

Renato Rordorf

*Lo studio del precedente giudiziario e la funzione
delle riviste giuridiche*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il valore del precedente – 3. La persuasività del precedente e l'apporto della dottrina – 4. Conclusione

1. Premessa

Per molti e molti decenni le riviste giuridiche, oltre a veicolare il pensiero della dottrina, hanno svolto l'importantissima funzione di informare gli operatori giuridici sugli orientamenti della giurisprudenza; anche e soprattutto quella di legittimità. Era infatti attraverso le riviste che si rendeva possibile al lettore di andare al di là delle massime estratte dalle sentenze della Cassazione, rendendo più facilmente accessibile al pubblico ed agli stessi giudici la motivazione delle pronunce di legittimità.

Questa funzione informativa è in parte venuta meno, o comunque ha perso molto della sua importanza. L'avvento di internet e la diffusione informatica dei testi integrali delle pronunce della Cassazione è divenuta infatti usuale, e tanto la ricerca delle massime quanto la lettura delle motivazioni delle sentenze si è fatta per tutti assai più agevole. Se un problema informativo oggi si pone, esso non consiste più nel risalire dalla massima al testo integrale della sentenza integrale, ma semmai nel conoscere il contenuto della grande maggioranza delle sentenze di Cassazione che non vengono neppure massimate.

Sotto questo profilo può convenirsi che l'eventuale scelta di pubblicare su una rivista sentenze di Cassazione non massimate conserva una specifica utilità conoscitiva per il lettore; ed ancor più la conserva, ovviamente, la pubblicazione delle sentenze di merito, rispetto alle quali, soprattutto nella versione on line, molte riviste giuridiche continuano a fungere da vetrina. Con gli inevitabili limiti di opinabilità insiti in ogni scelta che necessariamente esclude il molto per selezionare il poco.

Ma, se nel complesso può dirsi che il valore meramente informativo delle

pubblicazioni di sentenze sulle riviste si è comunque sensibilmente ridotto, rispetto a qualche decina di anni fa, credo si sia invece correlativamente accresciuto il valore critico.

La rivista giuridica è sempre stata il luogo privilegiato del confronto di opinioni: l'*agorà* in cui giurisprudenza e dottrina s'incontrano e dialogano strettamente tra loro, anche e soprattutto attraverso lo strumento prezioso dell'annotazione critica delle sentenze.

L'annotazione della sentenza, così come la pubblicazione di un saggio critico che da una vicenda giudiziaria o dall'esame di un determinato orientamento giurisprudenziale tragga origine, rappresenta un plusvalore oggi più che mai necessario per l'interprete, e segnatamente per il giudice. Lo è sempre stato, naturalmente, ma nel tempo in cui viviamo mi pare lo sia divenuto in misura ancora maggiore che in passato.

La ragione è presto detta.

2. *Il valore del precedente*

Nei paesi di *civil law*, quale il nostro, si suole da gran tempo ripetere che (almeno in via di principio) la giurisprudenza – eccezion fatta per quella di origine comunitaria e per quella costituzionale – non è fonte di diritto: il rispetto del principio costituzionale di divisione dei poteri sembra necessariamente relegarla ad una funzione dichiarativa – non creativa – del diritto. Spesso perciò si sente ripetere che, nell'ordinamento italiano, il precedente giurisprudenziale ha valenza argomentativo-persuasiva, ma non è giuridicamente vincolante.

Questi enunciati peccano di un certo grado di astrazione e sono, nella realtà, sempre più soggetti a forti torsioni.

È impossibile non riconoscere anche nel nostro sistema una sempre più marcata funzione creativa della giurisprudenza, quanto meno – ma non solo – in tutti i campi nei quali il legislatore opera attraverso clausole generali (o norme elastiche), per ciò stesso suggerendo che sia l'interprete a specificare di volta in volta il contenuto del precetto legale che deve essere attinto dal patrimonio dei valori sociali condivisi. Chi più chi meno, tutti i teorici del diritto sono ormai propensi ad ammettere che l'ordinamento si forma e vive non soltanto attraverso la posizione di precetti legali stabiliti in via generale ed astratta dal legislatore, perché – per adoperare un'espressione del Betti risalente alla prima metà del secolo scorso – esso «non è qualcosa di bello e fatto, ma è qualcosa che si fa per opera assidua di interpretazione».

Donde il fenomeno del cosiddetto 'diritto vivente', di cui anche la giurisprudenza costituzionale ha da tempo riconosciuto la valenza ed il cui diffondersi è inarrestabile in un'epoca nella quale il sovrapporsi di fonti normative nazionali e sovranazionali, di vario ordine e grado, rende viepiù aleatoria la coerenza sistematica del diritto positivo e, perciò stesso, ampia a dismisura gli spazi di discrezionalità interpretativa ed esalta il ruolo del giudice-interprete.

Su questo fenomeno, com'è ovvio, si possono nutrire opinioni diverse. Ed a chi (Grossi) parla con malcelato entusiasmo di un'epoca di post-modernità giuridica, nella quale sta finalmente tramontando il mito del legislatore onnipotente e sta riemergendo la ineliminabile fattualità del diritto, che non è il risultato della giustapposizione di regole calate dall'alto bensì la concreta e pluralistica formazione dell'ordinamento (anzi, come già sottolineava Santi Romano, degli ordinamenti), si contrappone la severa critica di chi (Castronovo) non esita a scorgere in questa tendenza una vera e propria «*eclissi del diritto*», una deriva destinata a generare decisioni erratiche e prive di ogni prevedibilità. Ed altri ha parlato di crisi della fattispecie e di diritto incalcolabile (Irti) descrivendo scenari nei quali il giudice fabbrica di volta in volta da sé la *Grundnorm* cui ispirare la propria decisione.

Come che sia, sta di fatto che l'attuale dimensione integrativo-creatrice della giurisprudenza rende più che mai necessaria una (almeno tendenziale) coerenza degli interventi giurisprudenziali, rischiando altrimenti la stessa giurisprudenza di divenire (e di essere avvertita dai cittadini come) un fattore d'irrazionalità e di disordine nel tessuto sociale. Donde la rinnovata importanza della cosiddetta nomofilachia, che mi pare oggi da intendere non più in termini di rigorosa custodia di principi giuridici consolidati, ma soprattutto come capacità di governare, in modo per quanto possibile armonico e sistematico, l'evoluzione dell'ordinamento quale portato indefettibile di mutamenti storico-sociali sempre più rapidi e tumultuosi.

Resta naturalmente esatto che, a differenza del giudicato, il precedente giurisprudenziale non costituisce una vera e propria *regula iuris*, cui si possa riconoscere la capacità d'imporsi con forza di legge in un successivo giudizio vertente su questioni analoghe. Ma, specialmente per il giudice di legittimità, l'esigenza di tener conto dei propri stessi precedenti si radica nella sua istituzionale funzione e nella conseguente necessità di garantire (almeno tendenzialmente) i valori di coerenza ed uguaglianza dell'ordinamento.

Proprio per questo, d'altronde, il legislatore ha inteso anche in tempi recenti rafforzare il valore del precedente: per esempio, sancendo l'inammissibilità del ricorso per cassazione quando il provvedimento impugnato abbia deciso questioni di diritto conformandosi all'orientamento consoli-

dato della Suprema corte ed i motivi di ricorso non offrano elementi per rimeditare tale orientamento (art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c.); oppure ponendo l'obbligo per le sezioni semplici della Corte di Cassazione di rimettere il ricorso alle sezioni unite quando ritengano di non condividere un principio di diritto già da queste ultime enunciato (art. 374, 3° comma, c.p.c.); o ancora stabilendo che la Corte enunci il principio di diritto posto a base della propria decisione non solo quando cassa con rinvio la sentenza impugnata, ma in tutti i casi in cui provvede su un ricorso in cui la parte abbia denunciato un errore di diritto del giudice di merito ed in ogni altro caso in cui risolva una questione di particolare importanza (art. 384, 1° comma, c.p.c.).

3. La persuasività del precedente e l'apporto della dottrina

In questo quadro, l'affermazione del valore non vincolante, bensì meramente persuasivo, del precedente nel nostro ordinamento si rivela quindi per lo meno ambigua, e comunque richiede molte precisazioni.

Resta però che, per poter davvero assumere o conservare una significativa influenza sulla giurisprudenza avvenire, il precedente deve avere almeno un certo grado di persuasività: altrimenti, se fosse poco o mal motivato, oppure fondato su ragioni opinabili o ormai superate dal tempo, avrebbe forti probabilità di essere smentito nell'immediato futuro.

Si può perciò dire che il vincolo di sistematicità che deriva dal precedente è, in certo qual senso, di intensità variabile.

Del resto, è anche l'enorme massa di pronunce giudiziali sfornate ogni anno dai giudici italiani a tutti i livelli (compresa la Cassazione) che rende necessario distinguere precedente da precedente. È quindi inevitabile circoscrivere il valore sistematico dei precedenti a quelli che, o per la più spiccata funzione nomofilattica dell'organo da cui provengono (per esempio le sezioni unite, chiamate a pronunciarsi su una questione di massima di particolare importanza) o per il loro marcato respiro argomentativo (i cc.dd. *grand arrêts*) o per la loro ripetizione costante nel tempo (la giurisprudenza consolidata) paiono davvero in grado di orientare le decisioni di ogni successivo interprete, e quindi lo onerano di un supplementare sforzo argomentativo se eventualmente egli voglia discostarsene.

È proprio qui che emerge la fondamentale importanza dell'apporto dottrinale, che si sviluppa nelle riviste giuridiche. Importanza che mi pare si lasci apprezzare sotto un triplice punto di vista.

Un primo fondamentale contributo di chi si fa carico di commentare

una sentenza risiede, con tutta evidenza, nel discernere e nel segnalare adeguatamente, nell'enorme pletora di decisioni giurisprudenziali non di rado condizionate dalla specificità delle singole vicende, le pronunce davvero dotate di una significativa valenza nomofilattica.

È importante che ciò si faccia non secondo un criterio di soggettiva preferenza ma avendo riguardo soprattutto alla portata sistematica dei principi giuridici affermati. Ed è ugualmente importante che si sappia ben distinguere tra *ratio* (o *rationes*) *decidendi* ed *obiter dicta*: non perché anche un *obiter dictum* non possa eventualmente esser dotato di particolare forza persuasiva, ma appunto perché la sua ininfluenza sulla decisione finale non permette d'inserirlo in quel circuito di coerenza sistematica alla cui formazione le decisioni giurisprudenziali concorrono (o dovrebbero poter concorrere).

In secondo luogo – e direi ovviamente – ci si attende che la dottrina sappia porre in luce gli elementi logici portanti della decisione giurisprudenziale commentata, o le sue eventuali lacune e contraddizioni, in modo da fornire al lettore ed al futuro interprete gli strumenti critici necessari a convalidare, o viceversa a tentare di ribaltare, l'orientamento manifestatosi nella pronuncia. Ed è superfluo sottolineare quanto questo sia importante nel già descritto quadro normativo che, come già notato, privilegia lo *stare decisis* fin quando non se ne dimostri l'insostenibilità.

Da ultimo – ma non per importanza – occorre che il commentatore faccia quel che al giudice non è di regola concesso: cioè che allarghi l'obiettivo oltre i confini del caso deciso e del principio di diritto che a quel caso strettamente inerisce per cercare di coglierne le eventuali ricadute sistematiche di più ampio raggio.

Ed è qui, forse, che soprattutto si realizza la più feconda sinergia tra dottrina e giurisprudenza: la prima, che dalla singola concreta vicenda può sentirsi opportunamente stimolata a mettere alla prova le proprie teorie generali; la seconda, che dalla lettura dei commenti dottrinari deve essere aiutata a meglio avvertire l'esigenza di coerenza sistematica nei propri arresti ed a meglio valutare gli effetti di più ampio respiro che questi sono talvolta in grado di provocare.

È attraverso il dialogo con la dottrina, del resto, che da sempre la giurisprudenza si è evoluta ed ha svolto, sia pure nel quadro delle leggi scritte che ci governano, la propria essenziale funzione di adeguamento del diritto al mutare delle esigenze sociali.

Anche per questo, d'altronde, si richiede la motivazione dei provvedimenti: che non è solo strumento destinato a convincere della bontà della decisione l'eventuale giudice di grado superiore (altrimenti non occorrerebbe neppure motivare le sentenze di Cassazione, che ordinariamente non

sono impugnabili), ma anche, appunto, un modo per inserire la giurisprudenza nel circuito del dibattito giuridico generale, rendendo fruibile da chiunque il percorso argomentativo che ha ispirato le singole decisioni e quindi consentendone la critica feconda.

4. Conclusione

Si sente sempre più parlare di crisi delle riviste giuridiche, soprattutto di quelle d'impianto più tradizionale e che conservano la pretesa di spaziare su tutto lo scibile giuridico.

Certamente la crisi investe le riviste cartacee, per ragioni sulle quali non ho competenza per discutere ma che mi paiono evidentemente legate al più generale fenomeno del prevalere degli strumenti informatici su quelli aventi ancora supporti tradizionali. Ed anche la minor propensione alle riviste 'generaliste' si iscrive agevolmente in una tendenza più generale della società: quella che si indirizza verso forme sempre più accentuate di specializzazione, da cui solo l'organizzazione giudiziaria sembra ancora riluttare.

Ma non è questo l'essenziale.

Quale che ne sia il suo supporto fisico ed anche se dovesse in futuro sempre più connotarsi in termini specialistici, la rivista giuridica credo sia destinata a conservare soprattutto la preziosa funzione cui sopra ho fatto cenno: la funzione di cerniera tra giurisprudenza e dottrina, tra elaborazione teorica ed applicazione pratica senza la quale il diritto si ridurrebbe ad una gabbia polverosa di regole inutili o addirittura nocive.

Poche persone hanno dato alla realizzazione di questa funzione un contributo paragonabile a quello di Maurizio Converso, che vi ha dedicato gran parte della sua operosissima vita lavorativa (e sono certo che ancora in futuro ve ne dedicherà). Perciò è a lui che questo scritto è dedicato.

Abstract

L'evoluzione dell'ordinamento giuridico e dell'esperienza pratico-applicativa impone di riconsiderare il ruolo della giurisprudenza e il valore del precedente. La funzione della decisione è valorizzata dai casi di feconda sinergia tra dottrina e giurisprudenza: la prima, che dalla singola concreta vicenda può sentirsi opportunamente stimolata a mettere alla prova le proprie teorie generali; la seconda, che dalla lettura dei commenti dottrinari deve essere aiutata a meglio avvertire l'esigenza di coerenza sistematica nei propri arresti ed a meglio valutare gli effetti di più ampio respiro che questi sono talvolta in grado di provocare.