in GODFREY M. (ed.), *Law and Authority in British Legal History, 1200–1900*, Cambridge University Press, 60 ss.
- IRTI N. 2017. *Sulla relazione logica di con-formità (precedente e susseguente)*, in «Rivista di diritto processuale», 72, 6, 2017, 1539 ss.
- JORI M. 2016. *Legal Pragmatics*, in CAPONE A., POGGI F. (eds.), *Pragmatics and Law, Philosophical Perspectives*, I, Springer, 33 ss.
- MANCINI L. (ed.). 2018. *Report. L'argomentazione delle decisioni della Cassazione: tra autorevolezza del precedente ed esigenze di semplificazione*, disponibile in: [https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/REPORT\\_ARGOMENTAZIONE\\_DECISIONI\\_CASSAZIONE\\_MANCINI.pdf](https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/REPORT_ARGOMENTAZIONE_DECISIONI_CASSAZIONE_MANCINI.pdf) (consultato il 16.12.2022).
- MARSHALL J. 1996. *Trentatré cose che si possono fare con i precedenti*, in «Ragion pratica», 6, 1996, 29 ss.
- MUFFATO N. 2009. *Resta qualcosa da dire sulla polivocità degli enunciati deontici?*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 9, 2009, 589 ss.
- NÚÑEZ VAQUERO Á. 2020a. *Problemas Abiertos sobre la publicación de los precedentes*, in «Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho», 43, 2020, 104 ss.
- NÚÑEZ VAQUERO Á. 2020b. *La relevancia de los hechos para la interpretación y aplicación (analógica) de precedentes*, in GASCÓN ABELLÁN M., NÚÑEZ VAQUERO Á. (eds.), *La construcción del precedente en el civil law*, Atelier, 81 ss.

- NÚÑEZ VAQUERO Á., ARRIAGADA CACERES, M.B. 2021. *¿Es la aplicación del precedente una condición necesaria de su existencia? Un examen desde la teoría analítica del derecho*, in «Ius et Praxis», 27, 1, 2021, 75 ss.
- PAJNO A. 2021. *Il precedente nel giudizio amministrativo. Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in «Contratto e impresa», 1, 2021, 1 ss.
- PASSANANTE L. 2018. *Il precedente impossibile. Contributo allo studio di diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Giappichelli.
- PETRONIO U. 2020. *Il precedente negli ordinamenti giuridici continentali di antico regime*, in «Rivista di diritto civile», 75, 5, 2020, 849 ss.
- PINO G. 2021. *Interpretazione storico-evolutiva, analogia diacronica, e altri esperimenti di alchimia interpretativa (nota a Cass. SSUU, 28 gennaio 2021, n. 2061)*, in «Il Foro italiano», I, 2021, 871 ss.
- SCHAUER F. 1987. *Precedent*, in «Stanford Law Review», 39, 3, 1987, 571 ss.
- SCHAUER F. 2011. *Precedent*, disponibile in: <https://ssrn.com/abstract=1836384> e <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1836384> (consultato il 16.12.2022).
- SIERRA SOROCKINAS D. 2020. *Un análisis sobre la formación del precedente*, in GASCÓN ABELLÁN M., NÚÑEZ VAQUERO Á. (eds.), *La construcción del precedente en el civil law*, Atelier, 53 ss.
- TARUFFO M. 1998. *Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria*, in GIANFORMAGGIO L., JORI M. (eds.), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, 783 ss.
- TARUFFO M. 2014. *Aspetti del precedente giudiziario*, in «Criminalia», 2014, 37 ss.
- TUZET G. 2022. *Precedent and Analogy*, in «Bocconi Legal Studies Research Paper», No. 3982584, disponibile in: <https://ssrn.com/abstract=4005418> (consultato il 16.12.2022).
- VALITUTTI A. 2019. *Precedente giudiziale e argomento “ex auctoritate”*, in «Rivista di diritto processuale», 74, 2, 2019, 494 ss.
- VELLUZZI V. (ed.) 2000. *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Giappichelli.
- VELLUZZI V. 2009. *Analogia, uguaglianza e giurisprudenza della Corte europea di giustizia*, in «Teoria e Critica della Regolazione Sociale», 2009, 1 ss.
- VELLUZZI V. 2013. *Argomenti interpretativi*, in VILLA V., SCHIAVELLO A., PINO G. (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, 352 ss.
- VELLUZZI V. 2021. *L’analogia giuridica presa sul serio. Osservazioni su Cass., Sez. Un. Penali, 17.3.2021, n. 10831*, in «Criminalia, on-line Discrimen», 2021, 1 ss.
- VILLA V. 2012. *Una teoria pragmaticamente orientata dell’interpretazione giuridica*, Giappichelli.
- ZACCARIA G. 2020. *Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti, decisione robotica*, in «Rivista di diritto civile», 75, 2, 2020, 279 ss.
- ZORZETTO S. 2016. *La legge nel tempo. Un’analisi teorica a partire dalla Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*, in «Rassegna di diritto civile», 2, 2016, 624 ss.
- ZORZETTO S. 2019. *Jueces, juristas y pretensión de corrección. Algunas consideraciones de pragmática jurídica*, in E. SOTOMAYOR TRELLES (ed.), *La teoría y filosofía del derecho en el estado constitucional: problemas fundamentales*, Zela, 69 ss.
- WALDRON J. 2012. *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*, in «Michigan Law Review», III, 1, 2012, 1 ss.