

STATUTORY PRECEDENTS
MISURA DEL VINCOLO E PARAMETRI
DI LEGITTIMAZIONE DELLA DECISIONE GIUDIZIARIA
NEL DIRITTO ANGLO-AMERICANO*

STATUTORY PRECEDENTS
EXTENT OF THE CONSTRAINT AND LEGITIMACY PARAMETERS
OF THE JUDICIAL DECISION IN ANGLO-AMERICAN LAW

Francesco Maria Damosso**

Università degli Studi della Tuscia di Viterbo

ABSTRACT: Un discorso intorno all'interpretazione dello *statute* in Inghilterra e negli Stati Uniti d'America implica la questione dell'interazione dei formanti legislativo e giurisprudenziale nell'ambito di quei sistemi. La questione è trattata dall'autore riflettendo sul coordinamento tra autorità della legge e autorità del precedente formalmente vincolante, dapprima nelle ipotesi in cui legge e precedente operino contestualmente ai fini della decisione, e in seguito nelle ipotesi in cui si avvicendino cronologicamente.

Sullo sfondo vi è una constatazione, da cogliere nella sua linearità pure alla stregua di una chiave di lettura. Farsi carico del problema interpretativo, cioè gestire adeguatamente uno spazio di manovra in potenza esteso, dipende in definitiva dal senso di responsabilità di ciascun giudice e dal grado di interiorizzazione di una direttiva specifica, senz'altro a tutt'oggi

* Il contributo nasce dalla relazione svolta oralmente, sulla base di un questionario predisposto dall'Unità di Ricerca di Roma, nel corso della Tavola Rotonda organizzata nell'ambito del Progetto PRIN - Progetto di ricerca di rilevante interesse nazionale 2017, prorogato 2024, "Massimario penale e conoscibilità del diritto: la costruzione del precedente nello spazio giuridico europeo", in cui sono impegnate l'Università "La Sapienza" di Roma, l'Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna, l'Università degli Studi di Padova e l'Università degli Studi di Ferrara. Il contributo è destinato, in forma lievemente modificata, alla raccolta degli Atti dell'evento.

** Dottorando di ricerca in "Diritto dei mercati europei e globali. Crisi, diritti, regolazione" presso l'Università degli Studi della Tuscia di Viterbo, profilo processualpenalistico. E-mail: francesco.damosso@unitus.it. ORCID ID: 0009-0001-5855-8168.

permeante il modo di ragionare angloamericano: quando si deve decidere, un precedente pertinente va seguito. Tuttavia, se proprio dovesse trattarsi di un cattivo precedente, regole e principi validi *erga omnes* possono essere rimeditati.

PAROLE CHIAVE: Interpretazione dello *statute*. Precedente vincolante. Intervento parlamentare correttivo. Precedente-ombra.

Abstract: The examination of statute interpretation in England and the United States grapples with the interplay between legislative and jurisprudential formants within these legal systems. The author explores this issue by contemplating the alignment between the authority of the law and that of formally binding precedents. This exploration spans scenarios where law and precedent coexist in decision-making and later delves into instances where they become chronologically intertwined. In the context, there is an observation that can be seen as a guiding principle for interpretation.

Tackling the challenge of interpretation, which involves navigating a potentially vast scope for decision-making, fundamentally relies on each judge's sense of responsibility and their assimilation of a particular guideline. Undoubtedly, this mindset still influences the Anglo-American way of reasoning: a precedent must be followed. However, if a precedent proves flawed, universally applicable rules and principles might be overruled.

KEYWORDS: Statutory Interpretation. Binding Precedent. Overriding. Shadow-Precedent.

SOMMARIO: 1. COORDINATE TERMINOLOGICHE E CONCETTUALI.— 2. BASI DI TEORIA E PRATICA DEL PRECEDENTE VINCOLANTE ANGLO-AMERICANO.— 3. AUTORITÀ DELLA LEGGE E AUTORITÀ DEL PRECEDENTE COME FONDAMENTI DI UN VINCOLO COMPOSITO.— 4. DIVERSA FORZA NORMATIVA DEI DIVERSI PRECEDENTI: 4.1. *Super-strong presumption* di correttezza del precedente statutario.— 5. SOPRAVVIVENZA DELLA LEGGE AL PRECEDENTE DI GENESI ORALE E VICEVERSA: CONDIZIONI DELLA COESISTENZA E DELLA INCOMPATIBILITÀ— 6. SOPRAVVIVENZA DELLA LEGGE AL PRECEDENTE STATUTARIO, TRA *OVERRIDING* E PRECEDENTI-OMBRA.— 7. BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE DI APPROFONDIMENTO.

1. COORDINATE TERMINOLOGICHE E CONCETTUALI.

La dinamica convergenza di cui vivono le famiglie di *civil law* e *common law* rappresenta un dato oramai acquisito. Che si coglie osservando, nelle prime, la progressiva valorizzazione del formante giurisprudenziale; e non solo sul piano pratico, ma pure su quello teorico, su quello istituzionale e su quello della legislazione. Riguardo alle seconde — in particolare, all'Inghilterra e agli Stati Uniti d'America —, fin dall'inizio del secolo scorso si parla della c.d. *statutorification*, e dunque dell'invalidare del formante scritto nei diversi settori dell'ordinamento.

Una tale premessa consente di mettere a fuoco i primi punti fermi della nostra riflessione.

Da un lato, i precedenti giudiziari, non soltanto nel nostro sistema ma pure oltremarica e oltreoceano, indicano come un giudice ha precedentemente deciso un certo caso e quindi funzionano anzitutto come criteri decisori per la trattazione dei casi successivi. Dall'altro, non soltanto nel nostro sistema ma pure oltremarica e oltreoceano, essi si basano per lo più su passate inter-

pretazioni di legge scritta, le quali indirizzano in vario modo le decisioni successive. Del resto, se è la legge a dominare sotto il profilo quantitativo anche il sistema delle fonti anglo-americane, ne segue, giocoforza, che le masse di precedenti con cui in Inghilterra e negli Stati Uniti abbiamo a che fare sono in larga parte costituite da *statutory precedents*, come si usa denominarli.

Correlativamente — rimanendo sempre meno spazio per ambiti non disciplinati dagli *statutes* — i *common law precedents*, ossia quelli che storicamente compongono il c.d. diritto comune non scritto, fondanti principi e regole giuridiche di genesi puramente orale, nel complesso costituiscono oggi una percentuale inferiore rispetto a quelli di origine legale.

Sul versante terminologico, nella letteratura più tradizionale il termine *precedent* viene talvolta impiegato per indicare esclusivamente il suddetto *common law precedent*, cioè il contenuto del diritto non scritto, vigente in quanto non inciso dalla legislazione parlamentare o da atti normativi scritti secondari. Ebbene, nel prosieguo del discorso non verrà assecondata l'impostazione appena menzionata, la quale non risulta appropriata per discorrere dei temi ora d'interesse. Piuttosto, si rivelerà opportuno differenziare i *common law precedents* dagli *statutory precedents*, perché, a seconda della fonte da cui promanano, i precedenti hanno un diverso peso nella pratica giudiziaria.

Discorso diverso riguarda la distinzione classica, piuttosto netta, da delineare tra *common law* e *statutes*: il primo, quale patrimonio diciamo consuetudinario-sapienziale discendente dalle corti, continua ad essere teoricamente e operativamente separato rispetto agli interventi del legislatore. Nel senso che il giudice, quando decide un caso, si appella al diritto comune e alla legge, riconoscendole come due entità autonome, con due distinti ambiti di operatività e — preme ribadirlo — con due forze non equiparabili *in toto*. Non sarebbe comunque fuori luogo parlare di *common law* in un senso nuovo, diverso da quello classico, come comprensivo tanto della tradizione prettamente orale, quanto dei prodotti interpretativi: di fatto, il diritto applicabile può costituire il frutto di questa combinazione. Un diritto in definitiva potenzialmente diverso da quello che vigerebbe in un sistema fondato solo sulle norme scritte o solo sulle norme non scritte. D'ora in avanti, tuttavia, si continuerà a valorizzare la concezione classica.

Concettualmente intermedio, tra *common law* e *statute*, è poi il c.d. *common law statute*. Legge, cioè, verbalmente e finalisticamente formulata per lasciare ai giudici ampio margine di attribuzione del relativo significato. Quando si prevede una simile delega al potere giudiziario, si dà anche più facilità di mutare l'interpretazione delle norme nel tempo, rispetto a quanto di solito si ammette¹. Il punto risulterà maggiormente comprensibile più avanti.

¹ Leib, Serota (2010), p. 53.

2. BASI DI TEORIA E PRATICA DEL PRECEDENTE -VINCOLANTE ANGLO-AMERICANO.

Lo stato delle cose di cui s'è iniziato a dare conto, e in particolare la compresenza di precedenti geneticamente diversi a seconda della fonte da cui originano (*common law precedents* e *statutory precedents*), non tocca peraltro la questione di come ogni precedente debba essere inteso.

Il suo contenuto normativo, ossia il principio o la regola giurisdizionalmente pre-fissati e destinati a fare precedente per i casi a venire, deve infatti essere sempre rapportato ai fatti accertati in un determinato processo, sulla base dei quali il giudice ha deciso. Prestando attenzione alle elaborazioni dottrinali, nonché all'articolazione della parte motiva delle sentenze, ci si rende conto di quanto sia raro che l'argomentazione basata sulle precedenti interpretazioni della legge riesca a sganciarsi completamente dal contesto fattuale entro il quale le interpretazioni sono state formulate. Nei termini in discorso, l'interpretazione non risulta quasi mai astratta e valida una volta per tutte; ma necessariamente vicina ai fatti di causa in quanto adeguata e da adeguare a questi ultimi.

Storicamente, a determinare e alimentare una simile cifra culturale e metodologica hanno contribuito le raccolte di giurisprudenza — c.d. *law reports* —, strutturate in modo da illuminare in via sistematica le regole di diritto con i *particulars* della vicenda concreta. E proprio su tale versante culturale e metodologico è possibile cogliere un tratto distintivo del panorama anglo-americano, che, a nostro avviso, segna ancora oggi la reale misura della distanza con altri sistemi, per esempio con quello italiano: nel nostro paese, infatti, è diffusa la tendenza a fare ricorso al precedente senza curarsi troppo della c.d. fattispecie concreta di riferimento.

Un altro elemento caratteristico dei prodotti dello *jus dicere* inglesi e nordamericani, se vogliamo addirittura secondario rispetto alla rilevanza del fatto appena considerata, riguarda l'attributo della vincolatività, di cui in quel contesto ogni precedente è dotato. Lì ogni *precedent* — ossia la *ratio decidendi* espressa in, o comunque desumibile da, una certa pronuncia — costituisce formalmente un *binding precedent*. Nel decidere casi ritenuti simili, il principio dello *stare decisis et non quia movere* impone di fare applicazione dello stesso criterio già stabilito nella sentenza passata. Non si tratta di un principio autoevidente cioè operante con assoluta oggettività, poiché la misura del vincolo è sempre in certa parte mutevole e soggettivamente determinata; un caso deciso diventa un precedente, pur facendo applicazione di una norma scritta, in quanto venga individuato e interpretato come tale dal giudice sopravveniente. Da questo punto di vista, non c'è differenza tra *statutory precedent* e *common law precedent*, salvo quanto verrà precisato a tempo debito sull'argomento in forza del quale il primo può essere superato.

Ancora, non si tratta di un vincolo inderogabile: il giudice, nel tempo, si è auto-attribuito il potere di revocare il precedente sbagliato, obsoleto o ingiu-

sto. Al riguardo, conta la dimensione propriamente gerarchica della giustizia anglosassone, in quanto, salvo eccezioni, l'*overruling* può essere esercitato solo dal medesimo giudice che ha creato il precedente o da un giudice equioridinato. Per questi ultimi, il vincolo è dunque tendenziale.

Così invece non è per i giudici inferiori, obbligati a decidere riapplicando il precedente proveniente dai giudici superiori. Il sentire comune è infatti nel senso dell'aderenza al vincolo nonostante la ritenuta scorrettezza, obsolescenza o ingiustizia delle anteriori pronunce. È alquanto radicata la consapevolezza, da parte del giudicante collocato a un livello più basso della c.d. piramide giudiziaria, di difettare del potere di *ius dicere* sostituendosi al giudicante collocato a un livello più alto.

Un potere comunque sussistente in capo ai membri di tutte le corti è quello del c.d. *distinguishing*, cioè del distinguere il caso da decidere rispetto a quello già deciso, perché i rispettivi fatti rilevanti risultano troppo diversi, con il risultato di non ritenere vincolante un precedente che altrimenti lo sarebbe.

Quando si distingue, questo va detto con chiarezza, il precedente non è messo in discussione nei relativi contenuti. Nella sua dimensione fisiologica, cioè, il distinguere non comporta una flessione dello *stare decisis*, dovendosi "rimanere su quanto già deciso" solo se il "già deciso" è un caso analogo². Lungi dallo screditare il precedente, il *distinguishing* opera insomma teoricamente a favore di un suo imprescindibile approfondimento e, in ultima analisi, di una sua valorizzazione, in quanto sospinge verso un esercizio interpretativo teso alla ricerca dell'autentico ambito di operatività della *legal rule*, estrinsecazione della *ratio decidendi*, ossia di cosa il precedente abbia realmente statuito.

Il passo da un esercizio razionale e ragionevole di questo potere a una pretestuosa «spaccatura del capello in quattro»³ è piuttosto breve. Nella sua dimensione patologica, infatti, distinguere può divenire il dispositivo capace di rendere lo *stare decisis* semplicemente inesistente in concreto, non essendo immaginabili due casi naturalisticamente identici.

Gestire adeguatamente uno spazio di manovra potenzialmente tanto esteso dipende, in definitiva, dal senso di responsabilità di ciascun giudice e dal grado di interiorizzazione di una direttiva specifica, direi tutt'ora permeante il modo di ragionare inglese e nordamericano: quando si deve decidere, un precedente pertinente va seguito; anzitutto per garantire la certezza del diritto in termini di prevedibilità della decisione, e l'uguaglianza nell'applicazione delle norme per come esse vivono. Tuttavia, se si tratta proprio di un cattivo precedente, regole e principi validi *erga omnes* possono essere rimeditati (dal giudice, come si è detto, di pari grado o da quello che li ha stabiliti).

² Caso qui inteso come fatto più questioni giuridiche inerenti: Gorla (1990), p. 10.

³ Black (1912), p. 62, traduzione nostra.

3. AUTORITÀ DELLA LEGGE E AUTORITÀ DEL PRECEDENTE COME FONDAMENTI DI UN VINCOLO COMPOSITO.

Venendo al rapporto tra legge e giurisprudenza, e in particolare alla questione dell'interazione dei due formanti, è indubbio che, con l'avvento degli *statutes*, l'autorità del precedente debba coordinarsi con l'autorità della legge. Quest'ultima è infatti pacificamente sovraordinata rispetto alla giurisprudenza. Si tratta peraltro di una sovraordinazione mai codificata, bensì appartenente direi al diritto costituzionale, tanto nel sistema inglese quanto in quello nordamericano.

Così, da un lato, la precedente interpretazione influenza significativamente le decisioni sui casi successivi. Dall'altro, lo *statute*, risultato dell'esercizio del potere legislativo, detiene e deve detenere un valore superiore a quanto prodotto dai giudici; e soprattutto, almeno sulla carta, non può essere da essi manipolato nei relativi contenuti.

A questo proposito diciamo che in Inghilterra si percepisce ancora oggi piuttosto viva la tradizione dichiarativistica, un tempo riferita solo al formante giurisprudenziale e successivamente riferita pure a quello legislativo. La realtà del sistema d'oltremania nasce cioè nel consolidamento della finzione per cui il diritto non scritto preesiste rispetto all'atto della sua applicazione concreta ed è necessariamente fisso e immutabile, in quanto manifestazione del buon senso e della ragione, ovvero in quanto consuetudine «esistente *ab immemorabilia*»⁴. Praticamente lo stesso verrà affermato riguardo alla produzione legislativa, pretendendo un rapporto appunto dichiarativo fra testo e suo lettore-applicatore: il giudice deve applicare le norme dicendo il diritto per come esso è, rinvenendo il significato proprio della *littera* senza ulteriori mediazioni. Si è dunque imposto un criterio di stretta letteralità (c.d. *plain meaning rule*), sebbene nei limiti della ragionevolezza del risultato interpretativo (c.d. *golden rule*).

Lo dimostrano le conclusioni raggiunte attorno alla metà del secolo scorso, circa il fatto che le parole rinvenibili all'interno della parte motiva della sentenza, con le quali uno *statute* veniva interpretato, non potevano sostituire le parole impiegate dallo stesso testo di legge, e cioè dal parlamento; pena, evidentemente, una invasione del potere giudiziario in quello legislativo. Un passaggio della *opinion* di Lord Denning chiarisce efficacemente l'idea: «*(i) f a point should be reached where the words of the judges lead to a different result from the words of the statute, then the statute must prevail: because the judges have no right to supplant the words of the statute and would not wish to do so*»⁵.

⁴ Mattei (1991), p. 89.

⁵ *Goodrich v Paisner*, (1955) 2 Q.B. 353, 358-359.

Rimaneva e rimane comunque fermo il principio dello *stare decisis*, che impone di applicare a casi simili la stessa regola di diritto.

Questa dialettica implicita tra vincolo alla legge e vincolo al precedente in Inghilterra è stata storicamente sciolta considerando vincolante la decisione della corte (c.d. *decision*) ma non il suo contenuto argomentativo (c.d. *reasoning*). Non reputando, cioè, particolarmente significativi i principi e i fondamenti, diversi dalla legge, invocati a sostegno di una determinata soluzione giuridica; ma riconoscendo valore autoritativo esclusivamente alla suddetta soluzione. Così, nell'impostazione tradizionale, a vincolare in senso stretto è la legge per come applicata ad un certo caso. Da qui, tra l'altro, l'attribuzione della massima importanza ai fatti — ritenuti rilevanti — in rapporto a quello che diremmo il dispositivo della sentenza.

Ciò spiega pure come mai per molto tempo è stato ritenuto vietato fare ricorso ai lavori preparatori per risolvere eventuali perplessità esegetiche: lavori preparatori, cioè parole diverse da quelle visibili nel testo di legge. Oggi si è aperto alla consultazione di questo tipo di documenti, ma nella pratica il loro utilizzo non è molto frequente. E comunque, almeno sul piano declamatorio, giammai al fine di valorizzare l'intenzione del legislatore in quanto tale; ma piuttosto per scoprire, all'interno del testo, un significato coerente rispetto alle circostanze nelle quali esso è stato promulgato. Lo stesso legislatore, dal canto suo, cerca poi di ridurre al minimo i margini di equivocità semantica, predisponendo un'appendice al testo, in cui si offre l'interpretazione autentica di molti termini impiegati.

Guardando invece alla realtà statunitense, l'influenza dichiarativistica è senz'altro presente in astratto, ma si avverte di meno in concreto, e comunemente si afferma che l'interpretazione della legge in quanto tale è vincolante per i casi futuri. La decisione del giudice determina il contenuto del diritto per le decisioni a venire.

Anche oltreoceano, poi, il principio dello *stare decisis* convive con un vincolo diretto alla legge. Un conto infatti è il rispetto dello *statutory precedent* in relazione alle operazioni di sussunzione stabilite in quel precedente, dinanzi quindi a casi ritenuti analoghi; un altro conto è decidere un caso ritenuto diverso cioè nuovo. A quest'ultimo riguardo, si parla di «interpretazione diretta», la quale si rende necessaria quando un diritto vivente manchi⁶. In tali evenienze, la decisione è fondata sull'autorità della legge, e non delle passate decisioni. Con la precisazione che è andato acquisendo sempre maggior peso, nella pratica delle corti, un certo modo di leggere le disposizioni statutarie — come pure quelle costituzionali —, sganciato dai confini della *littera* rigidamente intesi. Ne è seguito il promovimento di una interpretazione funzionale, e non strettamente letterale, rispetto all'intenzione o agli scopi del legislatore in termini di *public policy* o di armonia con il dettato costituzionale statale e federale.

⁶ Jaffe (1949), p. 364, traduzione nostra.

Nella materia penale, persiste un atteggiamento di maggiore cautela. La Corte Suprema del Massachusetts, per esempio, in epoca abbastanza recente, ha affermato che il significato di uno *statute* è interamente predeterminato dal legislatore al momento della sua promulgazione⁷.

Fino a che punto ciò sia possibile e quanto un simile approccio rimanga almeno in certa parte fuori della realtà pratica-processuale — constatando come la norma di legge viva e vincoli nel significato attribuitele, nella possibile varietà dei prodotti interpretativi — è una questione grave e diversa, sulla quale ora non ci si può soffermare. Va comunque detto con chiarezza, per esplicitare un'ovvietà, che nell'ambito di quei sistemi ammettere una componente limitatamente creativa dell'atto interpretativo giudiziario non equivale a negare l'effettività di un vincolo pur sempre discendente dalla legge, e dunque la sussistenza del vincolo effettivamente composito di cui stiamo parlando, in cui autorità della legge e autorità del precedente coesistono e si integrano reciprocamente.

Nella tensione, ineludibile, di rinvenire un equilibrio tra i poteri legislativo e giudiziario, da un lato valorizzando la tangibilità della produzione normativa del giudice; e dall'altro riconoscendone una portata «interstiziale»⁸, in quanto legittima solo entro i confini del testo e di pratiche argomentative sufficientemente condivise.

4. DIVERSA FORZA NORMATIVA DEI DIVERSI PRECEDENTI.

Se sono chiare le coordinate finora poste, bisogna adesso volgere lo sguardo a un orizzonte tematico in particolare, ossia al peso specifico dello *statutory precedent* in rapporto agli altri tipi di precedenti. L'incidenza del primo nell'economia della decisione, la sua forza normativa, è infatti indubbiamente diversa rispetto a quella di cui risulta dotato un *common law precedent* oppure un *constitutional precedent* (l'interpretazione giudiziaria della Costituzione, statale o federale che sia, in Nordamerica).

L'elemento differenziale è costituito dalla fonte originaria da cui i precedenti promanano.

A tale riguardo, sembra particolarmente emblematica la giurisprudenza dello Stato di New York, in quanto detiene uno spiccato valore persuasivo — non formalmente vincolante — nei confronti dei giudici degli altri stati. In quell'ordinamento, dovendo essere drasticamente sintetici, viene superato con più facilità il precedente che interpreta una disposizione costituzionale rispetto a quello statutario o al precedente di genesi orale. Nel medesimo ordine d'idee, almeno in via di principio, si è nel tempo posizionata la Corte Suprema degli Stati Uniti.

⁷ *In re McIntire*, (2010 Mass), 458 Mass. 257, 261.

⁸ Per fare tesoro dell'espressione di McCormick, (1994), p. 188, traduzione nostra.

Cerchiamo di descrivere un po' più nel dettaglio il panorama appena tratteggiato, nello sforzo di individuare una direzione univoca, almeno in via tendenziale e al netto di sviluppi recenti più o meno visibili.

Quanto alla relativa agevolezza nel dipartirsi da un precedente costituzionale, il valore che s'intende promuovere — che s'intende cioè veicolare attualmente e in via generale attraverso una determinata norma fondamentale — evidentemente pre-vale sul valore della stabilità interpretativa. Come si comprende, un tale giudizio di prevalenza è a sua volta una scelta di valore. Un atto praticamente politico. Essendo ampiamente riconosciuta, del resto, almeno da una parte della giurisprudenza, la malleabilità di quelle norme per garantire una risposta efficace alle esigenze sociali per come nel tempo si presentano e si trasformano. E senz'altro pesa pure un certo pragmatismo nel considerare che il processo di emendamento della Carta è molto più lungo e laborioso in confronto a un *overruling* immediato da parte del giudice.

Quanto invece alla difficoltà di superare un precedente di *common law*, gioca un ruolo decisivo la dimensione sapienziale delle passate esperienze. Il precedente di *common law*, come si è inteso, solitamente affonda le proprie radici lontano nel tempo, e la sua effettiva vigenza è confortata da una pratica molto consolidata. Pensiamo soprattutto al settore dei contratti, della responsabilità civile e dei diritti di proprietà. Si valorizza molto, dunque, l'affidamento: sulle regole anche di dettaglio stabilite dai precedenti le parti hanno impostato le loro scelte negoziali, i loro investimenti, la gestione dei rischi, ecc. Le corti allora spesso concludono di non poter rimeditare l'indirizzo consolidato, perché "non hanno la libertà di farlo".

Che la tutela dell'affidamento sia spesso reputata valore pre-valente rispetto alle ragioni del mutamento non inficia quanto detto fin dall'inizio di questo discorso. Se il precedente è un cattivo precedente nei termini di cui sopra va senz'altro revocato, e ciò in concreto avviene; apertamente in deroga allo *stare decisis*.

4.1. Super-strong presumption di correttezza del precedente statutario.

Quanto alla difficoltà di superare la precedente interpretazione di una legge, pesa invece il fatto che quella decisione, nella prospettiva dichiarativistica cui abbiamo fatto cenno poc'anzi, si è occupata di chiarire e scoprire diciamo così una volta per tutte il significato di una disposizione o le intenzioni del legislatore o lo scopo della disposizione o dell'intera disciplina. Non a caso si parla di *super-strong presumption* di correttezza del precedente statutario.

Una parte della dottrina d'oltreoceano ha auspicato d'intendere la suddetta presunzione in termini assoluti.

L'esigenza di esprimersi sul significato del testo si presenterebbe nel tempo una volta sola; così, quando quell'esigenza sia stata soddisfatta mediante

l'atto interpretativo giudiziario, un atto reinterpreativo in sostituzione del primo rimarrebbe radicalmente ingiustificato. Non importerebbe che il giudice ritenga quella lettura esegetica una cattiva lettura: quando una lettura vi sia stata, solo il parlamento potrebbe intervenire per porvi rimedio correggendola. Altrimenti si attribuirebbe alla magistratura il potere di variare periodicamente il contenuto di atti riservati alla competenza del potere legislativo, e dunque garantiti dal principio democratico. Salvo dover comunque ammettere, verrebbe da aggiungere, che almeno in sede di interpretazione diretta⁹ un apporto specificativo del testo, da parte del giudice, vi sia; cioè vi debba giocoforza essere, anche a volerlo reputare quale atto meramente dichiarativo. Il risultato, per certi versi paradossale, coinciderebbe quindi con l'inevitabile consolidamento nel tempo di un prodotto interpretativo giudiziario indiscutibile nei suoi contenuti, e perciò davvero avente forza di legge *erga omnes*. Ecco perché, nella proposta di costruire uno *statutory stare decisis* inderogabile, è stata espressa la necessità di un effettivo coinvolgimento parlamentare in sede interpretativa¹⁰.

In questa visione servirebbe una partecipazione non già meramente negativa, ma appunto effettiva e positiva da parte del legislatore. Come è stato osservato da più parti, non si può infatti escludere l'opportunità di un *overruling* sulla base dell'inazione del parlamento. Il mancato intervento di quest'ultimo, al fine di revocare una precedente interpretazione vincolante (c.d. *overriding*), cioè, non può essere considerato univocamente significativo della volontà implicita di avallare un certo indirizzo e quindi di negare spazio a qualunque altro indirizzo differente. Il contrario equivarrebbe ad alimentare una ulteriore finzione, che in quanto tale è rigettata dagli studi più moderni. D'altronde, data la loro quantità, i precedenti possono essere ignorati dal legislatore, l'inazione del parlamento può essere semplice inerzia, e così via: insomma, che una legge non intervenga per smentire la giurisprudenza di per sé non prova nulla. E comunque non si possono far derivare da uno stato di dubbio conseguenze tanto gravi in punto di vincolatività di una precedente interpretazione.

La tesi della presunzione assoluta di correttezza del precedente statuario è stata a lungo fatta propria in via di principio dalla giurisprudenza.

Fatta salva la sussistenza di un affidamento particolarmente forte, maturato negli anni presso i consociati, oppure la particolare influenza di un certo diritto vivente sulla legislazione successiva, la pratica giurisprudenziale degli ultimi decenni è invece più apertamente nel senso dell'operatività di una presunzione di correttezza solo relativa, ossia valida fintanto che il precedente risulti davvero condivisibile e adeguato ai tempi.

In tale ottica risulterebbe senz'altro irragionevole trattare diversamente gli *statutory precedents* rispetto ai *common law precedents*, chiudendo cioè

⁹ V. *supra*, § 3.

¹⁰ Marshall (1989), p. 211.

drasticamente al superamento dei primi e contemplando invece il superamento dei secondi quando appaiano sbagliati, obsoleti o ingiusti¹¹.

Affermare la relatività della presunzione di correttezza non implica, si badi, la messa in discussione del fondamento di essa. Al di fuori delle ipotesi in cui possa avere luogo l'*overruling* del precedente statuario — ipotesi comunque eccezionali e in concreto non frequenti —, vigendo lo *stare decisis* l'orientamento del giudice non può essere mutato, poiché significherebbe in certa misura sostituirsi inaccettabilmente al legislatore.

Nei termini in discorso una rigida separazione dei poteri, soprattutto in materia penale, convive con il formante giurisprudenziale che viene a consolidarsi. Al contempo, tuttavia, proprio in virtù della stessa separazione dei poteri, il superamento di uno *statutory precedent* può essere giustificato sul rilievo che «le leggi hanno determinati fini da raggiungere, ed è a quei fini che il giudice ha l'obbligo di rimanere fedele»¹². Per i c.d. testualisti, i quali rappresentano una parte della magistratura giudicante anche all'interno della Corte Suprema federale e rifiutano drasticamente qualsivoglia approccio teleologico, la soggezione alla legge — non ai suoi fini appunto, ma alle sue parole intese nel relativo significato originario —, può costituire una delle ragioni idonee a spiegare la tendenza abbastanza recente a superare gli indirizzi reputati non conformi all'*original meaning* del testo.

Il testualista, in particolare, sposa una concezione formalistica sul piano della teoria dell'interpretazione. E questo ragionare secondo lo schema dell'unica risposta corretta finisce per accrescere la propensione ad abbandonare una precedente interpretazione reputata scorretta¹³. Una simile *judicial philosophy* si riflette pure nella visione del ruolo del legislatore, nel senso che per mettere in discussione un orientamento giurisprudenziale non è assolutamente necessario l'intervento del parlamento. Ancora di meno può avere senso attribuire una qualche valenza all'inazione dello stesso¹⁴.

Sia come sia, quando un precedente debba essere superato, pare proprio che l'oggetto del vincolo per il giudice rimanga la legge — l'autorità della legge prevale su quella della giurisprudenza, come del resto dispone la gerarchia delle fonti —, nel senso che il precedente statuario cessa di frapporsi tra il fatto e la norma scritta (come invece avviene applicando lo *stare decisis*). O almeno è questo argomento implicito a essere valorizzato quando un mutamento interpretativo abbia luogo. Ciò a differenza di quando un orientamento debba essere tenuto fermo, operando sul piano teorico e argomentativo quel vincolo composito derivante da legge e giurisprudenza di cui abbiamo parlato prima.

¹¹ Al riguardo, si rinvia alle riflessioni e la casistica analizzata da Eskridge Jr. (1988), p. 1392.

¹² Per ricordare le parole di Frankfurter (1947), p. 535, traduzione nostra.

¹³ È una delle osservazioni di Krishnakumar (2018), p. 202.

¹⁴ *Johnson v. Transp. Agency*, 480 U.S. 616, 670 (1987) (Scalia, J., *dissenting*).

In breve, il parametro di legittimazione di una decisione difforme non è il precedente ma è la legge. Quindi, il parametro di legittimazione muta a seconda che si tratti di decisione conforme o difforme: se è conforme, il parametro della legge è condiviso con — cioè integrato dal — principio dello *stare decisis*; se è difforme, il parametro è esclusivamente la legge.

L'impressione è dunque che, con l'avvento della normazione scritta, almeno nel panorama statunitense, non sia cambiato sostanzialmente nulla sul piano dell'esercizio della discrezionalità giudiziaria: a seconda dei casi, l'interpretazione vincolante di una legge può essere modificata o superata. Da questo punto di vista, non c'è molta differenza con la pratica dei sistemi di *civil law*. La misura del vincolo di qualunque precedente è in certa parte sempre determinata dallo stesso giudice-interprete. Se proprio lo vuole, costui trova il modo di decidere diversamente. Il punto è che a differenza del *common law precedent*, lo *statutory precedent* è modificato o superato in base all'argomento — spesso implicito — per cui il giudice deve rimanere soggetto alla legge in misura maggiore che alla precedente interpretazione della stessa.

Questo tra l'altro avveniva, attraverso una serie di espedienti tecnici e dogmatici, pure nell'epoca in cui i giudici aderivano alla presunzione di correttezza del precedente statutario in termini assoluti. La Corte Suprema federale, per esempio, spesso trattava molte proprie affermazioni come *obiter dicta* per superare alcune letture esegetiche, nonostante nella pratica nordamericana gli *obiter* della Corte detenessero carattere vincolante per gli altri giudici. Un precedente statutario poteva inoltre essere revocato in virtù di un giudizio, a maglie piuttosto larghe e dagli esiti irrimediabilmente opinabili, di incompatibilità di quel precedente con un altro, sempre di origine legale. Ancora: un precedente poteva non valere più quando si reputava scoperta una nuova storia legislativa, come si usava dire, della norma oggetto d'interpretazione, alla luce dei lavori parlamentari.

Quelle di cui s'è appena detto venivano costruite come «*proceduralist exceptions*» al rigido *statutory stare decisis*. Di eccezioni, peraltro, ve ne erano anche altre. Le quali non di rado suonavano «elaborate improvvisazioni»¹⁵, volte a preservare una dichiarazione di principio senza rinunciare a cambiare il contenuto del diritto nelle ipotesi in cui fosse apparso opportuno farlo.

Quando poi si voleva e si vuole tenere fermo che lo *statutory precedent* non può essere superato dal giudice — perché non ci sono gli estremi per vincere la relativa presunzione di correttezza —, il giudice lo superava e lo supera ugualmente dichiarando come a ben vedere non si tratti proprio di uno *statutory precedent*, ma di un principio o una regola solo parzialmente discendenti dall'interpretazione di uno *statute*, e per il resto facenti parte del *common law*. E abbiamo visto come per il giudice sia più agevolmente giustificabile modificare il diritto non scritto rispetto all'interpretazione della legge.

¹⁵ Eskridge Jr. (1988), p. 1385, 1370.

5. SOPRAVVENIENZA DELLA LEGGE AL PRECEDENTE DI GENESI ORALE E VICEVERSA: CONDIZIONI DELLA COESISTENZA E DELLA INCOMPATIBILITÀ.

Avvicinandoci alla conclusione, si può passare alla interazione tra i formanti legislativo e giurisprudenziale nelle ipotesi in cui il primo sopravvenga rispetto al secondo. La maggior parte delle volte, bisogna osservare, la legge non entra in vigore per sostituire integralmente la disciplina di *common law*: semmai sottrae ambito di operatività all'area di quest'ultima, instaurandosi un rapporto di specialità. Questo significa che molto spesso la disciplina di diritto comune rimane valida in generale, salvo quanto previsto dallo *statute* in relazione a determinate classi di casi.

I vecchi precedenti di genesi orale e le nuove norme scritte, dunque, attualmente convivono se non risultano incompatibili tra loro. Un simile giudizio di compatibilità, il quale attiene, in definitiva, alla determinazione dell'ambito applicativo delle discipline in potenza concorrenti, culmina naturalmente in un atto interpretativo più o meno controllabile. Viene comunque prestata molta attenzione, in dottrina e in giurisprudenza, a una lettura della norma che rimanga coerente con il sistema, e quindi con tutti i vecchi precedenti non necessariamente incompatibili. In questi termini, viene promossa una interpretazione della legge orientata ai precedenti. Le nuove norme vanno calate nel contesto del diritto comune preesistente¹⁶ il più armoniosamente possibile. Pesa anche qui una certa tendenza al *non quia movere* che veniva richiamato in apertura: è infatti un criterio generale quello d'intendere restrittivamente il testo normativo promulgato in deroga a un precedente di genesi orale.

Ciò posto, quando la legge sia intervenuta in senso difforme rispetto a un precedente, perché il parlamento ha voluto ridisciplinare nella sua interezza una materia fino ad allora governata dal *common law* o perché rimpiazza quest'ultimo solo limitatamente, è pacifico che prevalga la legge in forza della gerarchia delle fonti, come in precedenza osservato in merito al rapporto di sovra-sottordinazione tra diritto scritto e diritto non scritto. Ha così luogo una forma di abrogazione implicita, per *ius superveniens*, della regola contenuta nel vecchio precedente. Dovrebbe fare eccezione l'ipotesi in cui la regola non scritta esprime un contenuto normativo consacrato esplicitamente o implicitamente a livello costituzionale, poiché l'autorità della costituzione è superiore rispetto a quella della legge. Indirettamente quindi un *common law precedent* potrebbe risultare inderogabile.

Pure quando si verifica quell'effetto abrogativo lo *statute* va tuttavia interpretato alla luce dei precedenti, sebbene non più in vigore. Nel senso che deve essere valorizzato lo spirito dell'intervento legislativo (c.d. *mischief*

¹⁶ Maltz (1988), p. 387.

rule) di introdurre una disciplina parzialmente o totalmente diversa rispetto al passato.

Costituisce a sua volta una questione interpretativa determinare quando un vecchio precedente possa reputarsi totalmente o parzialmente superato dalla legge sopravvenuta. Può infatti accadere che la legge si ponga in termini di specialità solo apparente, espressamente disciplinando una determinata classe di casi ma sostanzialmente affermando nuovi principi validi pure al di là di esse. Questioni gravi, da risolvere alla luce del criterio *cessante ratione legis* — intendiamo legge qui in senso ampio — *cessat lex ipsa*; con risultati tutt'altro che univoci.

Può inoltre accadere che un precedente di genesi orale nasca in contrasto con una legge. Si considererà allora emesso *per incuriam*, e quindi semplicemente non sarà ritenuto vincolante per i casi a venire.

È anche possibile che la legge intervenga per codificare — anche nel diritto angloamericano si usa il termine *codifyng* in questa accezione — regole o principi appartenenti all'area del *common law*, con il risultato di attribuire loro una forza maggiore rispetto al passato.

6. SOPRAVVENIENZA DELLA LEGGE AL PRECEDENTE STATUTARIO, TRA OVERRIDING E PRECEDENTI-OMBRA.

Uno *statute* può sopravvenire non solo rispetto a un precedente di genesi orale, ma pure rispetto a precedente statutario.

Quando si verifica quest'ultima evenienza, non è raro che il legislatore intervenga per correggere un'interpretazione scorretta o non condivisa della legge, la quale è andata consolidandosi¹⁷. Anzi è piuttosto condivisa l'idea secondo cui ciò sia prerogativa e responsabilità del legislatore, più che del giudice. Questa è la ragione per la quale, sebbene sia tendenzialmente prevalsa la presunzione relativa di correttezza del precedente statutario, è più frequente un *overriding* legislativo in confronto a un *overruling* giurisdizionale; avendo sempre chiaro come ciò avvenga, ossia mediante l'introduzione di una norma incompatibile con il precedente, che dal parlamento non può essere tecnicamente annullato.

In quest'ordine di idee, può tra l'altro essere spiegato quanto correlativamente usa affermarsi a proposito di un errore nel *common law*, per come è stato dichiarato dai giudici: errore che è prerogativa e responsabilità anzitutto degli stessi giudici correggere.

Rimanendo comunque sul precedente statutario, gli interventi legislativi correttivi in discorso contribuiscono senz'altro ad aumentare i margini di chiarezza del diritto vigente. Ma questo non implica affatto l'azzeramento di

¹⁷ In relazione agli anni 1967-2011, si veda l'analisi di Christiansen, Eskridge Jr. (2014), p. 1317-1541.

qualsivoglia perplessità esegetica, né conseguentemente la soppressione di ogni spazio di manovra in relazione al possibile significato del testo. Trovandosi infatti ad applicare la norma scritta a seguito di un *overriding*, il giudice dovrà in teoria considerare una certa interpretazione oramai preclusa, salvo potenzialmente domandarsi fino a che punto il legislatore abbia davvero disatteso quell'interpretazione.

Si possono e si devono distinguere, al riguardo, i diversi possibili scenari, perché gli interventi correttivi non hanno tutti la stessa portata. Un precedente statutario può essere esplicitamente o implicitamente tenuto fermo su di un piano generale, eccezion fatta per le classi di casi ridisciplinate in sede di *overriding*. Verificandosi ciò, tra l'altro, l'interpretazione mantenuta valida in generale dovrebbe acquistare una forza ancora superiore in quanto avallata dal parlamento.

Un medesimo precedente potrebbe poi essere oggetto di una messa in discussione integrale, risultando dunque superato *tout court*. Del pari, l'intervento correttivo potrebbe avere una portata più sfumata, limitandosi a ridisciplinare una determinata classe di casi e al contempo problematizzando circa la residuale portata del precedente. È infine una questione aperta se, dopo un intervento correttivo, il precedente su cui poggia quello superato risulti in qualche misura messo in discussione, pur avendo un differente ambito di operatività.

Il più delle volte, la pratica giudiziaria sembra aprioristicamente orientata a intendere gli interventi correttivi in modo restrittivo, mancando della volontà di ricercare l'autentico spirito della norma di nuovo conio. Con il risultato di continuare ad applicare lo *statutory precedent* in tutti i casi non espressamente considerati dal legislatore.

La dottrina nordamericana non ha mancato di sottoporre a critica una simile tendenza, che in effetti talvolta mal si concilia col fondamentale principio secondo cui un precedente va sempre inteso alla luce del contesto fattuale all'interno del quale s'inserisce. Se, infatti, una certa interpretazione della legge viene affermata dai giudici per decidere un caso, e successivamente interviene il legislatore in sede correttiva per disporre l'inapplicabilità di quella interpretazione in quello stesso caso ed eventualmente in casi simili, continuare a ritenere valido un precedente sradicato dal relativo contesto fattuale risulta una operazione inappropriata. Inappropriata rispetto a quanto il precedente ontologicamente rappresenta (il criterio decisivo di un caso) nonché alla sua funzione (decidere analogamente casi analoghi). A tal proposito, quello che si persiste a reputare vigente è stato definito un precedente-ombra, perché «come in Peter Pan, l'ombra ha un'esistenza del tutto avulsa dal suo soggetto primario»¹⁸.

Intendere un intervento correttivo restrittivamente non significa, peraltro, scadere sempre e comunque in una dimensione patologica dello *stare*

¹⁸ Widiss, (2009), p. 533, traduzione nostra.

decisis: se il precedente statutario è sufficientemente universalizzabile, un *overriding* che gli sottragga parte dell'ambito di applicazione non risulta feroce di criticità. I confini del precedente risulteranno cioè ripermetrati, ma la connessione con i fatti rilevanti perdurerà e indebite distorsioni di senso saranno tendenzialmente scongiurate.

7. BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE DI APPROFONDIMENTO.

- Alexy, R., (1998). *Teoria dell'argomentazione giuridica* (it. ed. La Torre, M.). Giuffrè. (Original work published 1978).
- Atiyah, P.S., Summers, R.S. (1987). *Form and Substance in Anglo-american Law*. Clarendon Press.
- Black, H.C. (1912). *Law of Judicial Precedent*, St. Paul.
- Cadoppi, A. (2014). *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità* (2nd ed.). Giappichelli.
- Calabresi, G. (1982). *A Common Law for the Age of Statutes*. Harvard University Press.
- Christiansen, M., Eskridge Jr., W.N. (2014). Congressional Overrides of Supreme Court Statutory Interpretation Decisions. *Texas Law Review*, 92, 1317-1541. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2418417.
- Cappelletti, M. (1981). The Doctrine of Stare Decisis and the Civil Law: a Fundamental Difference — or No Difference at All?. In Bernstein, H., Drobnig, U., Kötz, H. (Eds.), *Festschrift für K. Z. Weigert zum 70. Geburtstag* (pp. 380-392). J.C.B. Mohr.
- Crisafulli, V. (1964). Disposizione (e norma). *Enciclopedia del diritto*, XIII, 195-209.
- Cross, R., J.W. Harris (1991). *Precedent in English Law* (4th ed.). Oxford University Press.
- Damosso, F.M. (2022). *Il vincolo al precedente tra sentenza di legittimità e massimazione*. Giappichelli.
- Donini, M. (2017). An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 14-47.
- Duxbury, N. (1995). *Patterns of American Jurisprudence*. Clarendon Press.
- Eskridge Jr., W.N. (1988). Overruling Statutory Precedents. *The Georgetown Law Journal*, 76, 1361-1439.
- Frankfurter, F. (1947). Some Reflections on the Reading of Statutes. *Columbia Law Review*, 47(4), 527-546. <http://www.jstor.org/stable/1118049?origin=JSTOR-pdf>.
- Goodhart, A.L. (1930). Determining the Ratio Decidendi of a Case, *Yale Law Journal*, XL(2), 161-183.
- Grande, E. (1990). La sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale e l'esperienza di «common law»: alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto. *Il Foro italiano*, 113(I), 415-427.
- Hanretty, C. (2020). *A Court of Specialists: Judicial Behavior on the UK Supreme Court*. Oxford University Press.
- Jaffe, L.L. (1949). The Judicial Universe of Mr. Justice Frankfurter. *Harvard Law Review*, 62(3), 353-412.
- Krishnakumar, A.S. (2018). Textualism and Statutory Precedents. *Virginia Law Review*, 104(2), 157-231. <https://virginalawreview.org/articles/textualism-and-statutory-precedents/>.
- Leib, E.J., Serota, M. (2010). The Costs of Consensus in Statutory Construction. *Yale Law Journal online*, 120, 47-63. https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/98.

- Maltz, E. (1988). The Nature of Precedent. *North Carolina Law Review*, 66(2), 367-393. http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol66/iss2/5?utm_source=scholarship.law.unc.edu%2Fnclr%2Fvol66%2Fiss2%2F5&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages.
- Marshall, L.C. (1989). Let Congress Do It: The Case for an Absolute Rule of Statutory Stare Decisis. *Michigan Law Review*, 88(2), 177-238. <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol88/iss2/>.
- MacCormick, N. (1994). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford University Press. (Original work published 1979).
- Marinelli, V. (2002). Precedente giudiziario. *Enciclopedia del diritto*, agg. IV, 871-912.
- Mattei, U. *Common Law*. (1991). *Il diritto anglo-americano*. Giappichelli.
- Orlandi, R. (2017). Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione “politica” delle corti di legittimità. *Cassazione penale*, 7-8, 2596-2616.
- Passanante, L. (2018). *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Giappichelli.
- Price, P.J. (2000). Precedent and Judicial Power after the Founding. *Boston College Law Review*, 42, 81-121. <https://ssrn.com/abstract=266411>.
- Sacco, R. (1991). Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law. *The American Journal of Comparative Law*, 39(1), 1-34.
- Santangelo, A. (2023). *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Giappichelli.
- Schauer, F. (2008). Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy. *Perspectives on Psychological Science*, 3, 454-460. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1007001>.
- Surrency, E.C. (1981). Law Reports in the United States. *The American Journal of Legal History*, 25(1), 48-66. <https://doi.org/10.2307/844997>.
- Taruffo, M. (1994). Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 411-430.
- Wall, J. (2009). Prospective overruling — it's about time. *Otago Law Review*, 12(1), 131-147. <https://ssrn.com/abstract=3346709>.
- Widiss, D.A. (2009). Shadow precedents and the separation of powers: statutory interpretation of congressional overrides. *Notre Dame Law Review*, 84(2), 511-584. <https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol84/iss2/1>.
- Wroblewski, J. (1974). Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision-Making. *Rechtstheorie*, 1, 33-45.

