

# Cassazione penale

direttore scientifico **Domenico Carcano**  
condirettore **Mario D'Andria**  
LVIII - novembre 2018, n° 11

II

20  
18

| **estratto**

PRECEDENTE GIUDIZIALE E MODELLI  
DECISIONALI

*di* **Martina Pollera**

## 541 PRECEDENTE GIUDIZIALE E MODELLI DECISIONALI

### *Precedent and Decision-Making Models*

Individuati i tratti fondamentali che connotano il funzionamento del vincolo del precedente nel sistema inglese, il contributo affronta il problema dei modelli decisionali che valgono a descriverlo. Analizzata la contrapposizione tra il modello di decisione “basato su regole” e quello “particolarista”, si giunge all'accoglimento di una possibile soluzione intermedia, che li assume entrambi capaci di cogliere aspetti caratterizzanti del processo decisionale di *common law*.

*Having identified the fundamental traits that characterize binding precedent in the English model, this contribution deals with the problem of the decision-making models that describe it. Acceptance of a possible intermediate solution can be reached following an analysis of the contrast between the “rule-based” models and the “particularist” ones, which assumes both of them are capable of presenting characteristics of the common law decision-making process.*

di **Martina Pollera**

*Dottoranda di ricerca in Diritto Processuale penale - Sapienza Università di Roma*

**Sommario** 1. Il precedente giudiziale: uno sguardo d'insieme. — 2. Il precedente giudiziale nel sistema inglese. — 3. Il problema della *ratio decidendi* e la giustificazione della decisione come possibile soluzione. — 4. Le eccezioni al vincolo del precedente. — 4.1. *Overruling*. — 4.2. *Distinguishing*. — 5. Modelli decisionali a confronto. — 5.1. Il precedente e il modello decisionale “basato su regole”. — 5.2. Il precedente e il modello decisionale “caso per caso”. — 5.3. Un punto di incontro.

### 1. IL PRECEDENTE GIUDIZIALE: UNO SGUARDO D'INSIEME

Il “precedente giudiziale” può essere definito come «la decisione di un caso concreto da parte di un giudice, invocata da un altro giudice come ragione per decidere un caso successivo al primo»<sup>(1)</sup>.

Tale nozione descrive il “precedente” tanto nei modelli di *common law*<sup>(2)</sup>, cui tradizionalmente si ricollega la dottrina del precedente *vincolante*, quanto in quelli di *civil law*, cui si fa corrispondere l'idea di un precedente solo *persuasivo*<sup>(3)</sup>. Le due tradizioni giuridiche si diffe-

<sup>(1)</sup> BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico: il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Quaderni Fiorentini*, 2015, I, p. 70.

<sup>(2)</sup> Il termine *common law* è poliedrico, poiché viene impiegato comunemente per descrivere situazioni tra loro differenti. L'espressione è anzitutto utilizzata per indicare quella parte del diritto inglese la cui elaborazione – in epoca precedente ai *Judicature Acts* (1873-1875) – venne svolta dalle corti di *common law* (*Court of Exchequer*; *Court of Common Pleas*; *Court of King's Bench*). In secondo luogo, la locuzione “*common law*” indica quella parte di diritto inglese “non scritto”, che si contrappone generalmente alla cd. *statute law*. Ancora, “*common law*” significa «diritto comune» dell'Inghilterra, distinto da quello locale. Infine, con l'espressione “*common law*” si allude al sistema di diritto nel suo insieme, che viene distinto da quello di *civil law*. Sul tema v. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese*, Giuffrè, 1981, p. 65 ss.

<sup>(3)</sup> BARBERIS, *Contro il creazionismo*, cit. p. 70 s.

renziano su un piano diverso ed ulteriore: quello del *ruolo* che il precedente svolge nella decisione giudiziale. Mentre il richiamo al precedente *vincolante* negli ordinamenti di *common law* è di per sé sufficiente a fornire la giustificazione della sentenza <sup>(4)</sup>, il riferimento ad un precedente meramente *persuasivo* negli ordinamenti di *civil law* non assolve l'obbligo di motivazione, poiché qui il fondamento della decisione è sempre una norma legislativa <sup>(5)</sup>.

Il tema è strettamente connesso con quello delle fonti del diritto. La differenza, infatti, si spiega in ragione del fatto che solo nei sistemi di *common law* il precedente è fonte di diritto positivo e, perciò, «parla con l'autorevolezza e la forza che gli deriva da questa qualità» <sup>(6)</sup>; nei paesi dell'Europa continentale, di contro, il precedente – *i.e.* la giurisprudenza <sup>(7)</sup> – non assume la stessa valenza, rappresentando piuttosto uno «strumento ausiliario per l'interpretazione della legge» <sup>(8)</sup>. Perciò, mentre il precedente vincolante di *common law* è il «materiale sul quale [...] *deve* essere fondata» una decisione, il precedente persuasivo di *civil law* è il materiale sul quale la stessa decisione al più «*può*» essere fondata <sup>(9)</sup>.

Un precedente si dice *persuasivo* quando il giudice successivo è libero di decidere in modo indipendente da quanto è stato statuito nel passato. Naturalmente, ciò non significa che il contesto giurisprudenziale in cui il caso si cala sia privo di rilievo: esso senz'altro costituisce una "ragione" – che sottende esigenze di uguaglianza e di tutela dell'affidamento ingenerato –

---

(4) TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Ed. scientifica, 2007, p. 14.

(5) BARBERIS, *Contro il creazionismo*, cit., p. 71.

(6) SALMOND, *Theory of Judicial Precedents*, in *Law Quarterly Review*, vol. 16, 1900, p. 376 s.

(7) La nozione di "giurisprudenza" deve essere tenuta distinta da quella di "precedente". Tra le due corre anzitutto una differenza di tipo quantitativo: «quando si parla di *precedente* si fa solitamente riferimento ad una *decisione* relativa ad un caso particolare, mentre quando si parla della *giurisprudenza* si fa solitamente riferimento ad una *pluralità*, spesso assai ampia, di decisioni relative a vari e diversi casi concreti». Ma la distinzione non è solo di tipo semantico: «il fatto è che nei sistemi che si fondano tradizionalmente e tipicamente sul precedente, di solito la decisione che si assume come precedente è una sola; al più, poche decisioni successive vengono citate a sostegno del precedente. In questo modo, è facile identificare quale decisione davvero "fa precedente". Invece, nei sistemi – come il nostro – in cui si richiama la giurisprudenza, si fa riferimento solitamente a molte decisioni: talvolta sono dozzine o addirittura centinaia, anche se non tutte vengono espressamente citate. Ciò implica varie conseguenze, tra cui la difficoltà – spesso difficilmente superabile – di stabilire quale sia la decisione che davvero è rilevante (se ve n'è una) oppure di decidere quante decisioni occorrono perché si possa dire che esiste una giurisprudenza relativa ad una determinata interpretazione di una norma. Peraltro, come spesso accade, la quantità condiziona la qualità, il che porta appunto ad individuare una differenza *qualitativa* tra precedente e giurisprudenza». In termini v. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 12 ss.

(8) PIZZORUSSO, *Stare decisis e Corte costituzionale*, in *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di Treves, Utet, 1971, p. 31.

(9) In termini, THOMPSON, *Il precedente giudiziario nel diritto costituzionale inglese*, in *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di Treves, Utet, 1971, p. 176. La distinzione delineata consente di qualificare variamente il precedente, a seconda del sistema che si assuma a riferimento. In qualsiasi sistema giuridico, si possono distinguere tre tipologie di argomenti giustificativi della decisione giudiziale: *i*) gli "argomenti obbligatori" (*must*), i quali *devono* essere impiegati in qualsiasi decisione; *ii*) gli "argomenti consentiti" (*may*), i quali *possono* essere utilizzati, ma non devono esserlo necessariamente; *iii*) gli "argomenti non consentiti" (*may not*), i quali non possono essere utilizzati significativamente (v. WROBLESKI, *Il precedente nei sistemi di «civil law»*, in *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, a cura di Visentini, Cedam, 1988, p. 27). Il precedente giudiziale, allora, costituisce un "argomento obbligatorio" nei sistemi di *common law*, poiché, se esiste, esso *deve* essere impiegato nella decisione; è invece solo un "argomento consentito" nei sistemi di *civil law*, in quanto, seppur di regola impiegato, esso non costituisce elemento essenziale della decisione.

in favore della soluzione analoga a quella assunta antecedentemente, in una situazione simile <sup>(10)</sup>.

Tale “ragione” tuttavia può essere liberamente soppesata per essere, infine, ritenuta recessiva rispetto a quelle che, nel merito, suggeriscono una conclusione diversa, con la conseguenza che il giudice è libero di discostarsi da quanto affermato nella decisione pregressa <sup>(11)</sup>.

Il precedente è invece *vincolante* quando il giudice che ravvisi una similitudine tra il caso attuale e quello antecedente ha l’obbligo di decidere il primo in modo “coerente” con il secondo <sup>(12)</sup>. L’essenza del vincolo si coglie appieno quando il giudice attuale, stando alle valutazioni di merito, avrebbe accolto una decisione diversa da quella che gli è imposta dal precedente <sup>(13)</sup>. In una simile ipotesi invero è proprio la natura vincolante del precedente giudiziale a prescrivere l’adozione di una soluzione analoga a quella passata, privando di rilievo ogni considerazione ulteriore <sup>(14)</sup>.

Il vincolo, insomma, colto nel suo tratto distintivo, implica che il precedente debba essere seguito in quanto tale, e non per ciò che in esso è affermato <sup>(15)</sup>: il giudice non può discostarsene per ragioni di carattere sostanziale e rimane obbligato ad applicarlo malgrado lo reputi errato <sup>(16)</sup>.

La differenza tra efficacia persuasiva e vincolante, in sostanza, può essere efficacemente descritta ricorrendo alla contrapposizione di due situazioni: quella in cui si «*impara* dal passato» e quella in cui ci si «*conforma* al passato» <sup>(17)</sup>. Quando utilizza un precedente persuasivo, il giudice non fa altro che convincersi che la decisione precedente è una decisione corretta, da cui è possibile ricavare un insegnamento, in ossequio al quale decidere il caso attuale: egli trae utilità da un’esperienza pregressa, *imparando* da essa. Quando invece il precedente è vincolante, il giudice si limita ad obbedire ad una decisione passata, solo e soltanto in ragione della sua autorità, a prescindere da qualsivoglia considerazione circa la correttezza del ragionamento in essa contenuto: egli si *conforma* al passato.

<sup>(10)</sup> ALEXANDER, *Constrained by precedent*, in *The Philosophy of Law*, Schauer-Sinnott-Armstrong, Harcourt Brace College Publisher, 1996, p. 166.

<sup>(11)</sup> *Ivi*, p. 167, il quale afferma: «*even if the subsequent court [...] believes the precedent case was decided incorrectly because the balance of reasons favored the losing party, the constrained court might believe that the new reasons generated by the precedent decision tip the balance in favour of the party who would have lost had the constrained court decided the precedent case*».

<sup>(12)</sup> Sulla “coerenza” quale contenuto del vincolo imposto dal precedente v. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Giappichelli, 2001, p. 95.

<sup>(13)</sup> CHIARLONI, *Efficacia del precedente e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, in *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, a cura di Visentini, Cedam, 1988, p. 65 s. Analogamente cfr. SUMMERS, *La natura fondamentale di un sistema di precedenti giudiziari e il suo carattere formale*, in *Ragion pratica*, 6, 1996, p. 47.

<sup>(14)</sup> CROSS – HARRIS, *Precedent in English Law*, Clarendon Press, 1991, p. 40 s., in cui si legge: «*if the judge in a later case is bound by the precedent according to the English doctrine of stare decisis, he must be apply the earlier ratio decidendi however much he disapproved of it, unless, to use the words of Lord Reid, he considers that the two cases are “reasonably distinguishable”*».

<sup>(15)</sup> SUMMERS, *La natura*, cit., p. 47.

<sup>(16)</sup> *Ibidem*; nonché CHIARLONI, *Efficacia*, cit., p. 47, il quale riferendosi al vincolo del precedente cui sono soggette le corti di primo grado e le corti d’appello intermedie negli Stati Uniti osserva che «la teoria prevede che i precedenti decisi dalla Corte suprema debbano essere seguiti non per la qualità del loro contenuto, ma in virtù della loro fonte autoritativa, individuando così un criterio meramente formale».

<sup>(17)</sup> Così SCHAUER, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, Carocci ed., 2016, p. 77 ss., secondo cui, in questo modo, il precedente vincolato finisce con l’obbligare «i giudici ad assumere delle decisioni diverse da quelle che avrebbero preso, secondo il loro miglior giudizio, se il precedente non fosse esistito» (p. 80).

Tuttavia, la decisa bipartizione – precedente *strettamente vincolante* e precedente *meramente persuasivo* – non è esauriente; essa infatti finisce per trascurare una serie di soluzioni intermedie, in cui la forza del precedente giudiziale si manifesta in stati di diversa intensità e natura <sup>(18)</sup>.

## 2. IL PRECEDENTE GIUDIZIALE NEL SISTEMA INGLESE

Il linguaggio dicotomico impedisce di rappresentare appieno il funzionamento del precedente sia che si confrontino le famiglie di *civil law* e *common law* <sup>(19)</sup>, sia che si restringa l'analisi ad un unico sistema giuridico. In quest'ultima prospettiva, un punto di vista privilegiato è quello dell'ordinamento inglese, in cui tradizionalmente vige il principio del precedente giudiziale vincolante (cd. *stare decisis*) <sup>(20)</sup>. Anche in un simile contesto, infatti, quando si parla di precedente non sempre si intende la stessa cosa; le sfumature sono molteplici e di non indifferente rilevanza.

La prima distinzione da fare è quella attinente al «rapporto che esiste tra l'organo che ha pronunciato la decisione che viene assunta come precedente, e il giudice del caso successivo» <sup>(21)</sup>; tale rapporto può assumere una duplice dimensione: verticale ovvero orizzontale.

Il precedente si dice *verticale* quando vincola il giudice alle decisioni delle corti gerarchicamente superiori; è invece *orizzontale* quando vincola il giudice alle decisioni emesse da organi giudiziari appartenenti al medesimo livello gerarchico <sup>(22)</sup>. All'interno di quest'ultima categoria si annovera poi l'ipotesi particolare del cd. *autoprecedente*, in cui una certa corte risulta vincolata alle *sue stesse* decisioni pregresse <sup>(23)</sup>.

In entrambi i casi, in realtà, si discute dell'effetto che un precedente giudiziale esercita sulla decisione di una controversia attuale, simile a quella già decisa. Ciò nonostante, distinguere a seconda della dimensione assunta dall'efficacia del vincolo conserva una precisa rilevanza: su un piano teorico, consente l'emersione del diverso fondamento su cui poggiano le dimensioni del precedente; su un piano pratico, poi, mostra il differente grado di intensità della loro efficacia.

---

<sup>(18)</sup> CHIASSONI, *Il fascino discreto della «common law»*, in *I metodi della giustizia civile*, a cura di M. Bessone – E. Silvestri – M. Taruffo, Cedam, 2000, p. 22; TARUFFO, *Note sparse sul precedente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, p. 118. Per una classificazione dei diversi gradi di efficacia del precedente v. ID., *Per un'analisi comparata del precedente giudiziario*, in *Ragion pratica*, 1996, p. 60 ss.

<sup>(19)</sup> Sulla distinzione tra *common law* e *civil law* e sul progressivo avvicinamento dei due modelli v. BARBERIS, *Europa del diritto*, Il Mulino, 2008, p. 93; CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in CARLEO (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato*, Il Mulino, 2018, p. 33 s.; GORLA, *Unificazione «legislativa» e unificazione «giurisprudenziale»*, in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, 1981, p. 651 ss.

<sup>(20)</sup> La locuzione latina originaria è «*stare decisis et quia non movere*», con la quale si descrive il principio di inerzia (cfr. BARBERIS, *Europa*, cit., p. 103; PERELMAN, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, 2013, p. 115 s.).

<sup>(21)</sup> Con il termine *direzione* si indica «il rapporto che esiste tra l'organo che ha pronunciato la decisione che viene assunta come precedente, e il giudice del caso successivo», TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 26.

<sup>(22)</sup> In particolare, con riguardo al precedente verticale bisogna ulteriormente distinguere tra «rilevanza verticale discendente» e «rilevanza verticale ascendente». La locuzione «rilevanza verticale discendente» descrive l'ipotesi in cui del precedente deve tener conto il giudice di un ufficio giudiziario sotto-ordinato rispetto al giudice che lo ha formulato. Viceversa, con il termine «rilevanza verticale ascendente», si richiama il caso in cui del precedente deve tener conto il giudice di un ufficio giudiziario sovra-ordinato rispetto a quello che lo ha emesso. Per tale specificazione, v. CHIASSONI, *Il fascino*, cit., p. 15 s.

<sup>(23)</sup> TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 28.

Guardando al fondamento teorico, il precedente vincolante si giustifica tramite il criterio di “giustizia sostanziale”: «casi uguali devono essere decisi in modo uguale, e casi diversi in modo diverso»<sup>(24)</sup>.

Il vincolo verticale può però spiegarsi anche con un argomento ulteriore. A ben vedere, infatti, esso riflette la precisa struttura gerarchica che connota il sistema giurisdizionale<sup>(25)</sup>: la corte sovraordinata ha il potere di imporre la sua decisione alle corti inferiori<sup>(26)</sup>. La forza del precedente si fonda pertanto «sull'autorità e sull'autorevolezza» connesse alla collocazione gerarchica dell'organo che ha emanato la decisione<sup>(27)</sup>: le sentenze delle corti che occupano una posizione sovraordinata sono vincolanti per i tribunali sottordinati<sup>(28)</sup>, così che la forza della decisione risiede soltanto nell'*organo giudiziario* che la emette<sup>(29)</sup>.

Lo stesso argomento, naturalmente, non può essere impiegato per spiegare il vincolo orizzontale, non sussistendo tra organi appartenenti allo stesso livello gerarchico una differenza di autorità, né di autorevolezza<sup>(30)</sup>. La ragione per cui un giudice deve ritenersi vincolato ai suoi stessi precedenti rimane quindi il criterio di “giustizia formale”, cui si accompagna la necessità di assicurare la certezza del diritto e la stabilità del sistema<sup>(31)</sup>. La tutela di simili valori, infatti, nei paesi di *common law*<sup>(32)</sup>, viene demandata pressoché esclusivamente al funzionamento del vincolo del precedente<sup>(33)</sup>. Ed è per questa ragione che il vincolo orizzontale storicamente ha interessato solo le decisioni delle corti superiori, le quali, attraverso la loro giurisprudenza, fissano le norme di *common law*<sup>(34)</sup>.

<sup>(24)</sup> LYONS, *Formal Justice and Judicial Precedent*, in *Vanderbilt Law Review*, 1985, p. 495 ss. Sul concetto di “giustizia formale” v. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, 2017, p. 70 ss.

<sup>(25)</sup> MATTEI, *Il modello di common law*, Giappichelli, 2014, p. 148.

<sup>(26)</sup> L'organizzazione piramidale in Inghilterra fu istituita con i *Judicature Acts* solo nel 1873. Al contrario nelle colonie le Corti furono immediatamente organizzate secondo una struttura gerarchica, poiché tale legame subordinato alle istituzioni della madrepatria «appariva in *rerum natura*» (Id., *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. d. priv.*, vol. XIV, Utet, 1996, § 3, nt. 9).

<sup>(27)</sup> TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 26, il qual nota come tanto più sia elevato il livello della Corte che emana il precedente, tanto più autorevoli risultino le sue decisioni.

<sup>(28)</sup> Id., *Dimensioni del precedente*, in *Studi in memoria di Gino Gorla*, Giuffrè, 1994, p. 388.

<sup>(29)</sup> CRISCUOLI, *Introduzione*, cit., p. 345.

<sup>(30)</sup> TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 27 s.

<sup>(31)</sup> GREENAWALT, *Statutory and Common Law Interpretation*, Oxford University Press, 2013, p. 184, per cui «two possible basis for a doctrine of precedent do figure in some other kinds of evaluative reasoning. One is that people should be treated equally, and, thus, those in a comparable positions should receive the same treatment, even if an initial decision about treatment was somewhat misguided». In senso critico, v. le considerazioni di BENEDITT, *The Rule of Precedent*, in *Precedent in Law*, Goldstein, Clarendon Press, 1987, p. 90, il quale sottolinea come il vincolo del precedente dica qualcosa di diverso rispetto a quanto statuito dal criterio di giustizia sostanziale. Quest'ultimo afferma che se due casi sono simili e vengono trattati in modo diverso, allora uno dei due è stato risolto in modo errato e una parte è stata trattata ingiustamente. Il vincolo del precedente aggiunge invece un elemento ulteriore, precisando che se due casi simili sono trattati in modo diverso allora la seconda decisione è sbagliata, e la parte soccombente in quella decisione è stata trattata ingiustamente. Ciò, naturalmente, non significa che il principio di giustizia non abbia nulla a che vedere con il vincolo del precedente; il punto piuttosto è che il vincolo del precedente non è implicito nel principio di giustizia formale, per cui i casi simili devono essere decisi allo stesso modo.

<sup>(32)</sup> In essi, il riferimento è segnatamente nelle aree governate dal diritto giurisprudenziale (*common law*). Sui diversi significati che può assumere l'espressione “*common law*” v. nt. 2.

<sup>(33)</sup> SCHAUER – SINNOTT-ARMSTRONG, *Legal Reasoning. Introduction*, in *The Philosophy of Law*, Harcourt Brace College Publisher, 1996, p. 161, in cui si afferma: «in common law jurisdictions, however, there is no fixed code, and stability comes from the principle that judges are expected to follow precedent – they are expected to decide cases in the same way that previous judges have decided them, even if they themselves disagree with those decisions».

<sup>(34)</sup> Cfr. MATTEI, *Precedente giudiziario*, cit., p. 149.

Su un piano prettamente pratico, poi, le differenze tra precedente verticale e orizzontale assumono rilievo se si considera l'intensità del vincolo.

Che nel sistema inglese il precedente abbia un'efficacia strettamente vincolante per la decisione di un caso simile posteriore è senz'altro vero, se si guarda al precedente verticale: ogni corte è vincolata alle decisioni di quelle sovraordinate e, in ultima istanza, alle decisioni della *Supreme Court* <sup>(35)</sup>; sicché queste ultime risultano vincolanti per ciascuna delle altre corti (*Court of Appeal; High Court; Crown Court; Magistrates' Court*). Qui, l'efficacia vincolante è da intendersi propriamente tale, operando nel suo maggior grado di intensità: le corti inferiori sono chiamate ad applicare il precedente anche quando ritengano il caso attuale tale da meritare una soluzione differente <sup>(36)</sup>. I giudici, in questo caso, si *conformano* al passato, lasciando che il principio di "giustizia formale" prevalga su quello di "giustizia sostanziale".

Lo stesso non può dirsi invece per il vincolo orizzontale: esso opera generalmente a livello delle corti superiori con gradi di intensità che variano, a seconda dell'epoca storica e della corte di riferimento.

Nell'ordinamento inglese il vincolo orizzontale è stato sancito espressamente, e affermato autoritativamente, solo nella seconda metà dell'Ottocento, nella celebre decisione della *House of Lords, Beamish v. Beamish* (1861). I giudici erano chiamati a decidere della validità di un matrimonio presbiteriano, a fronte di un precedente emesso dalla medesima *House of Lords*, il quale si era espresso nel senso della sua invalidità. Il punto interessante è che, pur mostrando disapprovazione per la regola affermata nel precedente, la *House of Lords* ne fece applicazione, affermando di ritenersi vincolata a quanto statuito in passato <sup>(37)</sup>. In particolare, nella sua *opinion*, *Lord Campbell* asserì che il diritto enunciato nella *ratio decidendi* doveva essere considerato vincolante non solo per tutte le corti inferiori, ma anche per la stessa *House of Lords*, la quale altrimenti si sarebbe arrogata il diritto di alterare lo stato delle cose e di legiferare con autonoma autorità <sup>(38)</sup>. Fu così che anche per il supremo organo giurisdizionale la pratica del seguire i propri precedenti divenne obbligatoria.

---

<sup>(35)</sup> La *Supreme Court* dal 2005 si sostituisce alla *House of Lords* quale organo giurisdizionale supremo del Regno Unito. Il *Constitutional Reform Act 2005*, § 3, art. 40 statuisce infatti che «*The Supreme Court is a superior court of record*», con la conseguenza che ad essa sono trasferite, tra l'altro, le funzioni giurisdizionali svolte fino a quel momento dalla *House of Lords*.

<sup>(36)</sup> È salva, comunque, la soluzione del *distinguishing*, per cui v. *infra* § 4.2.

<sup>(37)</sup> Nel caso *R v. Mills* (1844), senza molte autorità precedenti, la *House of Lords* aveva affermato che in Inghilterra e in Irlanda, per il *common law*, la presenza di un sacerdote celebrante fosse un elemento necessario per la validità del matrimonio, precisando altresì che, in sua assenza, l'appartenenza dello sposo ad un ordine sacro doveva considerarsi circostanza irrilevante. I giudici perciò avevano concluso che il matrimonio presbiteriano irlandese dovesse intendersi nullo. La *House of Lords* si trovò a decidere della validità di un matrimonio presbiteriano, in cui però lo sposo era appartenente all'ordine sacro. Poiché in *R v. Mills* i giudici avevano dichiarato indispensabile, ai fini della validità dell'unione, la presenza di un *celebrante* appartenente all'ordine sacro, la *House of Lords* fece applicazione del precedente, dichiarando nullo il matrimonio.

<sup>(38)</sup> Il discorso di *Lord Campbell*, nella decisione *Beamish v. Beamish* (1861) recitava: «*if it were competent to me, I would now ask your Lordships to reconsider the doctrine laid down in R v. Mills, particularly as the judges who were then consulted complained of being hurried into giving an opinion without due time for deliberation, and the members of this House who heard the argument, and voted on the question "that the judgment appealed against be reversed" were equally divided; so that judgment which decided the marriage by a Presbyterian clergyman of a man and woman, who both belonged to his religious persuasion, who both believed that they were contracting lawful matrimony, who had lived together as husband and wife, to be a nullity, was only pronounced on the technical rule of*

Una simile soluzione, tuttavia, non andò esente da critiche; l'estrema rigidità del vincolo, in questo caso, non sembrava garantire un serio equilibrio tra il criterio di "giustizia formale" e quello di "giustizia sostanziale". Stando così le cose, infatti, la *House of Lords* non sarebbe stata in grado di rispondere opportunamente laddove si fosse presentata l'esigenza di modificare un precedente "ingiusto" ovvero un precedente divenuto tale alla luce dell'evolversi della realtà sociale; l'unica via possibile in tali casi rimaneva quella dell'intervento legislativo<sup>(39)</sup>. Insomma, l'affermazione di un vincolo del precedente così rigido a livello della corte suprema avrebbe finito, da un lato, per avallare l'affermazione di precedenti ingiusti e, dall'altro, per favorire un eccessivo restringimento del regolare sviluppo del diritto. Ben presto le affermazioni contenute nella decisione *Beamish v. Beamish* vennero perciò superate.

Con il celebre *Practice Statement* del 1966, la *House of Lords*, pur dichiarando di rimanere vincolata ai suoi precedenti, ammise di potersene discostare ogni qualvolta avesse ritenuto giusto farlo<sup>(40)</sup>.

Ancora oggi, l'opportunità di decidere in senso difforme dal precedente è percorribile in una serie di situazioni tra loro eterogenee, aprioristicamente non definite: senz'altro quando il precedente sia considerato erroneo, ma altresì quando il superamento dello stesso risulti necessario ai fini di una corretta decisione del caso concreto, ovvero semplicemente funzionale a garantire l'evoluzione del diritto nazionale<sup>(41)</sup>.

Un vincolo orizzontale più rigido, invece, continua ad esistere per la *Court of Appeal (Civil Division)*: di regola la Corte è obbligata ad applicare i propri precedenti, sebbene siano ammesse delle eccezioni in casi tassativi<sup>(42)</sup>. In particolare: (i) quando vi sia conflitto tra due sentenze, entrambe emesse dalla stessa *Court of Appeal*, quest'ultima può decidere quale tra

---

*equal, semper praesumitur pro negante. But it is my duty to say that your Lordship are bound by this decision as much as if it had been pronounced nemine dissentiente, and that the rule of law which your Lordship lay down as the ground of your judgment, sitting judicially, as the last and supreme Court of Appeal for this Empire, must be taken for law till altered by an act of Parliament, agreed to by the Commons and the Crown, as well as by your Lordship. The Law laid down as your ratio decidendi, being clearly binding on all inferior tribunals, and on all the rest of the Queen's subjects, if it were not considered as equally binding on your Lordships, this House would be arrogating itself the right of altering the law, and legislating by its own separate authority».* Nel medesimo senso v. *House of Lords, London Tramways Co. Ltd v. London County Council*, (1989), in cui Lord Halsbury ribadiva: «a decision of this House afterwards, and [...] it is impossible to raise that question again as if it was res integra and could be reargued, and so the House be asked to reverse its own decision. That is a principle which has been, I believe, without any real decision to the contrary, established now for some centuries».

<sup>(39)</sup> Cfr. CRISCUOLI, *Introduzione*, cit., p. 346.

<sup>(40)</sup> Nel *Practice Statement* del 26 luglio 1966 si afferma: «*Their Lordship regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. Their Lordships nevertheless recognize that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so. In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property, and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law. This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House.*».

<sup>(41)</sup> Di fatto, poi, le occasioni nelle quali la *House of Lords* si è discostata dai suoi precedenti sono state rare. Il primo caso in cui la *House of Lords* ha esercitato il potere di superare i propri precedenti è il caso *Conway v. Rimmer* (1968), per la trattazione del quale v. STONE, *Precedente and Law. Dynamics of common law growth*, Butterworth, 1985, p. 128-137, nt. 44.

<sup>(42)</sup> Esso fu sancito dalla celebre decisione *Young v. Bristol Aeroplane Co.* (1944), nella quale sono contenuti i principi che ancora oggi ne governano il funzionamento. Più tardi, nel caso *Davis v. Johnson* (1974), la *House of Lords*



le due applicare; (ii) quando la decisione pregressa emessa dalla *Court of Appeal* risulti incompatibile con una sentenza della *House of Lords*, la *Court of Appeal* non deve seguire il proprio precedente; (iii) quando il precedente si dimostri esser stato pronunciato *per incuriam*, la *Court of Appeal* può distanziarsene <sup>(43)</sup>.

Per la *Court of Appeal (Criminal Division)*, la regola del precedente orizzontale vincolante opera invece in modo meno rigoroso, ammettendosi che essa possa discostarsi dalle proprie decisioni pregresse ogni qualvolta ciò avvenga in un senso favorevole all'imputato <sup>(44)</sup>.

In un quadro così articolato, allora, la comune affermazione per cui nel sistema inglese il precedente giudiziale è strettamente vincolante deve essere precisata. Il più delle volte infatti la sua forza è «ben lontana dall'equivalere ad un vincolo inderogabile» <sup>(45)</sup>. Possono individuarsi molteplici situazioni, ciascuna caratterizzata da un differente grado di intensità del legame tra precedente e giudice del caso attuale <sup>(46)</sup>.

Provando a mettere ordine, possono individuarsi quattro categorie.

A) Il precedente è *strettamente vincolante* se si considera il legame che sussiste tra: i) le decisioni della *Supreme Court* e le corti gerarchicamente inferiori; ii) le decisioni della *Court of Appeal* e le corti di primo grado (a meno che le prime contrastino con quelle della *Supreme Court*): esse vincolano i giudici successivi, con la conseguenza che l'omessa osservanza del precedente, rende la decisione soggetta a riforma.

B) Il precedente è *di regola vincolante* se si considera il legame che sussiste tra le decisioni della *Court of Appeal (Civil Division)* e la stessa Corte quando deve decidere un caso simile. Qui l'efficacia vincolante della decisione passata è la regola, il che significa che il precedente costituisce normalmente il fondamento giuridico sulla base del quale il giudizio viene risolto. Esistono poi delle eccezioni, ma esse sono tassativamente definite a priori, sicché «lo spazio di valutazione discrezionale lasciato al giudice circa l'opportunità di seguire o meno il precedente è piuttosto limitato» <sup>(47)</sup>.

---

sostenne che il principio del caso *Young v. Bristol Aeroplane Co.* conteneva un elenco ben definito e tassativo delle eccezioni. (sul tema v. W. TWINING, *Il precedente nel diritto inglese: una demistificazione*, in *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, a cura di Visentini, Cedam, 1988, p. 37 s.) Si è molto discusso poi in merito alla possibilità di riconoscere al *Practice Statement* un effetto estensivo, di modo che esso possa risultare applicabile anche alla *Court of Appeal*. L'opinione dominante tuttavia esclude che da esso possano farsi derivare conseguenze nei confronti di un organo giudiziario diverso dalla *House of Lords* (cfr. TWINING – MIERS, *Come far cose con regole*, Giuffrè, 1990, p. 352 ss.).

<sup>(43)</sup> *Young v. Bristol Aeroplane Co.* (1944), nella quale si legge: «*the Court of Appeal is bound to follow its own decisions and those of courts of co-ordinate jurisdiction, and the 'full' court is in the same position in this respect as a division of the court consisting of three members. The only exceptions to this rule are: (1) the court is entitled and bound to decide which of two conflicting decisions of its own it will follow; (2) the court is bound to refuse to follow a decision of its own which, though not expressly overruled, cannot, in its opinion, stand with a decision of the House of Lords; (3) the court is not bound to follow a decision of its own if it is satisfied that the decision was given per incuriam, e.g., where a statute or a rule having statutory effect which would have affected the decision was not brought to the attention of the earlier court*».

<sup>(44)</sup> In tal senso, *R. v. Taylor* (1950).

<sup>(45)</sup> TARUFFO, *Per un'analisi*, cit., p. 59.

<sup>(46)</sup> CHIASSONI, *Il fascino discreto*, cit., p. 22.

<sup>(47)</sup> TARUFFO, *Per un'analisi*, cit., p. 60.

C) Il precedente è «*relativamente vincolante*»<sup>(48)</sup> se si considera il nesso che sussiste tra le decisioni della *Supreme Court* e la stessa Corte quando deve decidere un caso successivo simile al primo. La Corte segue normalmente i suoi precedenti, ma può discostarsene quando vi siano “buone ragioni”. A differenza che nell’ipotesi precedente, le eccezioni alla regola non sono definite, né definibili a priori: esse devono essere valutate di volta in volta e dipendono dalla «possibilità di individuare delle ragioni sufficienti per non seguire il precedente»<sup>(49)</sup>. Nella medesima categoria potrebbe annoverarsi poi il vincolo del precedente orizzontale nella *Court of Appeal (Criminal Division)*.

D) Infine il precedente è solo *persuasivo* se si considera il legame che sussiste tra le decisioni dei giudici gerarchicamente inferiori e le corti superiori. Il precedente in questi casi può essere applicato, ma non *deve* esserlo necessariamente. La decisione pregressa influenza la decisione, fornendo un modello cui ispirarsi per definire il caso attuale: il giudice si convince del fatto che quella accolta nel precedente costituisca una soluzione valida e opportuna per il caso di specie e, perciò, lo applica.

### 3. IL PROBLEMA DELLA *RATIO DECIDENDI* E LA GIUSTIFICAZIONE DELLA DECISIONE COME POSSIBILE SOLUZIONE

La maggiore difficoltà che la dottrina dello *stare decisis* incontra è quella di riuscire ad isolare la “parte” della decisione che al giudice si impone di applicare nella risoluzione del caso attuale. È noto infatti che non tutto ciò che si trova scritto in una sentenza impegna le corti future; ad essere vincolante – in qualsiasi forma l’intensità del vincolo venga inteso – è solo la sua *ratio decidendi*<sup>(50)</sup>.

Tradizionalmente, per *ratio decidendi* si intende la regola di diritto posta a diretto fondamento della decisione di un caso concreto<sup>(51)</sup>; a tale nozione, comunemente, si contrappone quella di *obiter dictum*, intendendosi tale ogni affermazione che, sebbene parte dell’argomentazione impiegata dal giudice, non ne costituisca però il “nucleo essenziale”<sup>(52)</sup>.

L’individuazione concreta della *ratio decidendi*, tuttavia, non è mai semplice: raramente i giudici dichiarano espressamente di aver deciso sulla base di una certa regola di diritto; e comunque essa non è mai riscontrabile in una formulazione canonica.<sup>(53)</sup> Del resto, la principale caratteristica delle “regole” estratte dalle decisioni giudiziali è che esse sono prive di una formula linguistica stabilita<sup>(54)</sup>, con la conseguenza che la loro enunciazione in termini generici e astratti può inferirsi solamente da un’analisi delle decisioni considerate nel loro complesso<sup>(55)</sup>.

(48) *Ibidem*.

(49) *Ibidem*, dove si osserva: «il giudice che decide di non seguire il precedente deve trovare e formulare buone ragioni che giustifichino la sua scelta. La sua decisione deve allora fondarsi su argomenti convincenti, ed essi debbono essere enunciati espressamente nella motivazione della sentenza».

(50) CROSS – HARRIS, *Precedent in English Law*, Clarendon Press, 1991, p. 40.

(51) INGMAN, *The English Legal Process*, Oxford University Press, 2011, p. 183.

(52) BANKOWSKI – MACCORMICK, *Precedent in the United Kingdom*, in *Interpreting Precedents*, a cura di D.N. MacCormick – R. Summers, Ashgate, 1997, p. 336.

(53) SCHAUER, *Is the Common Law Law?*, in *California Law Review*, vol. 77, 1989, p. 455.

(54) Inoltre, pur quando una regola giuridica risulti formulata in modo molto preciso ed esplicito in una motivazione non sussiste alcun vincolo rispetto al dato letterale di per sé considerato (cfr. TWINING – MIERS, *Come far cose*, p. 346 s.).

(55) BARBERIS, *Contro il creazionismo*, cit., p. 91.

Ma le incertezze nascono ancor prima, poiché è già la stessa definizione di *ratio decidendi* a rivelarsi problematica: non esiste, infatti, accordo su cosa essa sia e neppure su quale sia il metodo migliore per individuarla nel contesto di una decisione <sup>(56)</sup>. Il tema appare però di estremo rilievo, se si coglie la relazione che sussiste tra la definizione del concetto di *ratio decidendi* – e di un metodo che ne consenta l'identificazione – e l'effettività del vincolo del precedente.

I due termini tra loro si trovano in un rapporto di proporzionalità inversa: anche quando la forza vincolante opera nel suo massimo grado di intensità, essa è tanto più debole quanto maggiore è la discrezionalità che viene lasciata alla corte successiva nella determinazione della *ratio* <sup>(57)</sup>. Perciò, la dottrina di *common law* ha dedicato ampio spazio all'approfondimento del tema, cercando di definire la nozione e di elaborare un metodo che ne consentisse, quasi in maniera "automatica", l'individuazione. <sup>(58)</sup> Ciò nonostante, non si è mai raggiunta una ricostruzione pacifica della questione, al punto che si è finito per ritenere che «non esistono regole categoriche che prescrivano ai giudici come selezionare la *ratio decidendi*»; si potrebbe insomma fare affidamento soltanto su «orientamenti di fondo» <sup>(59)</sup>.

Una prospettiva da cui guardare il problema – tentando di offrirne possibile lettura – è quella della struttura giustificativa delle decisioni assunte dai giudici di *common law*.

Quando un giudice si trova a dover risolvere una controversia, offrendo una soluzione al problema giuridico posto dalle parti, la decisione accolta deve risultare *giustificata*; sorretta cioè da ragioni che ne spieghino il fondamento. Assumere una decisione giustificata, da un punto di vista logico, significa che la soluzione del caso deve passare necessariamente attraverso la definizione di un problema più generale, del quale quello particolare costituisce un esempio paradigmatico <sup>(60)</sup>. È vero, infatti, che una "ragione giustificativa", per sua natura, «è quasi sempre più generale – ha una portata più ampia – della soluzione o della decisione che sostiene» <sup>(61)</sup>.

Il motivo per cui offrire una giustificazione a favore di una soluzione porta necessariamente il discorso ad un livello di generalità superiore è che la forma della giustificazione è determinata dal criterio di "giustizia formale", per cui «casi uguali devono essere decisi in modo uguale, e casi diversi in modo diverso» <sup>(62)</sup>; così che quando si offre una ragione per una decisione, normalmente, ci si impegna a rispettare quella medesima ragione nel futuro <sup>(63)</sup>.

<sup>(56)</sup> MACCORMICK, *Ragionamento giuridico*, cit., p. 103.

<sup>(57)</sup> EISENBERG, *La natura del common law*, Giuffrè, 2010, p. 82.

<sup>(58)</sup> Alcuni tra i principali contributi sul tema sono da attribuirsi ai lavori di WAMBAUGH, *Study of Cases*, Little, Brown, and Company, 1894, *passim*; GOODHART, *Determining the ratio decidendi of a case*, in *Yale Law Journal*, 1930, p. 161 ss.; STONE, *The ratio of the ratio decidendi*, in *The Modern Law Review*, 1959, vol. 22, p. 597 ss.; MONTROSE, *Ratio decidendi and the House of Lords*, in *Modern Law Review*, vol. 20, 1957, p. 124 ss.; CROSS – HARRIS, *Precedent*, cit., p. 39 ss.; MARSHALL, *What is Binding in a Precedent*, in *Interpreting Precedents*, MacCormick – Summers, Ashgate, 1997, p. 501 ss.

<sup>(59)</sup> TWING – MIERS, *Come far cose*, cit., p. 373.

<sup>(60)</sup> MACCORMICK, *Ragionamento giuridico*, cit., p. 99.

<sup>(61)</sup> SCHAUER, *Il ragionamento giuridico*, cit., p. 230.

<sup>(62)</sup> Il concetto di giustizia richiede che gli individui abbiano «diritto nei loro rapporti reciproci a una certa posizione relativa di uguaglianza o disuguaglianza. Si tratta di qualcosa che si deve rispettare nelle vicende della vita sociale quando si devono distribuire i pesi e i benefici: e anche di qualcosa che si deve ristabilire quando viene turbato. Perciò si pensa tradizionalmente alla giustizia come a qualcosa che mantiene o restaura un *equilibrio* o una *proporzione*, e il suo precetto base viene formulato spesso così: "tratta tutti i casi uguale in modo uguale"; benché sia necessario aggiungere a questa frase "e tratta i casi diverso in modo diverso"», in termini HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, p. 186 s.

<sup>(63)</sup> SCHAUER, *Il ragionamento giuridico*, cit., p. 230 s.; MACCORMICK, *Ragionamento giuridico*, cit., p. 94; PERELMAN, *Trattato dell'argomentazione*, cit., p. 237 s.; RAWLS, *Una teoria*, cit., p. 136 ss.

Ciò significa che le basi su cui si decide nel presente devono essere basi che si è disposti ad accettare anche in futuro, quando si porrà la necessità di assumere decisioni in casi simili. Ecco perché si è osservato che il canone di giustizia formale – tradizionalmente richiamato a sostegno della dottrina del precedente vincolante – crea, in realtà, un vincolo che opera in due direzioni temporali: esso riguarda senz'altro il passato, ma anche il futuro <sup>(64)</sup>. Da un lato, infatti, il giudice che decide oggi deve farlo in modo “coerente” con i precedenti simili; ma, dall'altro, il medesimo giudice ha un dovere – del pari «pressante» – rivolto al domani: egli deve «valutare che genere di precedente sta ponendo in essere per le cause future» <sup>(65)</sup>. Per questo quando un tribunale fornisce una ragione a sostegno di una decisione non sta facendo altro che restringere la sua libertà di decisione dei casi che verranno; e tanto maggiore è il livello di generalità della ragione impiegata per giustificare la decisione, tanto maggiore sarà la limitazione che il giudice subirà nell'avvenire <sup>(66)</sup>.

Il tema della giustificazione della decisione – intesa come risoluzione di una questione di carattere giuridico più generale di quella posta nel singolo caso – è ben spiegato dal celebre caso *Donoghue v. Stevenson*, deciso nel 1932 dalla *House of Lords*. La controversia è tra le più importanti in tema di responsabilità del produttore nei confronti del consumatore; i fatti sono i seguenti: la signora *Donoghue* ordinò una bottiglia di *ginger beer* nel *Wellmeadow Café* di *Paisley*, in Scozia, di cui era cliente abituale. Nel riempire il secondo bicchiere, dalla bottiglia di colore scuro contenente la bevanda caddero i resti di una lumaca morta. Alla vista e all'odore dell'animale decomposto la signora *Donoghue* accusò forti dolori allo stomaco e subì uno *shock* psicologico tale da condurla a citare in giudizio il produttore della *ginger beer*, avanzando nei suoi confronti una richiesta di risarcimento dei danni subiti. La *House of Lords* ritenne esistente un profilo di responsabilità del produttore e accolse la domanda risarcitoria della signora *Donoghue* <sup>(67)</sup>.

Nel caso *Donoghue v. Stevenson*, la questione da decidere non fu soltanto se accogliere o meno *quel* singolo ricorso; i giudici dovettero stabilire anche se il ricorrente determinato, «nella sua qualità di consumatore», poteva vantare una qualche pretesa da far valere nei confronti di un convenuto determinato, «nella sua qualità di produttore» <sup>(68)</sup>. La *House of Lords*, prendendo posizione sul punto, affermò che il *consumatore*, dinanzi ad un *prodotto difettoso* vantava in effetti una pretesa risarcitoria meritevole di tutela nei confronti del *produttore*; sicché, in futuro, *ogni* consumatore avrebbe potuto avanzare una richiesta analoga nei confronti di *ogni* produttore <sup>(69)</sup>.

<sup>(64)</sup> MACCORMICK, *Ragionamento giuridico*, cit., p. 95.

<sup>(65)</sup> *Ibidem*. L'Autore prosegue oltre sostenendo che «le costrizioni collegate al futuro sono ancora più stringenti di quelle che dipendono dal passato e proprio perché [...] possono sorgere dei conflitti genuini tra l'esigenza, collegata alla giustizia formale, di seguire il precedente e la giustizia sostanziale, così come è percepita, del caso attuale» (p. 96).

<sup>(66)</sup> SCHAUER, *Il ragionamento giuridico*, cit., p. 235.

<sup>(67)</sup> Nella decisione *Donoghue v. Stevenson* (1932), la *House of Lords* concludeva: «A manufacturer of products (food and drink), which he sells in such a form as to show that he intends them reach the ultimate consumer in the form in which they left him with no reasonable possibility of intermediate examination and with the knowledge that the absence of reasonable care in the preparation or putting up of the products will result in an injury to the consumer's life or property, owes a duty to the consumer to take that reasonable care».

<sup>(68)</sup> MACCORMICK, *Ragionamento giuridico*, cit., p. 101.

<sup>(69)</sup> Si pone in questo caso il problema del livello di generalità da prescegliere nell'individuazione della regola più generale sulla base della quale il caso è stato deciso. Si è osservato infatti che la *ratio decidendi* del caso può essere variamente formulata, a seconda del livello di astrazione prescelto nella selezione dei fatti rilevanti. Assumendo a

È evidente che è solo mediante l'inserimento delle parti della controversia in determinate classi che si formano «criteri di somiglianza rilevanti per i casi futuri» <sup>(70)</sup>. Decidere il caso alla luce del fatto che “la signora *Donoghue* ha consumato ciò che il signor *Stevenson* ha prodotto” è quindi la modalità attraverso cui si risolve una questione generica, che a sua volta giustifica la decisione del caso.

Questo modo di intendere la giustificazione delle decisioni di *common law*, può essere un utile punto di riferimento per l'individuazione della *ratio decidendi* di un caso: «quando una Corte regola in un dato modo una questione di diritto che è considerata come necessaria per la giustificazione di quella particolare decisione, non sembra irragionevole considerare proprio questa regolamentazione come la *ratio* del caso» <sup>(71)</sup>. La *ratio decidendi*, in altri termini, sarebbe costituita dalla soluzione che il giudice offre alla questione di diritto (più) generale, la cui definizione è resa necessaria dall'esigenza di fornire una risposta giustificata al caso particolare.

Intesa in questi termini, quindi, la *ratio decidendi* assume i connotati di una “regola”, e sembra implicare un riferimento al modello di decisione *basato su regole* <sup>(72)</sup>: il giudice di *common law* è chiamato a risolvere il caso successivo applicando la *regola* affermata nel precedente.

Prima di giungere a questa conclusione, tuttavia, occorre esaminare un altro aspetto caratteristico del ragionamento per precedenti, ovverosia quello delle eccezioni al vincolo dello *stare decisis*.

#### 4. LE ECCEZIONI AL VINCOLO DEL PRECEDENTE

Se è vero che il giudice successivo è vincolato alla *ratio decidendi* espressa nel precedente, è altresì vero che egli può, in alcuni casi, sottrarsi dall'impegno di decidere il caso conformemente ad essa.

È noto, infatti, che il tribunale posteriore ha a sua disposizione alcuni rimedi per evitare di

---

riferimento la decisione *Donoghue v. Stevenson* si può giungere a conclusioni tra loro profondamente differenti: ad un primo estremo, si può sostenere che la responsabilità del produttore sussista solo nel caso in cui una *lumaca in stato di decomposizione* venga rinvenuta in una bevanda di *ginger beer*; all'estremo opposto si può sostenere che il produttore sia responsabile nei confronti del consumatore per qualsiasi *prodotto difettoso* (cfr. STONE, *The ratio of the ratio*, cit., p. 608 ss.). In realtà, il problema del livello di generalità da prescegliere nella individuazione della regola del precedente non è attività rimessa alla discrezionalità del giudice successivo; la risposta al quesito invero si trova già implicita nella decisione passata. Il precedente invero è costituito non solo dai fatti e dalla decisione, ma anche dalla *descrizione* di questi fatti fornita dalla corte precedente: «se la corte precedente decide il caso della lumaca nella birra analcolica *in ragione del fatto* che non debbano trovarsi *sostanze nocive* in prodotti rivolti al consumatore, e descrive esplicitamente una lumaca in una bottiglia di birra analcolica come una istanza della categoria di *sostanze nocive in prodotti rivolti al consumatore*, allora la corte successiva potrà intendere questa descrizione come il predicato fattuale di una regola e decidere (ed essere vincolata) in maniera conforme», in termini SCHAUER, *Le regole del gioco*, Il Mulino, 2000, p. 285 s.

<sup>(70)</sup> Più precisamente la giustificazione si sostanzia in un'affermazione universale; la clausola “ogni volta che” è essenziale per giustificare la decisione effettiva. Ciò non significa però che l'affermazione utilizzata per giustificare la decisione abbia carattere assoluto; essa infatti rimane comunque perfettibile, con la conseguenza che può essere “adattata” alle esigenze poste dai casi futuri; v. MACCORMICK, *Why cases have rationes and what these are*, in *Precedent in Law*, Clarendon Press Oxford, 1987, p. 155 ss.; Id., *Ragionamento giuridico*, cit., p. 102.

<sup>(71)</sup> *Ivi*, p. 103. In senso critico rispetto a questa ricostruzione v. le considerazioni di M.S. MOORE, *Precedent, induction and ethicalgeneralization*, in *Precedent in Law*, a cura di L. Goldstein, Clarendon Press, 1987, p. 183 ss.

<sup>(72)</sup> Si noti già da ora però che la generalizzazione non è un elemento esclusivo del modello decisionale basato su regole; il tema viene affrontato *infra* § 5.1

applicare il precedente al caso attuale; il riferimento è naturalmente al potere di *overruling* e alla tecnica del *distinguishing*. Ricorrendo ad essi, il giudice «prende le distanze» dal precedente <sup>(73)</sup> e decide il nuovo caso sulla scorta di una regola diversa.

Sebbene il risultato appaia, in entrambe le ipotesi, il medesimo, tra la nozione di *overruling* e di *distinguishing* corrono differenze nette.

#### 4.1. *Overruling*

L'*overruling* consiste nella formulazione di un giudizio di erroneità in merito alla regola desunta dal precedente, la quale viene perciò definitivamente espunta dall'ordinamento <sup>(74)</sup>. In altri termini, il giudice del caso successivo esprime «un giudizio negativo sulla validità» del precedente <sup>(75)</sup>, e decide il caso attuale indipendentemente da quanto era stato in esso affermato <sup>(76)</sup>.

In via di principio, in un sistema fondato sul precedente vincolante, l'*overruling* costituisce un'ipotesi del tutto eccezionale, potendo operare solo nei casi in cui ci si trovi al cospetto di una decisione «palesamente sbagliata o assurda» <sup>(77)</sup>. Il tratto che caratterizza il vincolo dello *stare decisis*, del resto, è proprio quello di imporre al giudice successivo il rispetto di una decisione precedente, anche quando essa si riveli errata <sup>(78)</sup>.

Si è visto, tuttavia, che l'evoluzione del *common law* è stata connotata da una progressiva apertura verso il superamento del precedente, al fine di consentire il continuo adeguamento delle «proposizioni dottrinali» a quelle «sociali» <sup>(79)</sup>; oggi pertanto il sistema del precedente vincolante risulta fortemente temperato dal potere di *overruling*, che assume contorni più ampi di quelli che gli erano tradizionalmente riconosciuti <sup>(80)</sup>.

Da un punto di vista pratico, il superamento della decisione può avvenire secondo una duplice modalità: espressa ovvero meramente implicita <sup>(81)</sup>. Nel primo caso l'annullamento è affermato in maniera manifesta nella sentenza. Nel secondo, invece, il superamento del precedente avviene per fatti concludenti, derivandosi dalla evidente incompatibilità tra la *ratio* precedente e quella affermata nel caso attuale <sup>(82)</sup>.

Ad ogni modo – qualunque sia lo schema prescelto – l'effetto prodotto è il medesimo:

<sup>(73)</sup> V. MARINELLI, voce *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Giuffrè, 2002, § 17.

<sup>(74)</sup> *Ibidem*.

<sup>(75)</sup> VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, Cedam, 2002, p. 93.

<sup>(76)</sup> A differenza di quel che accade per il *distinguishing*, il potere di *overruling* è proprio di alcune corti soltanto, e segnatamente di quelle superiori: la *Supreme Court* e la *Court of Appeal* possono annullare la decisione precedente di una corte sotto-ordinata, ovvero una loro stessa decisione. Lo stesso potere non è invece riconosciuto ai giudici di grado inferiore, i quali possono tuttavia ricorrere alla tecnica del *distinguishing* (cfr. BANKOWSKI – MACCORMICK, *Precedent*, cit., p. 342).

<sup>(77)</sup> MATTEL, *Il modello*, cit., p. 158; WAMBAUGH, *The study*, cit., p. 77 ss.

<sup>(78)</sup> SUMMERS, *La natura*, cit., p. 47.

<sup>(79)</sup> Sul ruolo che le «proposizioni sociali» assumono nella definizione delle regole giuridiche v. approfonditamente EISENBERG, *La natura*, cit., p. 26 ss., il quale nota come l'*overruling* sia un modello di ragionamento giuridico il quale comporta «un'interazione tra *standard* di congruenza sociale, coerenza sistemica e stabilità dottrinale».

<sup>(80)</sup> Cfr. WAMBAUGH, *The study*, cit., p. 108, il quale individua nell'*overruling* lo strumento per adeguare i vecchi principi ai mutamenti della realtà. L'esercizio del potere, tuttavia, deve seguire alcune direttive, le quali indicano alla corte il comportamento più opportuno da assumere (in argomento v. MATTEL, *Il modello*, cit., p. 160 ss.).

<sup>(81)</sup> BANKOWSKI – MACCORMICK, *Precedent*, cit., p. 342 s.; CRISCUOLI, *Introduzione*, cit., p. 370.

<sup>(82)</sup> L'*overruling* implicito è stato per la prima volta riconosciuto nella 1944, con la decisione della *Court of Appeal, Young v. Bristol Aeroplane Co.*

quando una corte supera un precedente giudiziale non fa altro che porlo «nella medesima situazione di una legge che è stata abrogata e sostituita con un'altra»<sup>(83)</sup>. Una differenza tra le due ipotesi, però, esiste e concerne l'efficacia temporale dell'atto abrogativo: di regola, infatti, l'abrogazione dell'atto legislativo vale solo per il futuro<sup>(84)</sup>; l'*overruling* invece opera *ex tunc*<sup>(85)</sup>. Di fatto, il precedente annullato viene considerato una «prova non sufficiente di ciò che il diritto veramente è»<sup>(86)</sup>; esso viene banalmente qualificato come “non diritto”, ossia come una rappresentazione sbagliata di ciò che il diritto è in verità<sup>(87)</sup>. Accogliendo questa prospettiva teorica la dottrina di *common law* risolve il problema della difficile compatibilità tra *overruling* e *stare decisis*, continuando a proclamare la stabilità del diritto nonostante il superamento della decisione pregressa<sup>(88)</sup>.

## 4.2. Distinguishing

Dall'*overruling* si differenzia poi il *distinguishing*, il quale non si occupa in alcun modo della validità della regola affermata nel precedente. Qui la *ratio* del precedente conserva senza dubbio la sua validità, ma viene modificata al fine di essere adeguata alle peculiarità del caso di specie: il giudice del caso da decidere richiama la regola del precedente; successivamente però rileva la sussistenza di «una buona ragione» per distinguere i due casi, così da trattare il secondo in maniera differente dal primo<sup>(89)</sup>. In altri termini, il giudice ritiene determinanti alcune diversità che corrono tra le fattispecie concrete e, in ragione di ciò, decide il caso attuale sulla scorta di una nuova regola<sup>(90)</sup>.

Tradizionalmente, si offrono diverse spiegazioni di ciò che accade quando il giudice distingue due casi.

Secondo una prima soluzione, egli non farebbe altro che offrire una nuova *interpretazione* della regola precedente: il giudice successivo procederebbe quindi ad una sorta di interpretazione restrittiva della *ratio*, che si ritiene essere stata affermata in modo troppo ampio; in

---

<sup>(83)</sup> CRISCUOLI, *Introduzione*, cit., p. 370.

<sup>(84)</sup> La regola è che il tempo dell'applicabilità di una norma coincide con il tempo della sua vigenza. Tuttavia, esistono delle eccezioni, e quella più rilevante si ha quando una norma abrogata (e pertanto non più vigente) è ancora «suscettibile di applicazione limitatamente a certe fattispecie», GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, 2014, p. 305.

<sup>(85)</sup> Questa differenza tra le due situazioni affonda le sue radici nella cd. «teoria dichiarativa del precedente», secondo la quale le decisioni dei giudici non “creano” il diritto, ma si limitano a “scoprire” ed applicare un diritto che è sempre esistito (sul tema, e sul confronto tra le opposte concezioni, v. BANKOWSKI – MACCORMICK, *Precedent*, cit., p. 330 ss.).

<sup>(86)</sup> MATTEL, *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, 1988, p. 191.

<sup>(87)</sup> CRISCUOLI, *Introduzione*, cit., p. 370.

<sup>(88)</sup> Cfr. WELLS, *A treatise on the doctrines of res adjudicata and stare decisis*, DesMoines, 1878, p. 545. La concezione tradizionale, tuttavia, deve necessariamente confrontarsi con il problema che deriva dall'applicazione retroattiva di una nuova norma di *common law*. Per superare la criticità, negli Stati Uniti, è stata elaborata – e, seppur con qualche titubanza, recepita nell'ordinamento inglese – la figura del *prospective overruling*, la quale prevede che l'*overruling* rivesta efficacia solo per il futuro, sulla falsariga di quel che avviene quando si abroga una norma di diritto positivo. Il giudice, in sostanza, dichiara l'invalidità della regola precedente, come accade per il tradizionale *overruling*, ma, a differenza di quel che normalmente succede, si ammette che tale superamento abbia effetto solo per il futuro (sul tema v. BANKOWSKI – MACCORMICK, *Precedent*, cit., p. 342; MATTEL, *Il modello*, cit., p. 167).

<sup>(89)</sup> EISENBERG, *La natura*, cit., p. 131.

<sup>(90)</sup> MATTEL, *Il modello di common law*, Giappichelli, 2014, p. 157.

questo modo il caso da decidere viene sottratto dall'ambito di operatività del vincolo e risolto altrimenti<sup>(91)</sup>.

In base ad una seconda ricostruzione, invece, il *distinguishing* si risolverebbe in una *riformulazione* della regola: essa viene resa defettibile, mediante la previsione di un'eccezione<sup>(92)</sup>. Lo schema, dunque, sarebbe il seguente: in base ai precedenti, all'insieme di date circostanze ("p") dovrebbe seguire una data conseguenza giuridica ("q"), ma nel caso in esame è presente una circostanza ("c") che consente di escludere una simile conseguenza giuridica. Così, la regola (R): "Se p allora q", viene *riformulata* nella regola (R'): "Se p allora q, a meno che c"<sup>(93)</sup>.

A ben vedere, però, la distinzione tra le due vie percorribili per spiegare il fenomeno si mostra priva di fondamento. Le due soluzioni, infatti, si equivalgono: in entrambi i casi, il risultato cui si giunge è l'introduzione all'interno del sistema di una nuova regola, compatibile con la precedente, ma dall'ambito applicativo più ristretto. Tra una regola interpretata restrittivamente ed una regola cui si aggiunge un'eccezione non vi è distinzione alcuna. Anzitutto, perché la circostanza che alla regola si accompagna un'eccezione non vale a mutarne la natura: essa è pur sempre una regola<sup>(94)</sup>. E poi perché la differenza tra una regola con delle eccezioni e una regola più ristretta (senza eccezioni) è in fondo nulla più di una differenza di tipo semantico<sup>(95)</sup>. In altri termini, la distinzione tra le due situazioni è «assai spesso il prodotto fortuito di coincidenze linguistiche»: essa dipende cioè dall'esistenza o meno di un termine capace di designare l'ambito più "ristretto" della regola; quando un simile vocabolo manca è necessario ricorrere alla formulazione dell'eccezione<sup>(96)</sup>.

Il fatto che il *distinguishing* costituisca una forma di *re-interpretazione* della regola o un metodo di *riformulazione* della stessa, dunque, non è di rilievo dirimente. L'importanza dell'opera di distinzione invece si coglie su un piano diverso: quello del modello decisionale di riferimento. L'aspetto del *distinguishing* da considerare, allora, è quello funzionale: ricorrere ad un'opera di distinzione tra i casi, permette al giudice di modificare la regola precedente al momento della sua applicazione, al fine di renderla congeniale alle peculiarità del caso attuale.

Proprio questa appare la caratteristica più difficile da spiegare quando si vuole definire il tipo di schema decisionale che i giudici di *common law* impiegano nei loro giudizi. Quanto detto in merito alla *ratio decidendi* sembra infatti suggerire che il metodo di decisione tipico del *common law* sia senz'altro riferibile al *modello decisionale basato su regole*. Il potere di

<sup>(91)</sup> CRISCUOLI, *Introduzione*, cit., p. 362, il quale parla in questo caso di «*restrictive distinguishing*». L'ipotesi non deve essere confusa con quella del cd. «*genuine distinguishing*», il quale si sostanzia nell'accertamento di una difformità tra i fatti oggetto del caso precedente e del caso attuale, con la conseguenza che il giudice non può risolvere il nuovo caso assumendosi vincolato al precedente. La differenza tra le due nozioni, insomma, è evidente: «con il *restrictive distinguishing* si esclude l'applicazione del precedente perché la sua non pertinenza rispetto al nuovo caso è la conseguenza di un difetto rilevato attraverso un preciso processo di contestazione in senso restrittivo della sua portata normativa; con il *genuine distinguishing* invece l'aggancio al precedente è respinto in base alla considerazione del tutto acritica che esso, per quello che è, non *est simile* alla nuova fattispecie» (p. 363).

<sup>(92)</sup> TUZET, *Dover decidere*, Carocci, 2010, p. 67, nt. 38.

<sup>(93)</sup> *Ivi*, p. 67.

<sup>(94)</sup> HART, *Il concetto*, cit., p. 163 s.

<sup>(95)</sup> SCHAUER, *Le regole del gioco*, cit., p. 87, nt. 7.

<sup>(96)</sup> Si pensi, ad esempio, alla regola «Non sono ammessi cani, a eccezione dei cani per ciechi» e la si confronti con quella «Non commettere adulterio»: le due regole appaiono diverse «solo perché esiste la parola "adulterio" per indicare un "rapporto sessuale con una donna diversa dalla propria moglie", ma non esiste una parola singola per designare "i cani, eccetto cani per ciechi"» (*Ibidem*).



distinzione sembra, invece, condurre ad una conclusione diversa, imponendo di considerare anche l'alternativa della *strategia decisionale particolaristica* <sup>(97)</sup>.

## 5. MODELLI DECISIONALI A CONFRONTO

In linea di principio, il metodo con cui si prendono decisioni può seguire un duplice paradigma.

In primo luogo, il soggetto chiamato ad assumerla può attribuire di volta in volta rilevanza a *tutti* i particolari del caso concreto, al fine di individuare la soluzione più corretta per quella specifica controversia: parliamo, in questo caso, di un modello decisionale *particolarista* <sup>(98)</sup>. Ricorrere ad simile paradigma consente di decidere ciascun caso sulla base dell'*equilibrio delle ragioni* in gioco: in ogni situazione ci si trova dinanzi a molteplici ragioni a favore e altrettante contrarie ad una certa azione; adottando uno schema di decisione "caso per caso", la soluzione nel senso di un'azione o un'astensione deriva da un'operazione di *bilanciamento* tra tutte le ragioni in campo <sup>(99)</sup>. In sostanza, si considerano tutti i *pro* e i *contro*, e in base all'esito di tale valutazione si determina il proprio contegno.

In secondo luogo, il soggetto chiamato ad assumere una decisione può ricorrere ad una *regola* <sup>(100)</sup>. Seguire questa via significa riconoscere rilievo solo ad *alcuni* degli aspetti della fattispecie concreta e, al contempo, sopprimere quelli (potenzialmente rilevanti o non) che risultino estranei al suo ambito operativo. Qui, non viene effettuato alcun bilanciamento in concreto; la "regola" – espressione di un equilibrio delle ragioni individuato a priori e oramai cristallizzato – viene semplicemente "applicata" <sup>(101)</sup>. Il procedimento decisionale si risolve allora secondo lo schema della *sussunzione*: ci si deve preoccupare solo di stabilire se il caso rientri o meno nell'ambito della «pròtasi»; se la verifica offre esito positivo, la soluzione del caso è già indicata nel «conseguente» <sup>(102)</sup>.

### 5.1. Il precedente e il modello decisionale "basato su regole"

Tradizionalmente, il sistema di *common law* viene descritto come una forma di decisione *basata su regole*: i precedenti, nelle loro *rationes decidendi*, stabiliscono "regole" vincolanti

<sup>(97)</sup> Sulla contrapposizione tra «generalismo» e «particolarismo» v. REDONDO, *Ragioni e norme*, in *Ragion pratica*, 2005, f. 2, p. 439 ss., la quale rinviene alla base dei due modelli «due visioni opposte della razionalità pratica in generale e di ciò che caratterizza un modello plausibile di decisione razionale».

<sup>(98)</sup> Su cui v. CELANO, *Rule of Law e particolarismo etico*, in *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Il Mulino, 2009, p. 241.

<sup>(99)</sup> RAZ, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, 1999, p. 35 s. parla di decisioni prese sull'*equilibrio delle ragioni* per indicare il metodo di risoluzione intuitiva dei conflitti pratici: «according to our intuitive conception of practical conflicts such conflicts are to be resolved by assessing the relative strength or weight of the conflicting reasons and determining what ought to be done on the balance of reasons. [...] This is the intuitive conception of conflict resolution explained on the basis of the analysis in the previous section. We can formulate it in the form of a: P1. It is always the case that one ought, all things considered, to do whatever one ought to do on the balance reasons». Nell'analisi di Raz, il modello delle decisioni "tutto considerato" però non costituisce quello normalmente impiegato nella risoluzione dei conflitti tra ragioni.

<sup>(100)</sup> Si intende qui il termine "regola" nel senso di previsione "generale" e "astratta": si tratta, dunque, di norme che si riferiscono ad una classe di fattispecie e che sono suscettibili di essere applicate in una serie indefinita di casi futuri. Cfr. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, 2014, p. 38 s.

<sup>(101)</sup> La regola invero è «la cristallizzazione del risultato di un certo bilanciamento delle ragioni soggiacenti, che, in ipotesi, ne costituiscono la giustificazione», in termini CELANO, *Rule of Law*, cit., p. 248.

<sup>(102)</sup> Sulla struttura dell'enunciato condizionale v. GUASTINI, *Filosofia del diritto positivo. Lezioni*, Giappichelli, 2017, p. 35.

per i casi successivi <sup>(103)</sup>. In questo senso, una decisione anteriore, oltre a dirimere la singola controversia, ha l'effetto di controllare la soluzione di una serie futura di casi simili al precedente <sup>(104)</sup>.

Per spiegare in che modo decidere in virtù di un precedente equivale a decidere sulla *base di una regola* è importate individuare quali sono gli elementi che caratterizzano quest'ultima strategia decisionale.

Sinteticamente, può affermarsi che una decisione *basata su regole* è una decisione che si fonda su una «*generalizzazione trincerata*» <sup>(105)</sup>.

Per chiarire, il presupposto da cui muovere è quello della struttura di ogni regola prescrittiva, la quale assume la forma di un enunciato condizionale del tipo "Se *x* allora *y*": l'antecedente (*x*), descrive le circostanze di fatto sufficienti e necessarie per il verificarsi della conseguenza giuridica (*y*), il cd. "conseguente" <sup>(106)</sup>.

Guardando alla fattispecie cui si riferisce l'antecedente della prescrizione si nota come essa sia null'altro se non una generalizzazione. "Generalizzare" significa prendere le mosse da un particolare – il quale si assume essere un caso paradigmatico di una categoria più generale –, per poi selezionare «la proprietà di quel particolare che è causalmente rilevante» per l'occorrenza di un certo scopo che si intende raggiungere <sup>(107)</sup>. In quest'ottica, l'antecedente di un enunciato prescrittivo non è altro che il frutto della selezione di *alcuni* aspetti di un caso particolare, scelti in quanto «istanziamenti di tipi o membri di una classe» rilevante ai fini della produzione dell'effetto giuridico <sup>(108)</sup>.

Il vantaggio è naturalmente quello di facilitare la decisione dei casi futuri, poiché quando questi si rivelano simili al caso precedente possono essere risolti subito, applicando semplicemente la generalizzazione <sup>(109)</sup>.

D'altro canto, però, la generalizzazione è uno strumento imperfetto.

Anzitutto perché il predicato fattuale di una regola prescrittiva è solitamente una generalizzazione di tipo probabilistico. Essa cioè è vera in *alcuni* casi o in *gran parte* di essi, ma non lo è sempre <sup>(110)</sup>. Fino a quando esisteranno situazioni nelle quali la regola viene smentita, la generalizzazione risulterà sovra-inclusiva (tale cioè da includere fattispecie che non producono le conseguenze rappresentate dalla giustificazione della regola), ovvero sotto-inclusiva

<sup>(103)</sup> L'argomento poi è sviluppato secondo diverse varianti. Si distingue, ad esempio, tra il «modello *by-product*», nel quale le «corti definiscono norme giuridiche soltanto come un prodotto secondario e accidentale della risoluzione di controversie», e il «modello di arricchimento», in cui, al contrario, «la formulazione di norme giuridiche per la disciplina di un comportamento sociale è considerata come desiderabile di per sé [...], così che le corti consapevolmente assumono la funzione di sviluppare alcune aree del diritto» (EISENBERG, *La natura*, cit., p. 11 s.).

<sup>(104)</sup> ALEXANDER, *Constrained by Precedent*, in *Southern California Law Review*, vol. 63, 1989, p. 17, il quale osserva: «*under the rule model, the precedent court has authority not only to decide the case before it but also to promulgate a general rule binding on courts of subordinate and equal rank. The rule will operate like a statute and will, like a statute, have a canonical formulation*».

<sup>(105)</sup> L'espressione è di SCHAUER, *Le regole del gioco*, cit., p. 77 ss.

<sup>(106)</sup> GUASTINI, *Filosofia del diritto*, cit., p. 35.

<sup>(107)</sup> Lo scopo che si intende raggiungere (o il danno che si intende eliminare) rappresenta la «giustificazione» della regola. Quest'ultima costituisce il fondamento di ogni generalizzazione, poiché consente di determinare quale, tra le molteplici generalizzazioni possibili e logicamente equivalenti, «selezionare come predicato fattuale della regola futura» (SCHAUER, *Le regole del gioco*, cit., p. 59).

<sup>(108)</sup> *Ivi*, p. 50.

<sup>(109)</sup> In questo modo, le corti impiegano «processi di ragionamento replicabili», cfr. EISENBERG, *La natura*, cit., p. 18 ss.

<sup>(110)</sup> SCHAUER, *Le regole del gioco*, cit., p. 66 ss.

(ovverosia incapace di regolare tutte le fattispecie produttive di quelle conseguenze che la formulazione della regola mira ad evitare) <sup>(111)</sup>.

Inoltre perché, sebbene in linea di principio non possa escludersi che la generalizzazione – al momento della sua formulazione – rivesta carattere universale, può sempre accadere che casi successivi, ponendo all'attenzione situazioni non conosciute fino a quel momento, ne rivelino una natura solo probabilistica <sup>(112)</sup>.

Infine, poiché la generalizzazione è per sua natura selettiva; è perciò sempre possibile che fattispecie successive dimostrino che uno degli aspetti soppressi dalla generalizzazione non è affatto privo di rilievo ai fini della determinazione della conseguenza giuridica <sup>(113)</sup>.

In casi come questi, la generalizzazione formulata in precedenza risulta *ex post* inadeguata, rivelandosi incapace di assolvere alla funzione che le è propria. Si parla in proposito di «esperienze recalcitranti» <sup>(114)</sup>.

Quando una simile situazione si verifica le alternative possibili sono due: i) adattare la generalizzazione alle circostanze del caso da decidere, modificandone i termini; ii) intendere quella generalizzazione come «trincerata», impedendone la continua malleabilità.

Nella contrapposizione tra le due soluzioni si rinviene il tratto caratterizzante del modello decisionale *basato su regole*: qui il verificarsi di una «esperienza recalcitrante» non è di per sé motivo sufficiente per modificare la generalizzazione precedente; il caso attuale viene risolto nel senso indicato dalla regola *malgrado* le peculiarità che lo caratterizzano.

Ecco perché la decisione sulla *base di una regola* si dice essere una decisione presa sulla base di una generalizzazione «trincerata», dove il trinceramento è ciò che rende la generalizzazione impossibile da modificare <sup>(115)</sup>. In altri termini, la generalizzazione non è plasmabile di volta in volta sulle esigenze del caso attuale, e si applica anche quando – in via di principio – non dovrebbe esserlo. In un modello decisionale *basato su regole*, le esperienze recalcitranti vengono, per così dire, “neutralizzate”.

Quando la generalizzazione è formulata in termini probabilistici, il trinceramento ne determina allora una metamorfosi; essa diviene un'affermazione universale: “tutti gli *x* devono fare *z*” è la prescrizione trincerata che opera anche quando è vero solo che “*gran parte* degli *x* devono fare *z*” <sup>(116)</sup>.

Quando poi la generalizzazione è formulata in termini universali, ma *ex post* si dimostra solo probabilistica, il trinceramento fa sì che essa continui ad atteggiarsi come una verità universale. Si pensi alla regola “tutti gli *x* dovranno fare *z*”, la quale è stata stabilita nella convinzione che ogni *x* debba fare *z*. Si ipotizzi poi che in un momento successivo venga scoperto un nuovo tipo di *x*, che non deve affatto fare *z*: tale rivelazione, in una strategia

<sup>(111)</sup> CELANO, *Rule of Law*, cit., p. 252.

<sup>(112)</sup> SCHAUER, *Le regole del gioco*, cit., p. 70 ss.

<sup>(113)</sup> *Ivi*, p. 78.

<sup>(114)</sup> *Ibidem*, dove vengono definite «esperienze recalcitranti, le tre eventualità in quelle generalizzazioni che solitamente ci rendono un buon servizio vengono meno alla loro funzione».

<sup>(115)</sup> L'effetto prodotto dal trinceramento delle generalizzazioni descritto da Schauer è analogo a quello prodotto dalle «ragioni escludenti» nell'analisi di Raz: queste ultime hanno la precipua funzione di escludere talune «ragioni di primo ordine» dall'ambito delle circostanze da valutare ai fini di una certa decisione. In entrambe le ricostruzioni, allora, si fissa *ex ante* una soluzione destinata a regolare casi futuri simili e si disconosce ogni rilievo alle peculiarità poste dalle fattispecie che verranno (cfr. RAZ, *Practical Reason*, cit., p. 39, il quale definisce una «ragione escludente» nei seguenti termini: «an exclusionary reason is a second-order reason to refrain from acting for some reason»).

<sup>(116)</sup> SCHAUER, *Le regole del gioco*, cit., p. 88 s.

decisionale basata su regole, non vale a superare la generalizzazione; anche il nuovo tipo di  $x$  dovrà dunque fare  $z$  <sup>(117)</sup>.

Infine, quando la generalizzazione sopprime un elemento che successivamente si mostra di assoluta importanza, il trinceramento impone di continuare a considerare quell'elemento irrilevante. Si prenda in considerazione la generalizzazione "tutti gli  $x$ ", la quale ha soppresso una caratteristica di  $x$  – il fatto cioè di essere alla stesso tempo anche  $y$  –. Si immagini poi che il particolare  $y$  si dimostri in un secondo momento dirimente per la determinazione di ciò che esso deve fare:  $z$  o *non*  $z$ . In un modello trincerato, la caratteristica  $y$  continua a rimanere soppressa, con la conseguenza che "tutti gli  $x$  devono fare  $z$ ", anche nelle ipotesi in cui la caratteristica  $y$  avrebbe rilievo per concludere il contrario <sup>(118)</sup>.

In tutte e tre le ipotesi, dunque, decidere sulla base di una generalizzazione trincerata – *i.e.* sulla base di una regola – significa determinare la decisione in virtù della generalizzazione medesima, persino in quei casi in cui essa «fallisce nel servire la giustificazione sottostante» <sup>(119)</sup>.

Il punto dunque è che una decisione è *basata su regole* quando essa dipende da qualcosa che è affermato nel passato, e che assume una forza normativa tale da non poter essere superata in considerazione delle necessità attuali. Il che sembra descrivere esattamente quel che accade quando si decide sulla base di un precedente: qualcosa che è stato stabilito anteriormente assume un peso nella decisione attuale, anche quando il giudice ritenga errato quanto affermato nella decisione passata <sup>(120)</sup>.

Pertanto, se – com'è nel sistema del precedente vincolante – una decisione pregressa, che viene ritenuta errata dal giudice successivo, influisce ciò nonostante sulla decisione attuale «per il solo fatto di essere anteriore», allora è corretto concludere che l'argomento fondato sul precedente funziona, in sostanza, al pari di un argomento basato su una regola <sup>(121)</sup>. Da questo punto di vista, la decisione basta su precedenti e quella basata su norme di diritto positivo è identica <sup>(122)</sup>. L'unica distinzione sta nel fatto che quando si lavora con una norma di legge la generalizzazione è già contenuta nella descrizione del predicato fattuale della stessa; quando si ha a che fare con precedenti invece la medesima generalizzazione necessita di essere, per così dire, "costruita" <sup>(123)</sup>.

Il quadro tuttavia non è completo: se ciò che caratterizza la decisione basata su regole è il fatto che essa viene assunta sulla base di quanto è stato affermato nel passato, indipendentemente dagli adeguamenti che sarebbero richiesti nel caso attuale, e se un simile ragionamento è assimilabile a quel che avviene quando si applica un precedente, in che modo può spiegarsi il potere di *distinguishing*?

In effetti, l'opera di distinzione appare l'elemento meno compatibile con l'opinione tradizionale secondo cui il modello di *common law* è una forma di decisione *basata su regole*.

<sup>(117)</sup> *Ivi*, p. 89.

<sup>(118)</sup> *Ibidem*.

<sup>(119)</sup> Questo del resto costituisce l'aspetto più significativo del rapporto tra generalizzazione e giustificazione sottostante: «la prima riduce il numero di elementi che avrebbero altrimenti indicato l'applicabilità della seconda», *ivi*, p. 92; 99.

<sup>(120)</sup> SUMMERS, *La natura*, cit., p. 47.

<sup>(121)</sup> SCHAUER, *Le regole del gioco*, cit., p. 281; RAZ, *Ethics in the public domain. Essay in the morality of law and politics*, Clarendon Press, 1994, p. 124.

<sup>(122)</sup> ALEXANDER, *Constrained by Precedent*, in *Southern California Law Review*, cit., p. 17.

<sup>(123)</sup> SCHAUER, *Le regole del gioco*, cit., p. 282 s.

Un caso successivo può chiaramente rientrare nell'ambito della regola affermata dal precedente, ma il giudice può rifiutarsi di raggiungere il risultato imposto dalla regola stessa, perché esiste un elemento nel caso successivo che fornisce una buona ragione per *non* condividere quella medesima soluzione. In questo modo, la regola affermata nel precedente viene "adattata" alle esigenze del caso attuale, e resa funzionale allo scopo che le è sotteso; nel momento in cui il precedente crea delle difficoltà nel caso da decidere la regola può essere alterata.

Al fine di spiegare la compatibilità del potere di distinguere con il modello decisionale basato su regole, si ammette allora che le regole di *common law* siano regole di uno «strano tipo»<sup>(124)</sup>; sebbene la peculiarità non valga ad escludere che il loro funzionamento sia in fondo analogo a quello delle regole propriamente intese.

Esattamente come una regola, il precedente detta la soluzione dei casi futuri, pur quando essa non risulti del tutto congruente alle loro concrete specificità. Il punto, infatti, è che la regola del precedente non può essere sempre e comunque modificata; perché ciò sia possibile è necessario che, in un dato caso, si dimostri raggiunto un certo livello di inadeguatezza della regola medesima. Esiste insomma una soglia oltre la quale si ammette che la regola possa (e anzi debba) essere adattata a nuove necessità<sup>(125)</sup>; quando l'incongruenza è schiacciata il *distinguishing* è giustificato, senza che ciò significhi minare il modello decisionale di riferimento<sup>(126)</sup>. Rimane tuttavia irrisolto – e probabilmente irrisolvibile – il problema di una definizione precisa del momento e delle condizioni al ricorrere dei quali sia giusto riconsiderare una regola; si tratta di condizioni che inevitabilmente rimangono legate al caso concreto e che non possono essere specificate *a priori*<sup>(127)</sup>.

L'argomento però rimane fermo: un precedente, come una regola, non può essere modificato solo perché si dimostri non pienamente confacente alle ragioni del caso attuale; a tal fine è necessario che sussista un'esigenza particolarmente pressante di adeguamento<sup>(128)</sup>. Il precedente, perciò, rimane relativamente stabile: esso influenza le decisioni future fino a quando

---

<sup>(124)</sup> *Id.*, *Is the common law law?*, in *California Law Review*, 1989, p. 467, il quale osserva: «*common law rules are strange breed. They can be modified at the moment of application to the case at hand, and their modification depends upon the background social proposition*». Sebbene – come si è detto – le «ragioni escludenti» di Raz siano nel loro funzionamento assimilabili alle «generalizzazioni trincerate» di Schauer, occorre sottolineare come in realtà tra i due modelli di analisi sussista una divergenza. La questione è quella del superamento della regola. Raz considera le ragioni escludenti come ragioni impossibili da superare; esse prevalgono *sempre* sulle ragioni di primo ordine. Tant'è che, a stretto rigore, è perfino improprio parlare di *conflitto* tra ragioni di ordine diverso (cfr. Raz, *Practical reason and norms*, cit., p. 40). Schauer invece ammette che un superamento della regola possa darsi, quando esso risulti superato da circostanze di una certa consistenza (cfr. Schauer, *Is the common law*, cit., p. 467).

<sup>(125)</sup> Sulla necessità che un sistema preveda «*defeaters* delle regole», v. Celano, *Rule of Law*, cit., p. 278.

<sup>(126)</sup> In tal senso, v. Schauer, *Is the common law law?*, cit., p. 470. Il meccanismo non è dissimile da quello che opera rispetto ai precedenti persuasivi; anche in questi casi, infatti, sussiste una presunzione contro il discostamento da quanto deciso in passato. Per assumere una decisione diversa sarebbe necessario dimostrare che essa è suggerita dall'evoluzione dello stato delle cose, nonché preferibile nelle conseguenze giuridiche rispetto a quelle cui si giungerebbe osservando i precedenti (cfr. MacCormick, *Why cases have rationes*, cit., p. 155 ss.).

<sup>(127)</sup> In questo senso, se e quando, in un certo contesto di decisione, «*de-trinceriamo*» una generalizzazione lo facciamo sulla base di un modello decisionale particolarista (Celano, *Possiamo scegliere fra particolarismo e generalismo?*, in *Ragion pratica*, 2005, f. 2, p. 474; *Id.*, *Rule of Law*, cit., p. 279 s.).

<sup>(128)</sup> Il ragionamento si fonda sul rapporto sussistente tra le proposizioni «sociali» e quelle «dottrinali»: le prime hanno un ruolo nell'applicazione di regole giuridiche esistenti ai fatti di date controversie, come nel caso in cui determino il cambiamento delle stesse (cfr. Eisenberg, *La natura del common law*, Giuffrè, 2010, p. 25 ss.).

incontra un caso che presenti proprietà sufficientemente rilevanti da richiedere un'operazione di distinzione <sup>(129)</sup>.

## 5.2. Il precedente e il modello decisionale "caso per caso"

La difficoltà che incontra la tesi che intende il modello di *common law* come una forma di decisione basata su *regole* è soprattutto quella di spiegare il *distinguishing* come parte integrante della dottrina del precedente <sup>(130)</sup>. Tradizionalmente, infatti, la pratica del distinguere è qualificata come un elemento esterno al vincolo dello *stare decisis*: il giudice del caso attuale è obbligato a seguire la decisione pregressa; egli può discostarsene solo quando i fatti dei due casi risultino tra loro ragionevolmente distinguibili <sup>(131)</sup>. Ma se il *distinguishing* costituisce – come risulta dalla prassi – un elemento caratterizzante della dottrina del precedente sembrerebbe preferibile descrivere tale vincolo secondo una diversa prospettiva, che renda la distinzione parte dell'obbligo che grava in capo al giudice chiamato a decidere il caso successivo.

Una possibile soluzione quindi è quella di descrivere lo schema decisionale di *common law* ricorrendo al modello "caso per caso", o *basato sull'equilibrio delle ragioni* <sup>(132)</sup>. Naturalmente, una soluzione di questo tipo deve essere adattata alle peculiarità che connotano il sistema dello *stare decisis*. Ogni considerazione, dunque, deve muovere dall'individuazione di ciò che di una precedente decisione impegna il giudice successivo.

Come detto, il fulcro della dottrina del precedente è che il tribunale successivo è tenuto a risolvere il caso attuale di modo tale che esso risulti "coerente" con il precedente; tradizionalmente, si sostiene che ciò significhi applicare in esso la regola antecedentemente affermata <sup>(133)</sup>.

La "coerenza" imposta dal vincolo tuttavia può essere intesa in termini diversi. Secondo una prospettiva alternativa, infatti, la "coerenza" consiste nell'accettazione, da parte del giudice successivo, della valutazione effettuata dal giudice precedente in merito all'*equilibrio delle differenti ragioni* in gioco <sup>(134)</sup>. Il giudice successivo, in altri termini, è obbligato a non mettere in discussione il bilanciamento effettuato nel caso pregresso, fermo il contesto in cui esso è stato formulato; con la conseguenza che in futuro ogni eventuale argomentazione ulteriore dovrà muovere dal presupposto che il precedente è stato correttamente deciso <sup>(135)</sup>.

Sulla base di questa premessa, è possibile spiegare in termini diversi il principio dello *stare*

<sup>(129)</sup> Che il particolarismo operi anche all'interno del modello basato su regole è in un certo senso inevitabile. A ben vedere, infatti, sono ragioni di tipo particolarista a governare l'alternativa fra ragionamento generalista e ragionamento particolarista. La verità, insomma, è che tra i due modelli «non abbiamo scelta», poiché in ogni caso l'ultima parola è affidata a ragioni particolaristiche (CELANO, *Possiamo scegliere*, cit., p. 476 ss.).

<sup>(130)</sup> GOLDSTEIN, *Some problems about precedent*, in *Cambridge Law Journal*, 1984, vol. 43, p. 96.

<sup>(131)</sup> «If the judge in a later case is bound by the precedent according to the English doctrine of *stare decisis*, he must apply the earlier ratio decidendi however much he disapproved of it, unless [...] he considers that the two cases are 'reasonably distinguishable'», in termini v. CROSS – HARRIS, *Precedent*, cit., p. 40 s.

<sup>(132)</sup> LAMOND, *Do precedents create rules?*, in *Legal Theory*, vol. 11, 2005, p. 1 ss. L'analisi di LAMOND ha un ambito ben definito: l'Autore limita l'efficacia dei suoi argomenti a sostegno di un modello decisionale "caso per caso" agli ambiti governati dal *common law*. Con la conseguenza che estendere tali considerazioni all'ambito regolato dalla *statutory law* comporterebbe una serie di aggiustamenti ed ulteriori precisazioni (p. 4).

<sup>(133)</sup> Sulla coerenza intesa come «logica sistemica», ovvero sia come ideale per cui «tutte le regole che costituiscono il corpo del diritto dovrebbero essere coerenti l'una con l'altra», v. EISENBERG, *La natura*, cit., p. 73 ss.; D. LYONS, *Formal justice*, cit., p. 505 ss.

<sup>(134)</sup> LAMOND, *Do precedents*, cit., p. 3.

<sup>(135)</sup> È possibile osservare già da subito come una lettura della nozione di "coerenza" di questo tipo colga appieno i limiti che accompagnano il potere di *distinguishing*: il giudice del caso successivo, laddove ritenga che decidere il caso

*decisis*. A ben vedere, l'oggetto del vincolo non è unico; esso non si limita ad imporre al giudice successivo l'obbligo di *sequire* il precedente. Da esso piuttosto deriva un obbligo disgiuntivo: il giudice, muovendo dall'assunto secondo cui il precedente è stato correttamente deciso, deve *sequirlo* ovvero *distinguerlo*, fermo che in entrambi i casi, egli sta osservando il vincolo imposto dalla decisione precedente <sup>(136)</sup>.

Per spiegare in che modo ciò sia possibile occorre mutare prospettiva, per assumerne una che, anziché guardare alla sola *ratio decidendi* intesa come "regola" espressa nella decisione pregressa, si rivolga al "caso" complessivamente considerato <sup>(137)</sup>. Abbandonare la visione del precedente come fonte di una "regola" e guardare ad esso come un "caso" significa, quindi, negargli il tratto caratteristico della decisione basata su regole: con esso i giudici non hanno voluto regolare fattispecie ulteriori e diverse, non perfettamente aderenti alla regola espressa. Il giudice risolve quel caso specifico, in ragione delle caratteristiche contestuali che lo connotano, ma senza imporre alcun vincolo che si estenda a situazioni future differenziabili.

Un altro modo di leggere il sistema del precedente, insomma, è farlo in termini di "casi", che delineano particolari controversie, adducendo motivazioni che – in quelle specifiche circostanze – risultino sufficienti a giustificare il risultato <sup>(138)</sup>: si assume, in questo senso, la prospettiva di un modello decisionale *basato sull'equilibrio delle ragioni*. Con una precisazione, però. Le ragioni fornite da questo caso sono, per loro natura, caratteristiche generali della fattispecie considerata <sup>(139)</sup>, con la conseguenza che – anche in una prospettiva particolarista – deve ammettersi che la decisione assuma una valenza *al di là del singolo caso*; essa impegna a risolvere, in qualsiasi situazione futura, gli *stessi fatti* nello stesso modo <sup>(140)</sup>.

Vediamo meglio come funziona un sistema di questo tipo <sup>(141)</sup>.

Si supponga che in un certo caso *X* ricorrano i fatti (*g, h, i, l, k*) e che il giudice reputi i fatti *g, h* e *k* tali da produrre il risultato *C*. Dalla decisione deriverà la "regola": "*R = Se (g; h; k) allora C*".

In definitiva, il giudice ha deciso che, in quel dato contesto fattuale (*g, h, i, l, k*), le caratteristiche *G; H* e *K* – in quanto generalizzazioni degli aspetti rilevanti nel singolo caso – giustificano la conclusione *C*.

A questo punto, dalla decisione possono trarsi due conseguenze: gli elementi *G; H* e *K* sono tali da fornire una ragione per concludere *C*; e, ancora, i restanti elementi (*I* e *L*) non impediscono di giungere alla soluzione *C*.

—————  
attuale secondo la *ratio* affermata nel precedente vorrebbe dire giungere ad una soluzione per esso inadeguata, può senz'altro distinguere i due casi, con il solo limite di giungere ad una soluzione compatibile con quella precedente.

<sup>(136)</sup> LAMOND, *Do precedents*, cit., p. 3, il quale afferma: «*distinguishing and following are simply two sides of the same coin: case-by-case decision-making is the process of determining whether or not a precedent should be followed, given the differences between the case before the court and the precedent case*».

<sup>(137)</sup> Il mutamento di prospettiva ricorda le considerazioni avanzate da Goodhart nella sua teoria di *ratio decidendi*. L'Autore evidenzia che ogni elaborazione tesa ad individuare il contenuto del vincolo del giudice successivo non può esimersi dal considerare i "fatti" del caso; poiché – per la struttura del *common law* – ogni soluzione che prescinda da essi rende privo di significato l'intero sistema del precedente (cfr. GOODHART, *Determining the ratio*, cit., p. 161 ss.).

<sup>(138)</sup> LAMOND, *Do precedents*, cit., p. 15.

<sup>(139)</sup> Sulla "generalizzazione" come presupposto per la giustificazione di una decisione v. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico*, cit., p. 230 s.; MACCORMICK, *Ragionamento giuridico*, cit., p. 94; PERELMAN, *Trattato dell'argomentazione*, cit., p. 237 s.

<sup>(140)</sup> LAMOND, *Do precedents*, cit., p. 14.

<sup>(141)</sup> *Ivi*, p. 14 ss.

Il vincolo derivante dalla decisione può dunque essere spiegato nei seguenti termini: il giudice successivo che si trovi dinanzi al caso in cui ricorrano i fatti  $g'$ ,  $h'$  e  $k'$  dovrà senz'altro considerare la regola  $R$  ai fini della sua decisione e, allo stesso tempo, verificare se uno dei restanti aspetti del caso costituisca o meno ragione sufficiente per escludere la conclusione  $C$ ; se il risultato della verifica è negativo, il giudice applica il precedente, altrimenti lo distingue.

Un simile modo di ragionare porta con sé una precisa implicazione: tra il seguire e il distinguere vi è assoluta simmetria, poiché tanto nell'uno quanto nell'altro la portata del precedente viene modificata. Ogni volta che il giudice successivo segue il precedente, applicandolo al caso da decidere, ulteriori fatti vengono aggiunti all'elenco di quelli considerati incapaci di smentire la conclusione. Allo stesso modo, quando il giudice successivo "distingue" il caso attuale dal precedente, individua un elemento meritevole di superare le ragioni a favore della conclusione.

Intesa in questi termini, la distinzione non è assimilabile alla creazione di un'eccezione alla regola (e nemmeno alla reinterpretazione della medesima): essa non altera quanto stabilito nel precedente, ma aggiunge solo ulteriori dettagli alla dottrina in esso affermata<sup>(142)</sup>. Perciò, il potere di *distinguishing* non è indice di quanto facilmente il giudice possa creare eccezioni alla *ratio* precedente; ricorrendo all'opera di distinzione, al contrario, il giudice non fa altro che risolvere un caso che la decisione precedente non pretendeva affatto di regolare.

Da questo quadro emerge un dato preciso: i precedenti sono necessariamente dipendenti dal contesto in cui si formano, con la conseguenza che essi non pretendono di anticipare le conclusioni che dovranno raggiungersi in situazioni diverse. E per tale profilo il modo di decidere in base ad un precedente si differenzia nettamente da quello che decide in base ad una regola.

Ciò, naturalmente, non significa privare il precedente di un qualsivoglia ruolo al di fuori del contesto in cui si è formato. Che la decisione spieghi effetti al di là del singolo caso è senz'altro vero, ma i termini della sua efficacia devono essere meglio precisati e tenuti distinti da quelli prodotti da una regola (del tipo, ad esempio, di una legge statutaria)<sup>(143)</sup>.

La distinzione può essere spiegata ricorrendo alla nozione di «ragione protetta». Nell'analisi di Raz, le ragioni che si considerano ai fini di una decisione sono di due tipi: di primo e di secondo ordine<sup>(144)</sup>. Ciascuna è soggetta al bilanciamento con le ragioni antagoniste appartenenti alla stessa *species*, ma nel caso in cui il conflitto si consumi – come generalmente avviene – tra ragioni appartenenti a tipologie diverse, le ragioni di secondo ordine prevalgono *sempre*, per loro natura, su quelle di primo ordine<sup>(145)</sup>. Il conflitto, in sostanza, viene risolto virtù del principio generale secondo cui alcune tipi di ragioni (quelle di secondo ordine) prevalgono sempre su altri tipi di ragioni (quelli di primo ordine). All'interno della categoria delle «ragioni di secondo ordine» si annoverano poi le cd. «ragioni escludenti», le quali hanno la precipua funzione di privare

<sup>(142)</sup> «It is important to see the symmetry of following and distinguishing: every time a precedent is followed, the legal doctrine of which it is a part is altered [...]. Every time a precedent is followed, further facts are added to the list of those regarded as insufficient to defeat the reason provided by the ratio», Ivi, p. 18.

<sup>(143)</sup> In senso analogo, v. le considerazioni di PINO, *Diritti e interpretazione*, Il Mulino, 2010, p. 188, il quale, in merito alle decisioni assunte sulla base di un «bilanciamento *ad hoc*», afferma che sarebbe «un nonsenso pretendere che, a seguito di bilanciamento, un caso venga deciso in un certo modo, e che un caso futuro che condivida le medesime proprietà rilevanti sia deciso in un altro modo. Una simile concezione consegnerebbe il bilanciamento *ad hoc* alla pura irrazionalità».

<sup>(144)</sup> RAZ, *Practical Reason*, cit. p. 39 s.

<sup>(145)</sup> *Ibidem*: «a second-order reason is any reason to act for a reason or to refrain from acting for a reason».



di ogni rilievo date «ragioni del primo ordine» (contrarie alla ragione di primo ordine che si intende “tutelare”), impedendo che le stesse possano ricevere qualche tipo di considerazione ai fini della decisione <sup>(146)</sup>. La combinazione tra una «ragione di primo ordine» ed una «ragione escludente» dà vita ad una «ragione protetta»: da un lato, la «ragione di primo ordine» costituisce un motivo per una qualche azione; dall’altro, la «ragione escludente» impedisce di considerare le «ragioni di primo ordine» contrarie alla prima <sup>(147)</sup>. Le «ragioni protette», dunque, preservano una «ragione di primo ordine», impedendo che essa possa risultare recessiva nel bilanciamento con altre «ragioni di primo ordine» di segno contrario.

Ebbene, una “regola”, esattamente come un “precedente”, crea una “ragione di primo ordine” a sostegno di una certa conclusione “C”, quando date circostanze siano soddisfatte. Sembra poi altrettanto corretto affermare che entrambi – la “regola” e il “precedente” – tutelano tale ragione di primo ordine; creano cioè a favore di tale soluzione una «ragione escludente», la quale impedisce ad altre «ragioni di primo ordine» di superarla. In questo modo, in entrambe le ipotesi, si dà vita ad una «ragione protetta»; le modalità con cui tale protezione opera tuttavia risultano profondamente distinte nelle due situazioni, in punto di grado e di completezza <sup>(148)</sup>.

Le regole tutelano la «ragione di primo ordine» ricorrendo ad una *presunzione relativa e generale*: tutte le ragioni di primo ordine contrarie sono escluse, a meno che non superino una certa soglia di “peso”. Solo in questo caso tornano ad assumere rilievo ai fini della decisione <sup>(149)</sup>. I precedenti, invece, tutelano la medesima «ragione di primo ordine» ricorrendo ad una *presunzione assoluta, ma frammentaria*: sono escluse, senza che siano ammesse eccezioni, (solo) le «ragioni di primo ordine» contrarie alla soluzione “C” già presenti nel caso precedente <sup>(150)</sup>. In questo senso, la protezione conferita dal precedente è altamente selettiva.

Il grado di protezione assume quindi una minore intensità nelle regole, in cui la presunzione è solo relativa, ma una maggiore consistenza nel precedente, in cui la medesima presunzione è assoluta. L’ambito di operatività della medesima protezione, invece, assume una maggiore estensione nelle regole, ricomprendendo tutte le «ragioni di primo ordine» contrarie, e risulta meno ampia nei precedenti, operando limitatamente alle «ragioni di primo ordine» già presenti nel caso precedente.

Questa lettura, però, non esclude che in alcuni casi la natura del precedente possa avvicinarsi di molto a quella di una regola <sup>(151)</sup>. Si consideri non già un singolo precedente, ma una gamma più ampia di decisioni sulla medesima questione: nel caso di una “giurisprudenza conforme” è possibile individuare, da un lato, un elenco abbastanza cospicuo di condizioni il cui verificarsi conduce alla conclusione “C”, e, dall’altro, una gamma piuttosto ampia di circostanze che impediscono di superare le ragioni a favore di “C”, limitando di fatto la pratica del *distinguishing*.

Questo naturalmente non significa raggiungere un livello di generalità equivalente a quello delle regole, ma senz’altro vuol dire che con il sommarsi delle decisioni progressivamente

---

<sup>(146)</sup> *Ibidem*: «an exclusionary reason is a second-order reason to refrain from acting for some reason».

<sup>(147)</sup> *Id.*, *Facing Up: a reply*, in *Southern California Law Review*, vol. 62, 1989, p. 1159, in cui le cd. “ragioni protette” sono definite come «a combination of an exclusionary reason and a first-order reason».

<sup>(148)</sup> LAMOND, *Do precedents*, cit., p. 19.

<sup>(149)</sup> SCHAUER, *Is the common law*, cit., p. 470.

<sup>(150)</sup> LAMOND, *Do precedents*, cit., p. 19.

<sup>(151)</sup> *Ivi*, p. 20.

diminuisce il novero delle ipotesi in cui sarà possibile distinguere il precedente <sup>(152)</sup>. È senz'altro vero quindi che, se si guarda a quelle aree del *common law* che sono rimaste incontroverse per lunghi periodi di tempo, il modello di decisione basato sul precedente è simile a quello basato su regole.

Stando a questa ricostruzione, dunque, il processo decisionale tipico del *common law* può essere illustrato tramite il modello *basato sull'equilibrio delle ragioni*: il tribunale successivo è obbligato a raggiungere una decisione che sia coerente con la valutazione del bilanciamento delle ragioni operato dalla corte precedente e la soluzione dei casi risente fortemente del contesto nel quale viene elaborata; perciò le controversie decise non pretendono di risolvere ciò che dovrebbe essere fatto in futuro, in una situazione anche solo parzialmente diversa <sup>(153)</sup>. D'altro canto, ciò non toglie che un meccanismo decisionale di questo tipo possa, nel lungo periodo, finire per assomigliare ad una strategia decisionale basata su regole.

### 5.3. Un punto di incontro

I due modelli decisionali giungono a risultati sostanzialmente equivalenti ogni qualvolta il caso successivo risulti coerente con la regola utilizzata per risolverlo ovvero con il bilanciamento effettuato nel precedente: in entrambi gli schemi, si applica una generalizzazione formulata nel passato e idonea a regolare il caso attuale <sup>(154)</sup>.

La divergenza invece si coglie quando si incontra un caso "difficile", in quanto differenziabile dal primo sulla base di ragioni rilevanti.

In un modello decisionale basato su regole (considerato nella sua accezione pura), il caso deve essere risolto sulla base della regola, la quale per sua natura è destinata ad operare anche quando non produce un risultato ottimale <sup>(155)</sup>.

Per il modello di decisione caso per caso, invece, in una simile ipotesi, non ricorre alcun vincolo: l'equilibrio di ragioni individuato nel caso precedente non vale a regolare una situazione differenziabile dalla prima; sicché il giudice del caso attuale deve effettuare un nuovo

---

<sup>(152)</sup> E, comunque, anche quando un fattore nuovo venga in considerazione, il giudice successivo non è sempre libero di distinguere: egli deve procedere ad una comparazione del tipo di ragione che la nuova circostanza invoca. Se essa è dello stesso tipo di un argomento già fornito da un caso precedente, e respinto come base per la formulazione di una distinzione, allora il giudice non potrà procedere nel senso del *distinguishing*. Tra i due argomenti vi deve essere una differenza tale da rendere il secondo argomento più convincente di quanto non lo fosse il precedente. È diverso, naturalmente, se l'argomento fornito dal nuovo fatto non è dello stesso tipo di quello sollevato dai fatti precedentemente esclusi: distinguere su questa base non sarebbe incoerente con la presunzione di correttezza delle decisioni precedenti (*ivi*, p. 21).

<sup>(153)</sup> Accogliendo questa prospettiva, alcune caratteristiche del *common law* vengono spiegate. Anzitutto, si integra il *distinguishing* nel vincolo posto dal precedente, poiché l'obbligo del giudice successivo diviene quello di seguire o di distinguere, a seconda che le differenze tra i due casi giustificano o meno un risultato diverso. Si comprende poi perché i tribunali dedichino una così grande attenzione alla illustrazione dei fatti: senza di essi non si può intendere in modo corretto ciò che è stato deciso. Infine, si coglie la ragione per la quale nelle decisioni di *common law* manchi la formulazione canonica delle *rationes*: pretendere di affermare una *ratio* nei termini di una regola generale significherebbe offrire l'impressione che la decisione stia stabilendo una regola indipendente dal contesto; e così non è (*Ivi*, p. 23 s.).

<sup>(154)</sup> Rimane tuttavia ferma una differenza nella forma che la generalizzazione assume: nella prima ipotesi essa è cristallizzata in una regola; nella seconda deriva dall'equilibrio di ragioni raggiunto nel precedente giudiziale.

<sup>(155)</sup> Che il risultato sia ottimale o meno deve valutarsi naturalmente alla luce della giustificazione sottesa alla formulazione della regola medesima, v. SCHAUER, *Le regole del gioco*, cit., p. 95.

bilanciamento, considerando i fattori che connotano il caso da decidere, rimasti estranei alla valutazione effettuata in passato <sup>(156)</sup>.

In concreto, tuttavia, anche dinanzi ad un caso “difficile”, la distanza tra i due modelli non è sempre netta.

Seguendo la via che concepisce il modello di decisione sulla base di precedenti come una forma di decisione basata su regole, si arriva a concludere che si tratta, in effetti, di un procedimento decisionale basato su regole di un tipo particolare. E così si ammette che talvolta le peculiarità del caso attuale siano tali da giustificare «la sospensione dell’applicazione della regola rilevante [...], la riapertura della deliberazione, e la decisione del caso sulla base del bilanciamento delle ragioni» <sup>(157)</sup>.

Percorrendo invece la soluzione per la quale decidere sulla base di un precedente vincolante significa decidere sull’equilibrio delle ragioni, lasciando ampio spazio alla valutazione delle specificità del caso concreto, si giunge, però, ad un’osservazione: nel lungo periodo, questo modo di procedere finisce per assomigliare a quello di una regola. Man mano che si va avanti e le decisioni si sommano, infatti, le peculiarità dei singoli casi assumono un rilievo sempre minore, con la conseguenza che la modificazione dell’equilibrio stabilito diviene più difficile da realizzare: il risultato delle continue e ripetute operazioni di bilanciamento, in sostanza, si “cristallizza”.

Sembrerebbe, allora, che i due modi di concepire il processo decisionale non siano affatto incompatibili tra loro. Se considerati nei rispettivi punti di estremità – da un lato, la regola posta davanti ad un caso difficile concede rilievo ai particolari della fattispecie concreta; dall’altro, il continuo bilanciamento delle ragioni finisce per trovare un solido punto di equilibrio – i due paradigmi, apparentemente opposti, si incontrano. L’uno non esclude l’altro, ed entrambi possono essere utilizzati per spiegare il modello decisionale di *common law*.

I due modelli, allora, «non rappresentano una dicotomia, ma due poli opposti in uno spettro che contiene numerose possibilità intermedie» <sup>(158)</sup>. Immaginando il modello delle regole e quello dell’equilibrio delle ragioni come due estremi di un *continuum*, possiamo muoverci lungo la linea immaginaria che li collega per rappresentare efficacemente il procedimento decisionale per precedenti.

La scelta del punto in cui collocarsi e dal quale osservare il fenomeno è fortemente influenzata dal contesto giurisprudenziale di riferimento: di fronte ad un unico precedente, il modello decisionale, in effetti, risulta efficacemente descritto dallo schema dell’equilibrio delle ragioni, ponendosi vicino a tale estremo (e lo stesso potrebbe dirsi per un precedente che, nelle successive applicazioni, è stato ripetutamente distinto); al sommarsi di decisioni conformi, tuttavia, il procedimento decisionale del giudice di *common law* si avvicina via via all’estremo opposto, risultando più efficacemente descritto dal paradigma decisionale basato su regole. Le

---

<sup>(156)</sup> LAMOND, *Do precedents*, cit., p. 17.

<sup>(157)</sup> CELANO, *Rule of Law*, cit., p. 278.

<sup>(158)</sup> PINO, *Diritti*, cit., p. 193, il quale riferisce l’espressione qui ripresa alla contrapposizione tra il bilanciamento “caso per caso” e il “bilanciamento definitorio”.

operazioni di *distinguishing* trovano progressivamente meno spazio, e anche i casi difficili vengono *tendenzialmente* risolti in base alla regola <sup>(159)</sup>.

---

<sup>(159)</sup> Si noti però che anche quando uno stile di ragionamento mima il ragionamento generalista esso rimane in realtà governato da un ragionamento di carattere particolarista. In altri termini, «il ricorso ad una strategia di decisione (apparentemente) generalista resta provvisorio, e soggetto, in linea di principio, alla possibilità di revoca» (CELANO, *Possiamo scegliere, cit.*, p. 473). Perciò, anche quando ci si avvicina all'estremo delle regole, il paradigma di decisione per precedenti non si identifica mai con uno schema decisionale basato su regole *puro*. Può sempre darsi infatti che vi saranno casi tali da richiedere l'adattamento della regola alle circostanze attuali, con una precisa conseguenza. Il modello di *common law*, pur quando si avvicina a quello descritto dalla decisione basata su regole, si connota per un tratto distintivo: tali regole non sono mai assolutamente indefettibili (sulla nozione di defettibilità v. CHIASSONI, *La defettibilità nel diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, p. 494 ss.; PINO, *Norma giuridica*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di Pino – Schiavello – Villa, Giappichelli, 2017, p. 47 ss.).

