

Aspectos del precedente judicial

Michele Taruffo



Aspectos del precedente judicial

Michele Taruffo

COMITÉ CIENTÍFICO

Director

Magistrado Francisco Javier Mendoza Torres
Presidente del Tribunal Superior de Justicia
y del Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León

Consejo Editorial

Dr. Hugo Alejandro Campos Cantú
Lic. Juan Pablo Raigosa Treviño
Consejeros de la Judicatura del Estado de Nuevo León

Coordinadores de edición y publicación

Lic. Alan Pabel Obando Salas
Dra. Jaanay Sibaja Nava
Lic. Joaquín Hernández Pérez
Lic. Leonardo Marrufo Lara
Lic. Grisel Oyuky de León Rodríguez

Diseño editorial

Lic. Cecilia Elvira Arellano Luna



Primera edición: Febrero 2018
D.R. © Consejo de la Judicatura
del Estado de Nuevo León
15 de Mayo 423 Oriente
Entre Escobedo y Emilio Carranza
Zona Centro Monterrey,
Nuevo León
México, C.P. 64000
Impreso y hecho en México.

Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido de la presente obra, haciendo mención de la fuente. El trabajo publicado no expresa necesariamente el punto de vista del Poder Judicial del Estado de Nuevo León. El contenido es responsabilidad del autor.

Michele Taruffo

Catedrático de Derecho de la Escuela de Derecho de la Universidad de Pavia y profesor visitante en universidades como la de Cornell, Pennsylvania y en el *Hastings College* de la Universidad de Derecho de California. Es miembro del grupo investigador de la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona y del *American Law Institute*, del *Bielefelder Kreis*, entre otras destacadas asociaciones italianas y extranjeras – de gran prestigio – en el área de derecho procesal, derecho comparado y de teoría del derecho. Ha publicado diversos trabajos de investigación que han sido traducidos en diferentes idiomas, tales como: *Studi sulla rilevanza della prova, La motivazione della sentenza civile* –; publicada también en México por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en 2006 –; *Proceso y decisión: Lecciones mexicanas de derecho procesal; Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana; La prueba de los hechos, Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos*, entre otros.

Índice

1. INTRODUCCIÓN	5
2. ¿QUÉ ES UN PRECEDENTE?.....	9
3. DIMENSIONES DEL PRECEDENTE.....	15
3.1. Pluralidad de los tribunales supremos.....	19
3.2. Precedente supranacional	21
4. LO QUE NO ES UN PRECEDENTE	25
5. EFICACIA DEL PRECEDENTE	27
6. UNIVERSALISMO VS. PARTICULARISMO.....	33
7. UN PUNTO DE VISTA DIFERENTE.....	39
8. FUENTES	47
VERSIÓN ORIGINAL.....	57

1. INTRODUCCIÓN

Desde que se ha constatado que, incluso en los sistemas de *civil law*, las decisiones de casos posteriores se ajustan a las de resoluciones anteriores, especialmente si provienen de tribunales supremos o superiores¹, la invocación al precedente judicial se ha convertido en un *mantra* de manera continua por la doctrina², jurisprudencia e incluso por algún legislador³.

¹ En la amplia literatura sobre el tema, ver, para los análisis comparativos de derecho civil relacionados con los países, los informes publicados en ADAMS, M. *Precedent and the law...*; y los ensayos en MACCORMICK, D. N. y SUMMERS, R. S. (eds.). *Interpreting precedents. A...* Además, TARUFFO, M. “Precedente e giurisprudenza”, en *Rivista trimestrale di...*, pgs. 709 y ss.; y, TARUFFO, M. “Dimensioni del precedente giudiziario”, *Rivista trimestrale di...*, pgs. 411 y ss., también para muchas otras indicaciones.

² Con referencia particular al derecho penal, por todos, vid. MANES, V. *Il giudice nel...*, pgs. 19 y ss.

³ Tratándose de Italia, cabe mencionar que en 2009 se reformó el art. 118 del *Código de Procedimiento Civil*, el cual hace referencia a los fundamentos de la sentencia, en el sentido de que la motivación jurídica consiste en “una breve explicación de las razones jurídicas de la resolución, *haciendo también referencia al precedente conforme*” (añadido en cursiva). No está claro si para justificar en la ley se pueda, incluso o solo, referirse al precedente conforme, pero qué sucede cuando el precedente no es conforme sino difiere, o bien, estos son mayoría (al respecto, vid. TARUFFO, M. “Addio alla motivazione?”, *Rivista trimestrale di...*, pgs. 376 y ss.). En este sentido, el legislador intervino

Las razones de este fenómeno son variadas y pueden tener diferentes aspectos en contextos distintos, pero una de ellas se impone por encima de todas las explicaciones: se trata de uniformar la interpretación y aplicación del Derecho, que durante mucho tiempo ha sido un anhelo en la administración de justicia. Nada especialmente nuevo, al respecto: para limitar el discurso a Italia, basta recordar el CALAMANDREI de la *casación* civil⁴ o los acontecimientos que condujeron a la unificación de la *casación* penal de 1888, y civil en 1923⁵. O – también – el art. 65 de la ley

nuevamente con el art. 79 del decreto legislativo n.º 69 del 21 de junio de 2013, en el que se clarifica esta duda, señalando que los fundamentos jurídicos de una sentencia pueden integrarse con la “referencia exclusiva de los precedentes conforme”, con lo cual la motivación jurídica se reduce sustancialmente a cero. Por suerte, en un recrudescimiento de la *resipiscenza*, esta norma se suprime con la ley del 9 de agosto de 2013, n.º 98. (a propósito de esto, véase., TARUFFO, M. “Addio alla motivazione?”, *Rivista trimestrale di...*, pgs. 378 y ss.). Del mismo modo, el art. 360 bis, n.º 1 del Código de Procedimiento Civil italiano, que se introdujo también en 2009, estableciendo que el recurso de casación es inadmisibile si la sentencia recurrida se pronuncia sobre cuestiones de Derecho “conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia” y el recurso no ofrece “elementos para confirmar o modificar la orientación del recurso de casación” (en la nutrida literatura sobre el particular, también vid., CARPI, F. y TARUFFO, M. *Comentario breve al...*).

⁴ Cfr. CALAMANDREI, P. “La Cassazione civile. Il Disegno generale dell’istituto, 1920”, en CALAMANDREI, P. *Opere giuridiche...*, pgs. 57 y ss.

⁵ Especialmente en el segundo tema, véase, TARUFFO, M. *La giustizia civile...*, pgs. 187 y ss., y también, “Calamandrei e l’unificazione della

del sistema judicial, aún vigente, donde se afirma que el Tribunal de Casación “garantiza la correcta observancia y la interpretación uniforme de la ley”, así como “la unidad objetiva del derecho nacional”⁶.

Además de lo anterior, la uniformidad se ha considerado un valor fundamental en todo sistema jurídico, y tiene diversas justificaciones que van desde la necesaria igualdad de trato para todos los ciudadanos en lo que se refiere a la decisión de casos iguales – como se verá⁷ – hasta la necesidad de que las decisiones judiciales sean previsibles (con la esperanza de que esto reduzca el número de litigios), a garantizar la seguridad jurídica mediante la continuidad de las directrices interpretativas⁸. En este sentido, se considera que el precedente es el instrumento fundamental para asegurar la realización de ciertos valores o principios considerados esenciales para el sistema jurídico y su aplicación coherente mediante la jurisprudencia, también en los sistemas de *civil law*, y no solo en los del *common law*.

Cassazione”, en TARUFFO, M. *Il vertice ambiguo...*, pgs. 51 y ss.

⁶ Sobre el tema, vid., TARUFFO, M. “La Corte di Cassazione e la legge”, *Il vertice ambiguo...*, pgs. 59 y ss., y, 70 y ss., y por último, pero no menos importante, RICCI, G. F. *Il giudizio civile...*, pgs. 32 y ss.

⁷ Al respecto, no debemos olvidar la ley leiniziana de lo incuestionable, según la cual no existen dos hechos idénticos, y si hay dos descripciones idénticas entonces es el mismo hecho.

⁸ Al respecto, vid., las aportaciones mencionadas en la cita n.º 1. y a TARUFFO, M. “Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia”, *Rivista trimestrale di...*, pgs. 35 y ss.

Sin embargo, de forma superficial a los complejos panoramas doctrinales, jurisprudenciales y normativos referidos al precedente, surgen algunos problemas relevantes que caracterizan este tema, al menos en la manera de abordarlo y discutirlo. En particular, se encuentran una serie de malentendidos que hacen que los discursos en torno a aquel sean vagos, imprecisos y a menudo poco fiables.

2. ¿QUÉ ES UN PRECEDENTE?

Un primer malentendido, el cual resulta ser muy significativo, es cuando nos referimos al precedente. En el sentido de que la palabra “precedente” es usada para señalar elementos muy diferentes, algunos de los cuales – como veremos a continuación – no tienen nada que ver con el precedente en sentido propio.

Una primera distinción a considerar es la que existe entre “precedente” y “jurisprudencia”. Por un lado, el precedente “verdadero” está constituido o puede conformarse por una decisión que, posteriormente, se establece como una norma que también se aplica en casos subsiguientes. Y por el otro, la jurisprudencia es un conjunto de decisiones, que pueden ser numerosas, como en el caso de nuestro tribunal de casación, que incluyen cientos o miles de sentencias sobre las mismas cuestiones. Lo que resulta extraño, entonces, es que esta puede ser – y a menudo lo es – redundante, variable, ambigua y contradictoria, de modo que se pueden encontrar orientaciones interpretativas diferentes y variadas sobre el mismo problema legal. En este sentido, se puede decir que una jurisprudencia, como la del Tribunal Supremo italiano, es una especie de supermercado en el que, con la debida paciencia, todos pueden encontrar lo que quieren (y también lo contrario)⁹.

⁹ Sobre este tema ver ampliamente a TARUFFO, M. *Precedente e*

Desde este punto de vista, reglas como el art. 360 bis, tienen un sabor absurdo. Demuestra que el legislador italiano ignora por completo lo que es un precedente y ni siquiera sabe en qué consiste la jurisprudencia.

Ahora bien, retomando el tema sobre el precedente en un sentido propio, es importante señalar que es definido esencialmente en función de dos factores. El primer factor deriva del hecho de que este no es todo lo que se dice en la sentencia en cuestión, sino más bien el fundamento para decidir, es decir, el Estado de Derecho sobre el que se ha pronunciado el órgano jurisdiccional para clasificar jurídicamente el asunto objeto de la resolución, y – de hecho – para resolver sobre el mismo. Sin embargo, el *obiter dicta* no constituye un precedente, en otras palabras, son todos los argumentos o consideraciones contenidos en la sentencia que no son directamente pertinentes para la resolución del asunto. En este sentido, no hay nada excluyente en la posibilidad de que un tribunal posterior también se pueda referir a un *obiter dictum*, pero en este caso no sería un precedente como tal¹⁰. El segundo factor esencial es la necesaria analogía entre los hechos del

giurisprudenza..., pgs. 713 y ss.

¹⁰ Sobre estos conceptos, fundamentales y obvios en la teoría del precedente, hay una gran variedad de literatura, sobre la que cualquier cita sería aleatoria e incompleta, sin embargo, vale la pena ver los ensayos recopilados en AA.VV. *La giurisprudenza per...*, pgs. 25 y ss., 113 y ss. y 125 y ss. Véase también, TARUFFO, M. “Dimensioni del precedente giudiziario”, *Rivista trimestrale di...*, pgs. 420 y ss.

primer y segundo caso¹¹: para que este último aplique la misma *ratio decidendi* y determine qué resolución debe adoptarse en el primero, es necesario que los hechos de los dos sean bastante similares, ya que es evidente – en caso de incoherencia de las situaciones de hecho – que una resolución basada en *ratio decidendi* no estaría justificada. Al respecto, el segundo juez recurrirá al llamado *distinguishing*, es decir, la demostración de esta discrepancia, justificando la no aplicación del precedente.

Desde esta perspectiva, una observación que a primera vista puede parecer paradójica se justifica, a saber, que en realidad es el segundo juez quien – por así decirlo – crea un precedente adoptando la misma *ratio decidendi* del caso anterior. Solo en esta situación, de hecho, puede decirse que en la primera resolución se tiene un precedente en contra de la segunda. Es evidente que el primer juez podría adoptar una *ratio decidendi* para decidir una hipótesis universal, y por lo tanto, aplicable a casos posteriores (tal como ocurre con las decisiones de los “tribunales de precedente”, que serán discutidas más adelante), pero el éxito de este pronóstico o hipótesis, depende de lo que determinen las autoridades judiciales en estos asuntos¹².

¹¹ Al respecto, véase particularmente, SERIO, M. “La rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario inglese”, en VACCA, L. *Casistica e giurisprudenza...*, pgs. 91 y ss.; y, WHITTAKER, S. “Precedent in English Law: A view from the Citadel”, *Precedent and the...*, pgs. 41 y ss.

¹² Cfr. WHITTAKER, S. “Precedent in English Law: A view from the Citadel”, *Precedent and the...*, pg. 42.

Cabe señalar que también la *distinguishing* no es la única técnica a disposición del segundo juez para evitar seguir el precedente y, por lo tanto, determinar su ineficacia: el juez inglés tiene de hecho un extenso repertorio de formas en las que puede “deshacerse” del precedente¹³. No obstante, la referencia a los hechos sigue siendo el factor determinante para la aplicación o no de aquel en casos posteriores.

De esto se deriva una consecuencia significativa en la perspectiva de la definición del precedente en sentido propio. Y es que no hay precedentes en el sentido de que tanto el segundo juez como el primero no razonan en torno a los hechos de su caso. Esto sucede siempre que la decisión tomada como precedente hipotético no se refiere a la realidad de los hechos, sino que simplemente expone una norma jurídica sin relación alguna con los hechos de ese caso. Nada extraño: piénsese en las máximas que conforman la mayor parte de la jurisprudencia de nuestro tribunal de casación para tener textos de unas pocas líneas en los que una norma se expresa en términos generales y abstractos, sin ningún vínculo fáctico. Además, la función institucional de la Corte excluye – como es bien sabido – que pueda ocuparse de los hechos del caso, siendo solo un juez – el juez supremo – de la función nomofiláctica. Sin entrar aquí en más detalles sobre el tema, como tal vez

¹³ Para un interesante análisis de estas técnicas, cfr. MARSHALL, J. “Trentatre cose che si possono fare con i precedenti”, *Región pratica...*, pgs. 29 y ss.

merezca la pena, esta observación parece constituir una razón suficiente para afirmar que en realidad el Tribunal de Casación no sienta precedentes en sentido propio.

No obstante, debe tenerse en cuenta el hecho de que existe un hábito generalizado en utilizar la palabra “precedente” no en su significado propio y original (que acaba de definirse), sino en un significado genérico, impreciso, no riguroso y sustancialmente diferente. En esencia, estamos hablando del precedente para cada decisión, cualquiera que sea su forma y contenido – pero la referencia más frecuente es respecto a las sentencias de tribunales supremos – que de alguna manera puede influir en la decisión de casos posteriores¹⁴. Al respecto, cabe señalar que el uso de este término, ya no se alude a los hechos que fueron objeto de la primera resolución y a los de decisiones posteriores. Esto explica por qué este se utiliza para las resoluciones – como las de nuestro Tribunal de Casación – que no se ocupan de los hechos, e incluso para las máximas establecidas por la *Ufficio del Massimario*. De lo anterior, se deduce que aquel puede estar constituido por cualquier enunciación relativa a la solución de una cuestión de Derecho, y nada impide que tal expresión no corresponda, en modo alguno, a la relación real que ha determinado la resolución del primer caso, sino

¹⁴ En los modos de esta influencia, ver, *infra*, párr. 5.

que puede consistir – como suele ocurrir respecto de las máximas – en cualquier cuestión que se haya establecido en la sentencia pertinente¹⁵.

¹⁵ Este mismo fenómeno ha sido descrito desde hace tiempo por SACCO, R. “La massima mentitoria”, en AA.VV. *La giurisprudenza per...*, pgs. 53 y ss.

3. DIMENSIONES DEL PRECEDENTE

Para entender correctamente el fenómeno del precedente y sus limitaciones, es oportuno hacer una breve consideración en torno a las dimensiones que puede tener¹⁶. La más relevante, que es una característica particular del precedente en sentido propio es la que acabamos de mencionar, que es sin duda la dimensión vertical. La cual está relacionada con la estructura jerárquica de la organización judicial, en donde quien está en la cima es el tribunal supremo y en los niveles inferiores se encuentran los demás tribunales. El precedente vertical se relaciona principalmente con las sentencias de los tribunales supremos, ya que se considera que estas influyen en las decisiones de los tribunales inferiores. En otros términos, estos deben ajustarse a los precedentes de las cortes supremas (según la eficacia que se discute más adelante, en el párr. 5). Es de esta manera, y por dicha razón que, aquellos deben lograr uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho dentro del sistema judicial. Y es precisamente en esta perspectiva que estamos hablando de un verdadero “tribunal de precedente”, es decir, que la función esencial de este órgano jurisdiccional es tomar decisiones que sirvan como puntos

¹⁶ Sobre el tema, y para mayor referencia, TARUFFO, M. *Dimensioni del precedente...*, pg. 416.

de referencias para todas las resoluciones posteriores¹⁷. Un ejemplo de modelo “puro” de un tribunal de precedente está, indudablemente, representado por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Quien dicta solo unas pocas sentencias al año (en todos los asuntos, incluidas las cuestiones de constitucionalidad) y “decide” sobre el contenido del recurso (mientras que en todos los demás casos simplemente rechaza sin motivación alguna), sobre la base de una facultad en gran medida discrecional que le permite elegir los casos en los que considera apropiado pronunciarse sobre alguna cuestión de Derecho, ya sea para establecer un nuevo precedente, resolver conflictos jurisprudenciales, o la anulación del propio precedente¹⁸. Esencialmente, la actividad de la Corte se orienta hacia lo que podría definirse como “supremacía del precedente”.

Después de la reforma de 2001 del *Zivilprozessordnung* – ZPO –, se modificó su art. 543 y sucesivos, por lo tanto el *Revisionsgericht* alemán también puede ser considerado como un “tribunal de precedentes”, ya que el recurso solo puede ser admisible cuando se plantea una cuestión de Derecho que tiene un *grundsätzlich edeutung* o cuando la decisión del tribunal supremo sea necesaria para la evolución de la ley o la ratificación de una jurisprudencia específica¹⁹.

¹⁷ Sobre el tema, véase, TARUFFO, M. *Le funzioni delle...*, pgs. 11 y ss.; y, MARINONI, L. G. *O STJ en quanto...*

¹⁸ Al respecto, véase para todos, BARSOTTI, V. *L'arte di tacere...*; y por último, pero no menos importante, BIN, R. *A discrezione del...*, pgs. 86 y ss., también para numerosas referencias bibliográficas.

¹⁹ Cfr., el art. 543 de la ZPO alemana. Al respecto, cabe señalar con

Por el contrario, es dudoso que puedan considerarse como verdaderos tribunales del precedente, aquellos que, al igual que nuestra Corte de Casación, tienen sobre todo una función retroactiva, que consiste principalmente, en la corrección de errores jurídicos cometidos por los jueces inferiores (la llamada nomofilaxia), mientras que de hecho, no siempre y de la única manera posible, cumplen una función proactiva en la formulación de normas que pretendan seguir los jueces posteriores²⁰.

Naturalmente, no es posible descartar la idea de conceder alguna eficacia de precedente en las decisiones de los tribunales inferiores dentro del mismo ámbito judicial: p.e., la decisión de un Tribunal de Apelación podría ser calificada como precedente por los jueces de primera instancia.

razón que la función del tribunal no es, pues, tanto decidir casos individuales como unificar y racionalizar todo el sistema de justicia civil. En este sentido, cfr. MURRAY, P. L. y STÜRNER, R. H. *German Civil Justice...*, pg. 386. Sobre la Corte Suprema alemana antes de la reforma, cfr. SONELLI, S. *L'accesso alla Corte...*, pgs. 82 y ss., (y en particular, pgs. 88 y ss., sobre el significado del criterio *grundsätzlich Bedeutung*).

²⁰ Al respecto, véase más ampliamente, TARUFFO, M. *Le funzioni delle...*, pgs. 11 y ss. Acerca del *Cour de Cassation* francés, CADIET habla de una función *jurisprudentielle et normative*, aludiendo al hecho de que los tribunales dicten sentencias que deberán ser seguidas por otros órganos jurisdiccionales (cfr. CADIET, M. L. "Le rôle institutionnel et politique de la Cour de Cassation en France: tradition, transition, mutation?", *Annuario di diritto...*, pgs. 191 y ss.).

La otra dimensión importante es la horizontal²¹. El ejemplo más típico de esta es el llamado *autoprecedente*, que se produce cuando el segundo juez (p.e., un tribunal supremo) se refiere a su propio precedente. No se niega que esto suceda, en lo absoluto, al ser un fenómeno frecuente en la práctica, pero hay un problema importante, ya que normalmente se descarta que la referencia a la propia decisión pasada no tenga un efecto de precedente. A continuación se mencionan algunos ejemplos. En cuanto a la patria del precedente en sentido propio, debemos recordar la *Practice Statement* en Inglaterra con la que en 1966 la *House of Lords* comunicó que a partir de ese momento ya no se entendería vinculada por sus precedentes. Por lo que en los años siguientes se diferenció en algunos casos de su precedente, pero era muy clara la negación del *autoprecedente*. Otro caso es también en Estados Unidos, su Corte Suprema en un fallo reciente²² negó que existiera un *stare decisis* (es decir, parece entenderse el precedente vinculante), y en particular, rechazó que esta estuviera obligada a seguir sus propios precedentes, ni siquiera cuando se tratara de decisiones pronunciadas por la *Sezioni Unite*.

De estas dos dimensiones analizadas, es conveniente indicar que hay otros fenómenos que pueden tener relación con el precedente de varias maneras, y que merecen mayor consideración.

²¹ Véase, TARUFFO, M. *Dimensioni del precedente...*, pg. 417.

²² Cfr. Caso del 9 de enero de 2015, n.º 174.

3.1. Pluralidad de los tribunales supremos

El primero de estos fenómenos se produce cuando hay más tribunales supremos en el mismo sistema, como, p.e., en el caso italiano, el Tribunal de Casación y el Consejo de Estado²³. Nada impide que las decisiones de estos tribunales surtan efecto para los juzgados de sus respectivas jurisdicciones, pero si uno de ellos se remite a la decisión de otro, no hay ningún precedente vertical ni horizontal, ya que se trata de jurisdicciones separadas.

Surgen entonces situaciones específicas con respecto a los tribunales constitucionales o – de manera más general –, con relación a la decisión sobre cuestiones de constitucionalidad. A esto debe hacerse una distinción entre un sistema en el que el control constitucional está muy extendido, o en el que está centralizado y es realizado por tribunales especiales autónomos del sistema judicial ordinario. En el primer caso, y una vez más, el ejemplo más inmediato lo ofrece la Corte Suprema de los Estados Unidos que ocupa la cima del sistema judicial, y que decide sobre cuestiones constitucionales. Las cuales son resueltas por todos los demás jueces, empezando por los de primera instancia, con los procedimientos procesales ordinarios, de manera que la Corte Suprema interviene (cuando lo estime oportuno) como tribunal de última instancia. Su decisión tiene un efecto directo en el caso

²³ En particular, sobre el precedente de la justicia administrativa, véase ampliamente, PESCE, G. *L'adunanza plenaria del...*, pgs. 29 y ss., 103 y ss., 143 y ss., y 177 y ss.

concreto, pero no tiene ningún carácter derogatorio y solo es un precedente normal (obviamente vertical) que pueden seguir los tribunales posteriores.

En cambio, si, como en el caso italiano, el tribunal constitucional es autónomo y no forma parte del sistema judicial ordinario, la situación es claramente diferente. No cabe duda de que sus decisiones, sea cual fuere su contenido (ya sea confirmado o rechazado) y la eficacia específicos de los procedimientos en los cuales se planteó la cuestión de la legitimidad constitucional, se le suele atribuir la capacidad de orientar o determinar las decisiones de los tribunales posteriores²⁴. Sin embargo, puede excluirse de que estos precedentes no se encuentren en el sentido adecuado: no son horizontales (comparados con los demás tribunales supremos del sistema jurídico, que se refieren a jurisdicciones separadas), ni son *autoprecedentes*, debido a que se excluye al tribunal constitucional de su obligación con sus propios precedentes; tampoco son verticales, ya que no hay jueces de rango subordinado al tribunal constitucional. Al respecto, puede observarse que la Corte Constitucional se ocupa de las normas e interpretaciones de estas²⁵, no de los hechos y sus clasificaciones, de modo que las decisiones tomadas constituyen precedentes en el sentido amplio antes indicado. Todo esto no impide que la

²⁴ Al respecto, cfr. PIZZORUSSO, A. *Stare decisis e...*, pgs. 31 y ss. (además de otros ensayos recogidos en el mismo volumen); y, ANZON, A. *Il valore del...*

²⁵ Ver para todos, GUASTINI, R. *L'interpretazione dei...*, pgs. 267 y ss.; y, GUASTINI, R. *Teoria e dogmatica...*, pgs. 330 y ss.

Corte Constitucional participe activamente en un “juego de equipo”, junto con las demás jurisdicciones, basado en el “uso judicial” de la Constitución, realizado por los juzgados ordinarios, esto por un lado, y en la actividad con la que la propia Corte se convierte en protagonista – en varios sentidos – del desarrollo general del sistema jurídico²⁶.

3.2. Precedente supranacional

Las consideraciones realizadas hasta ahora se han basado en la premisa de que el fenómeno del precedente surge dentro de los sistemas jurídicos nacionales específicos. No obstante, hay que tener en cuenta la compleja realidad de la existencia de diversos tribunales supranacionales y las consecuencias de sus fallos. Es fácil suponer que el tema es amplio y complejo para ser abordado con la profundidad que se merece²⁷. Sin embargo, manteniéndose estrictamente en el marco de un discurso sobre el precedente, vale la pena hacer una breve referencia a dos fenómenos de gran importancia.

²⁶ Al respecto, ver extensamente a LAMARQUE, E. *La fabbrica delle...*, pgs. 37 y ss.

²⁷ También para referencias adicionales, LAMARQUE, E. “Le relazioni tra l’ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti”, *Rivista italiana di...*, pgs. 727 y ss. Respecto al derecho penal, véase en particular, MANES, V. *Il giudice nel...*, pgs. 77 y ss., y 131 y ss.

El primero de ellos se refiere a los efectos de las decisiones judiciales dictadas por convenios o tratados internacionales: los ejemplos más importantes son el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* establecida por el *Pacto de San José de Costa Rica*, y en muchos aspectos también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es sabido que los fallos de estos tribunales tienen un efecto que puede describirse como directo en relación con la discusión concreta que se decide y contra los estados que intervienen en las controversias²⁸, pero eso no es de particular interés en este caso. El aspecto importante de estas decisiones es que constituyen un precedente para todos los tribunales y cortes de justicia de los estados que intervienen en las controversias, pero también para los órganos jurídicos que se han adherido a los respectivos convenios o tratados, de los cuales forman parte de un sistema judicial en algunos aspectos homogéneo – en las materias reguladas por aquellos²⁹–. Al respecto, es probable que se pueda hablar de precedente en el sentido propio de la palabra, tanto

²⁸ Sobre las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ver por todos, D’ALESSANDRO, E. *Il procedimento pregiudiziale...*, pgs. 212 y ss.

²⁹ En relación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vid. en particular, ZAGREBELSKI, V. “La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell’uomo; fatto e diritto alla luce dei precedenti”, en LAMARQUE, E. *La fabbrica delle...*, pgs. 61 y ss. En general, sobre los precedentes de los tribunales europeos en materia penal, vid., MANES, V. *Il giudice nel...*, pgs. 28 y ss., y también, DONINI, M. *Europeismo giudiziario e...*

por su dimensión vertical, ya que se dirige a los jueces “inferiores”, como por su aplicación a los casos posteriores, generalmente basados en la analogía de las situaciones fácticas referidas en los juicios previos y subsiguientes.

El segundo de los fenómenos se conoce desde hace algún tiempo como *judicial globalization*. Se trata de la tendencia que en los últimos años ha recibido cada vez más manifestaciones, por referirse a decisiones de tribunales pertenecientes a otras jurisdicciones. Se expresa sobre todo a nivel de los tribunales supremos y constitucionales, que adoptan argumentos utilizados por otros del mismo nivel, especialmente en las decisiones sobre la interpretación y las garantías de los derechos fundamentales³⁰. Resulta fácil entender que no se está tratando con precedentes en sentido propio, ni verticales, ni horizontales, ya que se refiere a resoluciones de distintos ordenamientos jurídicos. Sin embargo, no se puede ignorar su importancia, de donde emerge la tendencia “de globalización”, a apoyarse

³⁰ Cfr. MARKESINIS, B. y FEDTKE, J. *Judicial Recourse to...*; MARKESINIS, B. y FEDTKE, J. *Engaging with Foreign...*, pgs. 134 y ss., y 159 y ss.; y, SLAUGHTER, A. M. “Judicial Globalization”, *Virginia Journal of...*, pgs. 1103 y ss.; TARUFFO, M. “Globalization, Processes of Judicial”, *Encyclopedia of Law ...*, pg. 656; y, BAHDI, R. “Globalization of Judgment: Transjudicialism and the Five Faces of International Law in Domestic Courts”, *The Goerge Washington...*, pgs. 555 y ss.

en principios comunes (pensados como universales) para crear una jurisprudencia lo más coherente y constante posible en la protección de los derechos fundamentales³¹.

³¹ Esto no resta importancia al hecho de que existan casos — como el de los Estados Unidos y Francia — de sistemas que no participan en esta tendencia, aunque sea por diferentes razones. Al respecto, vid. en detalle MARKESINIS, B. y FEDTKE, J. *Judicial Recourse to...*, pgs. 187 y ss.

4. LO QUE NO ES UN PRECEDENTE

La uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho se logra a través de diversas técnicas. Algunas se basan, como acabamos de analizar, en el precedente, entendido en un sentido propio o amplio, mientras que otras no deben confundirse con este – aunque los discursos relacionados son demasiado generales y dan lugar a malos entendidos –.

Una técnica peculiar de esta categoría que está teniendo mucho éxito en algunos ordenamientos jurídicos es aquella que se basa en las declaraciones de las cortes o tribunales supremos para determinar la interpretación de las normas, eliminando eventuales dudas que puedan surgir o hayan surgido al respecto. Estas tienen un efecto vinculante para todos los jueces posteriores – y por lo general, también para todos los organismos públicos –, para cada caso que recaiga en el campo de aplicación de las normas interpretadas. Un ejemplo relevante de estas técnicas son las directivas emitidas por el Tribunal Supremo de la URSS, que hoy son consideradas por la casación cubana y el Tribunal Supremo de la Federación Rusa³². Estas no surgen de decisiones relacionadas con casos específicos, sino de aquellas en el sentido amplio del término “normativas”; las cuales

³² Cfr. RUDOVKAS, A. “Precedente giudiziario come fonte di diritto nell’ordinamento giuridico della Federazione Russa”, en VACCA, L. *Casistica e giurisprudenza...*, pgs. 129 y ss.

están destinadas a determinar cómo debe interpretarse cierta disposición legal. Por lo tanto, no parece que deban compararse con los precedentes, no deben ser tratadas como tales.

Ahora bien, una técnica sorprendentemente análoga (no se evidencia, de hecho, que el legislador brasileño se haya inspirado en el modelo soviético) es aquella (después de una reforma constitucional de 2004) que hoy se basa en las sùmulas – compendios – vinculantes. Estas son las máximas que el Tribunal Supremo de Justicia emite, después de una reunión con sus miembros que votan (con una mayoría de dos tercios) sobre ellas, a la hora de resolver interpretaciones contrastantes a las surgidas en la jurisprudencia de los tribunales inferiores, resultando vinculantes para todos los jueces, así también para los organismos públicos. De hecho, las sùmulas brasileñas también son actos de naturaleza “*lato* normativos” que no se expresan para decidir sobre casos específicos. Por consiguiente, sobre el particular, no resulta apropiado hacer referencia al concepto de “precedente”, incluso en un sentido muy amplio³³.

³³ Sobre el tema, vid. HIGASHIYAMA, E. “Teoria do Direito Sumular-STJ”, *Revista de Processo...*, pgs. 74 y ss; y, BAHÍA, A. “As sùmulas vinculantes e a Nova Escola da Exegese”, *Revista de Processo...*, pgs. 362 y ss.

5. EFICACIA DEL PRECEDENTE

Un aspecto relevante del precedente judicial es su efectividad, es decir, la capacidad que tiene para influir, o incluso determinar la decisión que se debe tomar para asuntos posteriores. A menudo se dice que tiene un efecto vinculante³⁴. Pero esta definición parece inadecuada, además de producir confusión, respecto de pronunciamientos que no son precedentes como los que se examinaron en el punto 4.

De hecho, existen varias razones para descartar la posibilidad de que, entendido correctamente, tenga un efecto vinculante para los jueces respecto de otros casos similares posteriores.

Una de estas razones deviene de la teoría de las fuentes. Se puede sostener, por ejemplo, en la legislación italiana, que la Constitución niega que sean vinculantes, es decir, que los jueces tengan un verdadero y propio deber de seguirlos³⁵; por el contrario, sería inconstitucional que una norma ordinaria intentara introducir en dicho

³⁴ Cfr. MARINONI, L. G. *O STJ enquanto corte...*, pgs. 154, 162 y ss.; y, PESCE, G. *L'Adunanza plenaria del...*, pgs. 153 y ss.

³⁵ Vid., recientemente Caso de 9 de enero de 2015 n.º 174 (ver, n.º 22 y en el texto), y cfr. GUASTINI, R. *Teoria e dogmatica...*, pg. 480.

ordenamiento la norma del precedente vinculante³⁶. Ello no excluye que la interpretación y aplicación uniforme de la ley sea vista como un valor que debe ser perseguido en nuestro sistema legal³⁷, pero ello no implica, en lo absoluto, que el precedente pueda o deba considerarse vinculante a tal efecto.

Otro argumento de importancia es de naturaleza comparativa, del cual se deriva que el precedente no es vinculante en todos los sistemas legales, que por lo general se basan en él, como son los casos de Inglaterra y EE.UU. Tratándose de Inglaterra, ya se ha visto que el juez tiene un amplio repertorio de instrumentos que conllevan a apartarse, en ocasiones, de la figura en estudio³⁸, y el *Practice Statement* de 1966 – que ya se explicó –, con el cual la *House of Lords* afirmó que desde ese momento ya no se consideraría vinculada a sus precedentes, es aplicable a la Corte Suprema, que en los últimos años ha ocupado el lugar de aquella, en la cúspide del sistema judicial inglés. Por lo tanto, en esencia, el juez inglés lo ignora cuando lo considera que es inapropiado para llegar a una decisión justa³⁹. Respecto del Tribunal Supremo de los EE.UU, este

³⁶ GUASTINI, R. *Teoria e dogmatica...*, pg. 480.

³⁷ Casación civil, S.U., ord. N.º 23675 de 6 de noviembre de 2014, en donde se afirma que el juez que no sigue el precedente debe aducir “buenas razones” para justificar su elección.

³⁸ Vid. *Supra*, n.º 13.

³⁹ Cfr. BANKOWSKI, Z., MACCORMICK, D. N. y MARSHALL, G. “Precedent in the United Kingdom”, *Interpreting Precedents: A...*, pgs.

no solo ejerce la facultad de apartarse de sus precedentes cuando lo crea oportuno, sino que cada juez en todos los niveles, tiene la posibilidad de no ajustarse a ellos, cuando estime que estos conllevan a una decisión injusta e inaceptable para el caso en estudio – específico –⁴⁰. Por otro lado, en los diversos sistemas de derecho civil, como el de Italia, generalmente no se atribuye al precedente con efecto vinculante, aunque se reconozca que sí puede influir en decisiones posteriores⁴¹.

Sin embargo, es evidente que negar, en general, que tenga un efecto vinculante, no significa que no tenga ninguno. En cambio, se trata de reconocer que puede tener su propia fuerza respecto a los jueces posteriores. En otras palabras, se pretende admitir que se puede influir en las decisiones de los jueces, pero ello no es determinante, de manera formal, para los casos posteriores. Por otra parte, la fuerza del precedente implica que tiene un efecto

325 y ss.; y, TARUFFO, M. “Precedente e giurisprudenza”, *Rivista Trimestrale: di...*, pg. 716.

⁴⁰ Cfr. SUMMERS, R. S. “Precedent in the United States (New York State)”, en MACCORMICK, D. N. y SUMMERS, R. S. (eds.). *Interpreting Precedents. A...*, pgs. 369 y ss.

⁴¹ Cfr., los ensayos de ALEXY, R. y DREIER, K. “Precedent in the Federal Republic of Germany”, pgs. 17 y ss.; AARNIO, A. “Precedent in Finland”, pgs. 65 y ss.; ENG, S. “Precedent in Norway”, pgs. 189 y ss.; BERGHOLZ, G. y PECZENIK, A. “Precedent in Sweden”, pgs. 293 y ss.; todos en MACCORMICK, D. N. y SUMMERS, R. S. (eds.). *Interpreting Precedents. A...*

puramente persuasivo⁴², pero esta eficacia puede existir en grados muy diferentes, dependiendo de los factores que intervengan, como p.e., la estructura del ordenamiento jurisdiccional, la función desempeñada por las diversas cortes, y en particular, por las cortes supremas, la autoridad de estas, el valor de los argumentos por los que se justifica la decisión del precedente, la compatibilidad de esta decisión con los valores que inspiran el orden jurídico del lugar y en el momento de su adopción, así como la posibilidad de que pueda llevar a los jueces posteriores a tomar decisiones justas, etc.

De lo anterior, deriva la consecuencia que, a manera de máxima, el juez posterior no se encuentra nunca obligado a someterse al precedente. Por el contrario, está obligado a justificar de manera adecuada su decisión cuando opte por no adherirse a aquel, exponiendo las razones de su actuación⁴³. Por lo tanto, no existe ninguna obligación de aplicarlo, sino más bien, de motivar la decisión de por qué no se consideró. Este deber puede tener mayor o menor intensidad en los distintos ordenamientos jurídicos, advirtiéndose con mayor fuerza en los sistemas en los

⁴² Cfr., en particular, a PECZENIK, A. “The binding force of precedent”, en MACCORMICK, D. N. y SUMMERS, R. S. (eds.). *Interpreting Precedents. A...*, pgs. 461 y ss.; y GUASTINI, R. *Teoria e dogmatica...*, pg. 480.

⁴³ Caso civil n.º 23675/2014, comparte esta perspectiva afirmando que el juez que no sigue el precedente debe aducir “buenas razones” para justificar su elección (las cuales deben ser óptimas en materia procesal).

cuales rige el *stare decisis*, y en los que existen verdaderas y propias cortes del precedente, mientras que se percibe de manera más débil y flexible en aquellos sistemas en los que – en lugar de precedentes en sentido propio – hay que abordar una jurisprudencia que, como sucede en Italia, es pletórica, variable y a menudo contradictoria.

Además, es importante señalar que la fuerza persuasiva de una decisión, o sea, su capacidad para influir en determinaciones posteriores, también puede tener lugar cuando se trata de decisiones que no pueden considerarse precedentes en el sentido mismo de la palabra – y quizá ni siquiera en sentido amplio –. Incluso, es posible distinguir aquellas que de alguna manera constituyen precedentes, con otras que, sin embargo, pueden establecer puntos de referencia de decisiones posteriores⁴⁴. Su función, de hecho, no consiste en indicar una norma que deba seguirse en otros casos, sino simplemente en señalar que en esa situación en concreto, se ha aplicado una determinada norma de cierta manera. Igualmente, se pueden dar ejemplos negativos, es decir, decisiones que resultaron erróneas o infundadas, por lo que no deben ser observadas – tomadas como modelo –.

⁴⁴ Respecto a esta distinción, vid., ampliamente a TARUFFO, M. “Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria”, *Scritti per Uberto...*, pgs. 783 y ss.; y del mismo autor, “Precedente e giurisprudenza”, *Rivista Trimestrale: di...*, pgs. 720 y ss.

En síntesis, podemos señalar que las situaciones que se han suscitado como ejemplo y no como precedentes, han tenido lugar cuando tribunales de un mismo nivel hacen referencia a decisiones de otros tribunales de la misma jerarquía – como es el caso de diversas cortes supremas del mismo ordenamiento, a las cuales se ha hecho referencia anteriormente –, o incluso, cuando una corte se refiere a las decisiones de un juez de rango inferior. El caso más relevante y en muchos sentidos el más interesante, es el de la globalización judicial: es evidente, de hecho, que si la Corte Suprema de un país se basa en la decisión pronunciada por otra de otro país, esto no tiene nada que ver con el precedente. Sin embargo, es precisamente este fenómeno el que deja claro cómo puede haber situaciones que muestran una fuerza persuasiva significativa en resoluciones posteriores⁴⁵.

⁴⁵ Vid. TARUFFO, M. “Precedente e giurisprudenza”, *Rivista Trimestrale: di...*, pgs. 720 y ss.

6. UNIVERSALISMO VS. PARTICULARISMO

A lo largo del presente trabajo hemos visto que la opinión que prevalece es que la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho es considerada un valor fundamental, y que la función principal atribuida a los tribunales supremos consiste en asegurar que este se logre a través de la producción y gestión de precedentes que deberían influir en la decisión de casos posteriores. En tal sentido, es fácil ver que esta tendencia es común en varios ordenamientos jurídicos, y que se basa – de manera más o menos explícita – en una imagen ideal del sistema jurídico, según la cual debe ser coherente, uniforme y estático, todo de manera sincrónica, debiendo garantizar también todas las controversias que surjan y que deben ser resueltas de la manera más uniforme posible. No obstante, permanece al margen del horizonte conceptual que caracteriza a esta perspectiva la eventualidad de que en el ordenamiento existan excepciones y variantes; y se admita, por tanto, pero sin atribuirle especial importancia, que el sistema evolucione y cambie con el tiempo.

Todo esto no es particularmente nuevo, es la imagen de “un sistema jurídico perfectamente homogéneo, unitario y ordenado” que, según Vittorio FROSINI “solo existe en las abstracciones de los juristas formalistas, pero no pertenece al mundo real de la experiencia jurídica”⁴⁶.

⁴⁶ Cfr. FROSINI, V. *Ordine e disordine...*, pg. 23.

Ahora bien, si consideramos la tarea asignada a las cortes supremas en este sentido, también emerge una dimensión marcadamente burocrática – y esencialmente autoritaria – del funcionamiento del sistema. En efecto, las cortes supremas ocupan la cúspide de las pirámides judiciales y – como en todas las estructuras burocráticas centralizadas – todo el poder real se coloca en la parte superior, y desde allí desciende condicionando el comportamiento de los sujetos – en nuestro caso el de los jueces – que, estando situados en los niveles inferiores, están subordinados a lo que dice la cúspide. La Corte Suprema resulta ser la más importante, incluso que el mismo legislador, quien se encarga de crear normas generales y abstractas, pero es aquella la que determina su verdadero significado, y tiende a imponerlo a todas las autoridades judiciales inferiores.

Lo anterior es un claro ejemplo de lo que se conoce como “universalismo jurídico”, el cual es trascendental para la teoría general del derecho. En este se afirma que el derecho está compuesto por normas generales y abstractas, que deben ser aplicadas de manera uniforme por los jueces, a través de la “subsunción” en ellas a casos particulares – individuales –⁴⁷. Ahora bien, este, ha sido objeto de múltiples críticas durante mucho tiempo, basadas – sobre todo – en que las decisiones judiciales no son nunca el resultado, meramente, de la aplicación mecánica

⁴⁷ Sobre este tema, se recomienda ver entre otros a: BOUVIER, H. *G. Particularismo y derecho...*, pgs. 19 y ss., y pgs. 38 y ss.; PALAZZO, F. *Il diritto penale...*; GROSSI, P. *Universalismo e particolarismo...*; y, SACCO, R. *Il diritto tra...*

de las normas generales, puesto que su interpretación y aplicación dependen directamente de la complejidad del caso concreto que es objeto de la resolución⁴⁸. Basta ver, en este sentido que, los hechos sobre los que el juez debe pronunciarse suelen afectar y determinar aquellas al asunto específico⁴⁹. Al respecto, surgen perspectivas diferentes y alternativas con respecto al universalismo que se agrupan bajo la denominación común de “particularismo jurídico”⁵⁰. La máxima fundamental de este es aquella que establece – inspirada – que la decisión judicial debe tener en cuenta, sobre todo⁵¹, las circunstancias específicas – los llamados detalles – del caso en concreto⁵². En versiones más sutiles,

⁴⁸ Se recomienda revisar el trabajo de los autores citados en la nota que antecede.

⁴⁹ Vid. TARUFFO, M. “Il fatto e l’interpretazione” en LAMARQUE, E. *La fabbrica delle...* Desde una perspectiva análoga, cfr. BIN, R. *A discrezione del...*, pgs. 86 y ss.

⁵⁰ Vid., sobre todo a BOUVIER, H. G. *Particularismo y derecho...*, pgs. 58 y ss., 175 y ss., 309 y ss., 349 y ss.; FROSINI, V. *Ordine e disordine...*; y, TARUFFO, M. *La semplice verità...*, pgs. 200 y ss.

⁵¹ “In alcune versioni estreme si afferma che il giudice dovrebbe tener conto soltanto di queste circostanze, senza riferirsi ad alcuna norma, ma queste versioni sono ovviamente inaccettabili nel contesto di un ordinamento giuridico in cui viga il principio di legalità”. Traducción: “En algunas versiones extremas se afirma que el tribunal solo debería tener en cuenta estas circunstancias, sin hacer referencia a ninguna norma, pero estas versiones son obviamente inaceptables en el contexto de un sistema jurídico en el que se aplica el principio de la legalidad”.

⁵² Cfr. Sobre todo, los ensayos recogidos en BANKOWSKI, Z. y

sin embargo, no se descarta que la decisión también considere las normas aplicables al caso⁵³, permaneciendo incólume la idea de que sobre todo son las circunstancias del asunto las que determinan la interpretación de las normas.

Sin extendernos aún más del análisis⁵⁴ del particularismo en las decisiones judiciales, es menester indicar que tiene al menos dos consecuencias de relevancia para el estudio del presente trabajo.

La primera consecuencia es que, al destacar la importancia esencial de los hechos como *particulars* del caso concreto y como factores determinantes para la interpretación y aplicación de las normas que el juez adopta como criterio de decisión, surge una clara conexión entre la concepción originaria y rigurosa del precedente en el sentido anteriormente descrito. Como hemos visto, la aplicación de este por el segundo juez se basa esencialmente en la analogía entre los hechos del asunto que debe resolverse y los que han sido objeto de la sentencia anterior; resulta evidente, por tanto – en sentido propio –, que implica necesariamente el examen y la consideración

MACLEAN, J. *The Universal and...*

⁵³ Cfr. MACCORMICK D. N. “Particulars and Universals”, pgs. 3 y ss.; y, WALKER, N. “The Burden of Universalism”, pgs. 53 y ss; estos en BANKOWSKI, Z. y MACLEAN, J. *The Universal and...*

⁵⁴ A propósito del tema, ver ampliamente a TARUFFO, M., en AA.VV. *La giurisprudenza per...*, pgs. 42 y ss.

de los *particulars* de los dos asuntos. Es decir, la concepción original del precedente está plenamente inscrita en una perspectiva particularista.

La segunda consecuencia de relevancia que hay que señalar es la forma en que se configura la estructura del sistema jurídico. Es fácil ver, de hecho, que nos enfrentamos a dos modelos o paradigmas divergentes. Por un lado, tenemos al universalístico, el cual se asemeja a un modelo piramidal, en el cual es tendencialmente una sola cúspide la que pronunciará el derecho de manera vinculante para todos, y *once and forever*. De esta manera, además, el Derecho viene enunciando fórmulas con un alto grado de abstracción, sin considerar algo evidente, es decir, que cuanto más se sube en la escala de abstracción, más se pierde de vista la realidad concreta. En cambio, el paradigma particularista no implica un sistema piramidal gobernado rígidamente por cortes supremas, más bien, hace referencia a los niveles inferiores de la administración de justicia, en otras palabras, sobre todos los jueces de primer grado, en la medida que estos son los que típicamente deben ocuparse de los hechos, y por tanto, de los *particulars*.

Como podemos ver, son paradigmas totalmente diferentes, aunque no necesariamente contradictorios. Es muy posible, y es lo que ocurre por regla general, que coexistan – aunque creen una tensión relevante – dentro del mismo sistema jurídico⁵⁵. Por consiguiente, por un

⁵⁵ *Ibidem*, pgs. 44 y ss.

lado, puede existir el paradigma universalístico centrado en la formulación e interpretación de reglas generales y abstractas; y por otro, existe el paradigma particularístico, centrado en la consideración de los hechos particulares del caso concreto. Sin embargo, no hay nada que pueda excluir que haya cierta correspondencia entre estos dos, si se admite que la atención necesaria para los detalles se combina con la identificación de normas que tienden a ser universales y aplicables a una pluralidad de casos.

7. UN PUNTO DE VISTA DIFERENTE

Por otra parte, la consideración que debe, necesariamente, darse al paradigma particularístico deja claro que cuando nos referimos al “derecho”, no es posible limitarnos a lo que se dice de él – tratándose de los que siguen el paradigma universalístico –, pues se perdería de vista “el mundo real de la experiencia jurídica”⁵⁶. Esto puede verse como un primer paso hacia una consideración más verdadera de este “mundo real” y de la naturaleza que el precedente asume en esta “experiencia”. Lo cual puede reflejarse en la adopción de un paradigma diferente, que tenga debidamente en cuenta el desorden que caracteriza al sistema jurídico en su complejidad.

El tema del desorden jurídico, ciertamente, no es nuevo en la teoría del derecho⁵⁷, este se centra en que el derecho no solo está compuesto por normas (y mucho menos por un sistema de conceptos), sino también por decisiones, actos administrativos, contratos, laudos arbitrales, convenios, tratados internacionales, etc., y por lo tanto, es irreduciblemente heterogéneo⁵⁸. Por

⁵⁶ FROSINI, V. *Ordine e disordine...*

⁵⁷ Cfr. FROSINI, V. *Ordine e disordine...*, pgs. 19 y ss.; y, VAN DE KERCHOVE, M. y OST, F. *Le système juridique...*, pgs. 160 y ss.

⁵⁸ VAN DE KERCHOVE, M. y OST, F. *Le système juridique...*, pgs. 49 y ss.

otra parte, aunque solo se tuviera en cuenta el nivel de las normas, habría factores opuestos significativos de complejidad y desorden. P.e., al analizar únicamente las fuentes del derecho italiano (y por lo tanto excluyendo la jurisprudencia⁵⁹, actos privados, actos administrativos y el *soft law*⁶⁰), resulta que estas se distinguen en no menos de 19 tipos⁶¹. Ahora bien, se desconoce el número de los actos legislativos en vigor, algunas estimaciones arrojan resultados impresionantes que van de 40.000 a 150.000, por lo que⁶² – aunque queramos ignorar los numerosos y a veces arriesgados defectos que caracterizan la producción normativa italiana⁶³ – parece evidente que se enfrentan a una situación de desorden inmenso⁶⁴ – en claro contraste con cualquier idea de orden y coherencia. De hecho, si podemos admitir que esta es una aspiración válida y compartida en todo sistema jurídico, no puede dejarse constatar que en realidad los sistemas jurídicos – e Italia es

⁵⁹ En el sentido de que los precedentes son fuentes de derecho, cfr. PIZZORUSSO, A. *Fonti del diritto...*, pgs. 705 y ss, y 723 y ss. 2ª. e.

⁶⁰ Sobre el tema, vid. BIN, R. *A discrezione del...*, pg. 38.

⁶¹ Cfr. GUASTINI, R. *Teoria e dogmatica...*, pgs. 80 y ss.; un amplio estudio sobre las diversas fuentes, vid., pgs. 271 y ss., 307 y ss., 414 y ss., 549 y ss., 587 y ss., y 615 y ss. Análogamente, cfr. el exhaustivo análisis de PIZZORUSSO, A. *Fonti del diritto...*, pgs. 353 y ss., 431 y ss., 491 y ss., 643 y ss., 747 y ss.

⁶² Cfr. AINIS, M. *La legge oscura...*, pg. 20.

⁶³ *Ibidem*, pgs. 10 y ss., y 135 y ss.

⁶⁴ A propósito del alternado sistema de las fuentes del derecho penal, cfr., en particular a MANES, V. *Il giudice nel...*, pgs. 14 y ss., y 19.

un buen ejemplo, pero no el único – están dominados por el desorden. Sin embargo, parece que la mejor manera de abordar el problema no es tratar de exorcizar el desorden del derecho con conceptos abstractos o paradigmas como los que ofrece el universalismo jurídico, sino pensar en alguno que nos permita comprender mejor la realidad.

Entre las diversas posibilidades, una opción que parece razonable son las teorías del caos (o sistemas complejos)⁶⁵. Aparte de sus orígenes científicos y matemáticos, estas también hacen referencia a los fenómenos sociales⁶⁶, puesto que los sistemas complejos se encuentran en muchas áreas de la vida social, económica, política y cultural⁶⁷. No resulta difícil ver, por otro lado, que la ley – como se ha descrito anteriormente – presenta precisamente características fundamentales de un sistema caótico, sin duda complejo en sentido propio, compuesto de diversas partes que interactúan de diferentes maneras pero, en todo caso, sin complicaciones, y que resulta ser cambiante con el tiempo⁶⁸. En su conjunto, el sistema se caracteriza por una tendencia creciente al desorden entrópico⁶⁹, las teorías

⁶⁵ Desde una perspectiva diversa, pero en muchos aspectos elogiada, cfr. BIN, R. *A discrezione del...*, pgs. 18 y ss., y 55 y ss.

⁶⁶ Cfr. PRIGOGINE, I. y STENGERS, I. *La nuova alleanza...*, pg. 175.

⁶⁷ Cfr. TAYLOR, M. C. *The momento of...*, pg. 141.

⁶⁸ *Ibidem*, pgs. 141 y ss., y 158.

⁶⁹ Cfr. FROSINI, V. *Ordine e disordine...*, pg. 19. Respecto al tema de la entropía del derecho, vid., BIN, R. *A discrezione del...*, pgs. 61 y ss. La

del caos coinciden en enfatizar que dentro del desorden global pueden surgir momentos de orden determinados por diversos factores: en esencia, el caos no es total y no afecta a todas las áreas del sistema, que aparece más bien como un conjunto complejo de elementos caóticos, y por lo tanto de desorden, y de momentos en los que este cesa y se crean estructuras ordenadas. Como se ha dicho, del mar del caos emergen islas de orden⁷⁰, para que el equilibrio entre orden y desorden se coloque *at the edge of the chaos*⁷¹. Un aspecto esencial es que el sistema es dinámico, se mueve y se desarrolla de acuerdo con la fluctuación del tiempo, y por lo tanto, la formación de islas de orden es casual, móvil, nunca definitiva y abierta al cambio: lo que determina la evolución del sistema. La idea de que en este sistema caótico se produzcan áreas de orden puede resultar menos preocupante que aquel desordenado que es dominado por la entropía, un espectro que asusta a juristas, jueces y legisladores, y los impulsa – como se dijo al inicio –, a poner a la interpretación y aplicación uniforme de la ley como un valor fundamental del ordenamiento jurídico, aún cuando – como ya se expuso –, este valor sea difícil

formación del desorden entrópico coopera con la imprevisibilidad de la justicia y de la administración, vid. AINIS, M. *La legge oscura...*, pg. 27.

⁷⁰ Cfr. WEISSERT, T. P. “Representation and Bifurcation: Borges’s Garden of Chaos Dynamics”, en HAYLES, K. N. (ed.). *Chaos and Order ...*, pg. 224.

⁷¹ Cfr. TAYLOR, M. C. *The momento of...*, pgs. 146 y 165; análogamente vid. PRIGOGINE, I. y STENGERS, I. *La nuova alleanza...*, pg. 187.

de lograr. Para exorcizar este espectro, será apropiado mencionar brevemente cómo las islas de “orden jurídico” pueden surgir dentro de la ley en un desorden continuo.

Al respecto, las teorías del caos ofrecen una serie de sugerencias útiles. Con una terminología derivada del origen químico-matemático, las áreas de orden que surgen del desorden son comúnmente definidas como estructuras disipativas⁷². Nacen esencialmente de eventos llamados bifurcaciones⁷³, y que se producen cuando un elemento del sistema, al tener que optar por dos o más alternativas posibles, adopta una, y sigue avanzando en esa dirección hasta que se propone una nueva bifurcación. Básicamente esta determina un “nuevo punto” de orden en la fluctuación

⁷² Cfr. PRIGOGINE, I. *La leggi del caso*. Bari: Laterza, 1993, pgs. 15 y ss.; PRIGOGINE, I. y STENGERS, I. *La nuova alleanza...*, pg. 148; y, PORUSH, D. “Fiction sas Dissipative Structures. Prigogine’s Theory and Postmodernism’s Roadshow”, en HAYLES, K. N. (ed.). *Chaos and Order ...*, pgs. 56 y ss.

⁷³ La idea de la bifurcación ya había sido anticipada por BORGES, J. L., en un recuento de 1941 en “Il giardino dei sentieri che si biforciano”, *Finzioni...*, pgs. 79 y ss., pero luego es utilizado por las teorías del caos para explicar la dinámica fundamental del sistema. Vid., también, PRIGOGINE, I. *La leggi del...*, pgs. 16 y ss.; PRIGOGINE, I. y STENGERS, I. *La nuova alleanza...*, pgs. 173 y ss.; Cfr. WEISSERT, T. P. *Representation and Bifurcation...*, pgs. 234 y ss.; PORUSH, D. “Fiction sas Dissipative Structures. Prigogine’s Theory and Postmodernism’s Roadshow”, en HAYLES, K. N. (ed.). *Chaos and Order...*, pg. 59; y, TAYLOR, M. C. *The moment of...*, pg. 150.

del sistema, y es el conjunto de estas lo que crea, al mismo tiempo, la dinámica del sistema y el surgimiento de áreas de orden dentro de esta.

Sin ir más allá de dichos conceptos en el contexto de las teorías del caos, se puede observar que proporcionan un punto de vista útil para el análisis de ese caótico sistema particular que es el derecho. Más concretamente, las estructuras disipativas formadas a través de bifurcaciones que corresponden a momentos en que se crean zonas de orden “local” dentro del sistema global – caótico y dinámico –⁷⁴. Esto puede deberse a diversas razones, como la introducción de una nueva norma que tiende a aplicarse en una fecha posterior, o la derogación de una u otros acontecimientos que afecten a tal o cual punto de las fuentes del derecho. En este contexto, cabe señalar también que, el precedente corresponde bien a la idea de una estructura disipativa: es el resultado de una bifurcación, en el sentido de que opta por una alternativa entre las distintas interpretaciones posibles de una norma, y tiende a establecer un área de orden, siempre y cuando se siga en decisiones subsecuentes, es decir, si es capaz de uniformizar estas. Por decirlo de otra manera, mientras dure, y dependiendo de cuántas y qué decisiones subsecuentes le sigan, el precedente crea una isla de orden – es decir, de uniformidad – dentro del desorden general.

⁷⁴ WEISSERT, T. P. “Representation and Bifurcation: Borges’s Garden of Chaos Dynamics”, en HAYLES, K. N. (ed.). *Chaos and Order ...*, pg. 232. En sentido análogo, FROSINI, V. *Ordine e disordine...*, pgs. 19 y ss.

Esta isla no es ni estable ni eterna, y surge con modalidades ampliamente casuales – debido a las “fluctuaciones” del sistema⁷⁵, y está destinada a desaparecer por efecto de bifurcaciones posteriores⁷⁶. Sin embargo, y a pesar de estas limitaciones, sigue siendo un factor importante de orden dentro del caos del derecho.

⁷⁵ Cfr. PRIGOGINE, I. y STENGERS, I. *La nuova alleanza...*, pgs. 170 y ss.

⁷⁶ BIN, R. *A discrezione del...*, pgs. 81 y ss., resalta precisamente cómo la eficacia de un precedente, por más aceptado que sea, bien puede decaer a causa de una decisión posterior que toma una dirección distinta.

8. FUENTES

AA.VV. *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*. Padova: CEDAM, 1988.

ADAMS, M. *Precedent and the law*. Bruselas: Ed. Hondius, 2007.

AINIS, M. *La legge oscura. Come e perché non funziona*. Bari: Laterza, 2002.

ALEXY, R. y DREIER, K. “Precedent in the Federal Republic of Germany”, en MACCORMICK, D. N. y SUMMERS, R. S. (eds.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Inglaterra: Routledge, 1997.

ANZON, A. *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*. Milano: Giuffrè, 1985.

ARNIO, A. “Precedent in Finland”, en MACCORMICK, D. N. y SUMMERS, R. S. (eds.). *Interpreting precedents. A comparative study*. Inglaterra: Routledge, 1997.

BAHDI, R. “Globalization of Judgment: transjudicialism and the five faces of international law in domestic courts”, *The George Washington International Law Review*. Estados Unidos: the George Washington University Law School, n.º 34, 2002.

BAHÍA, A. “As súmulas vinculantes e a Nova Escola da Exegese”, *Revista de Processo*. Brasil: Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2011.

BANKOWSKI, Z. y MACLEAN, J. *The universal and the particular in legal reasoning*. Inglaterra: Ashgate Publishing, 2006.

BANKOWSKI, Z.; MACCORMICK, D. N. y MARSHALL, G. “Precedent in the United Kingdom”, en MACCORMICK, D. N. y SUMMERS, R. S. (eds.). *Interpreting precedents. A comparative study*. Inglaterra: Routledge, 1997.

BARSOTTI, V. *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*. Torino: Giappichelli, 1999.

BERGHOLZ, G. y PECZENIK, A. “Precedent in Sweden”, en MACCORMICK, D. N. y SUMMERS, R. S. (eds.). *Interpreting precedents. A comparative study*. Inglaterra: Routledge, 1997.

BIN, R. *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva “quantistica”*. Milano: Franco Angeli, 2016.

BORGES, J. L. “Il giardino dei sentieri che si biforcano”, en BORGES, J. L. *Finzioni*. Torino: Einaudi, 1955.

BOUVIER, H. *Particularismo y derecho. Un abordaje postpositivista en el ámbito práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

CADIET, M. L. “Le rôle institutionnel et politique de la Cour de Cassation en France: tradition, transition, mutation?”, *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*. Italia: Universidad de Sannio; Universidad de Nápoles, 2011.

CALAMANDREI, P. “La Cassazione civile. Il Disegno generale dell’istituto, 1920”, en CALAMANDREI, P. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1976. Vol. VII.

CARPI, F. y TARUFFO, M. *Commentario breve al codice di procedura civile*. Padova: CEDAM, 2015. 8.^a e.

D’ALESSANDRO, E. *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di Giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*. Torino: G. Giappichelli, 2013.

DONINI, M. *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*. Milano: Giuffrè, 2011.

ENG, S. “Precedent in Norway”, en MACCORMICK, D. N. y SUMMERS, R. S. (eds.). *Interpreting precedents. A comparative study*. Inglaterra: Routledge, 1997.

FROSINI, A. *Ordine e disordine nel diritto*. Napoli: Guida, 1979.

GROSSI, P. *Universalismo e particolarismo nel diritto*. Napoli: Università degli Studi Suor Orsola Benincasa. Facoltà di Giurisprudenza. Napoli: Ediotirale Scientifica, 2011.

GUASTINI, R.

- *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè, 1998.
- *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004.

HIGASHIYAMA, E. “Teoria do Direito Sumular-STJ”, *Revista de Processo*, n.º 36, 2011.

LAMARQUE, E.

- *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte Costituzionale e giudici comuni*. Milano: Giuffrè, 2012.
- “Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti”, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*. Milano: Giuffrè, 2013.

MACCORMICK, D. N. “Particulars and universals”, en BANKOWSKI, Z. y MACLEAN, J. *The universal and the particular in legal reasoning*. Inghilterra: Ashgate Publishing, 2006.

MACCORMICK, D. N. y SUMMERS, R. S. (eds.). *Interpreting precedents. A comparative study*. Inghilterra: Routledge, 1997.

MANES, V. *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*. Roma: Dike, 2012.

MARKESINIS, B. y FEDTKE, J.

- *Judicial recourse to foreign law. A new source of inspiration?* Inghilterra: Routledge-Cavendish, 2006.
- *Engaging with foreign law.* Inghilterra: Hart Publishing, 2009.

MARSHALL, J. “Trentatre cose che si possono fare con i precedenti”, *Region pratica*. Italia: Il Mulino, n.º 6, 1996.

MARINONI, L. G. “O STJ enquanto corte de precedentes. Compreensão do sistema processual da Corte Suprema”, Brasil: *Revista dos Tribunais*, 2013.

MURRAY, P. L. y STÜRNER, R. H. *German Civil Justice*. Durham, Estados Unidos: Carolina Academic Press, 2004.

PALAZZO, F. *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2011.

PESCE, G. *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2012.

PIZZORUSSO, A.

- *Stare decisis e Corte Costituzionale, in La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*. Italia: F. Treves, 1971.
- *Fonti del diritto*. Bologna: Zanichelli Editore & Il Foro Italiano, 2011.

PECZENIK, A. “The binding force of precedent, en MACCORMICK, D. N. y SUMMERS, R. S. (eds.). *Interpreting precedents. A comparative study*. Inglaterra: Routledge, 1997.

PORUSH, D. “Fiction sas Dissipative Structures. Prigogine’s Theory and Postmodernism’s Roadshow”, en HAYLES, K. N. (ed.). *Chaos and Order. Complex dynamics in literature and science*. Estados Unidos: University of Chicago Press, 1991.

PRIGOGINE, I. *Le leggi del caos*. Bari: Laterza, 1993.

PRIGOGINE, I. y STENGERS, I. *La nuova alleanza. Metamorfosi della scienza*. Torino: Einaudi, 1999.

RICCI, G. F. *Il giudizio civile di Cassazione*. Torino: G. Giappichelli, 2013.

RUDOVKAS, A. “Precedente giudiziario come fonte di diritto nell’ordinamento giuridico della Federazione Russa”, en VACCA, L. *Casistica e giurisprudenza*. Napoli: Jovene, 2014.

SACCO, R.

- “La massima mentitoria”, *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*. Padova: CEDAM, cuidada por G. Visintini, 1988.

- *Il diritto tra uniformazione e particolarismi*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2011.

SERIO, M. “La rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario inglese”, en VACCA, L. *Casistica e giurisprudenza*. Napoli: Jovene, 2014.

SLAUGHTER, A. M. “Judicial Globalization”, *Virginia Journal of International Law*. Estados Unidos: University of Virginia School of Law, n.º 40, 2000.

SONELLI, S. *L'accesso alla Corte Suprema e l'ambito del suo sindacato. Un contributo al dibattito sulla Cassazione civile in un'ottica comparatistica*. Torino: G. Giappichelli, 2001.

SUMMERS, R. S. “Precedent in the United States (New York State)”, en MACCORMICK, D. N. y SUMMERS, R. S. (eds.). *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Inglaterra: Routledge, 1997.

TARUFFO, M.

- *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980.
- “Calamandrei e l'unificazione della Cassazione”, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991.
- “La Corte di Cassazione e la legge”, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991.

- “Dimensioni del precedente giudiziario”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: A. Giuffrè, 1994.
- “Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria”, en Gianformaggio, L. y Jori, M. *Scritti per Uberto Scarpelli*. Milano: Giuffrè, 1998.
- “Globalization, Processes of Judicial”, *Encyclopedia of Law and Society. American and Global Perspectives*. Los Angeles: D. D. Clark, 2007. Vol. 2.
- “Precedente e giurisprudenza”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: A. Giuffrè, 2007.
- *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009.
- “Il fatto e l’interpretazione”, en LAMARQUE, E. *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte Costituzionale e giudici comuni*. Milano: Giuffrè, 2012.
- “Addio alla motivazione?”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: A. Giuffrè, 2014.
- “Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: A. Giuffrè, 2014.

TAYLOR, M. C. *The moment of complexity. Emerging network culture*. Chicago-London: University of Chicago Press, 2003.

VAN DE KERKCHOVE, M. y OST, F. *Le système juridique entre ordre et désordre*. Francia: Presses Universitaires de France, 1988.

WALKER, N. “The Burden of Universalism”, en BANKOWSKI, Z. y MACLEAN, J. *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*. Inglaterra: Ashgate Publishing, 2006.

WEISSERT, T. P. “Representation and bifurcation: borges’s garden of chaos dynamics”, en HAYLES, K. N. (ed.). *Chaos and Order. Complex Dynamics in Literature and Science*. Chicago-London: N. K. Hayles, 1991.

WHITTAKER, S. “Precedent in English Law: A view from the Citadel”, *Precedent and the law*. Bruselas: Ed. Hondius, 2007.

ZAGREBELSKI, V. “La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell’uomo; fatto e diritto alla luce dei precedenti”, en LAMARQUE, E. *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte Costituzionale e giudici comuni*. Milano: Giuffrè, 2012.

Versión original



ASPETTI DEL PRECEDENTE GIUDIZIALE

MICHAEL TARUFFO

Càtedra de Cultura Jurídica, Girona

Sommario: 1.Introduzione. 2. Che cos'è un precedente. 3. Dimensioni del precedente. 3.1. Pluralità di corti supreme. 3.2. Precedente sovranazionale. 4. Che cosa non è un precedente. 5. Efficacia del precedente. 6. Universalismo vs particolarismo. 7. Un diverso punto di vista.

1. INTRODUZIONE

Da quando si è acquisita consapevolezza del fatto che anche nei sistemi di *civil law* accade che le decisioni di casi successivi si uniformino a decisioni di casi precedenti, soprattutto se queste ultime provengono da corti supreme o superiori¹, l'invocazione al precedente giudiziale è

¹ Nell'ampia letteratura in argomento cfr. soprattutto, per analisi di carattere comparatistico relative anche a paesi di *civil law*, le relazioni pubblicate in *Precedent and the Law*, ed.by E.Hondius, Bruxelles 2007, e i saggi raccolti in *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, D.N.MacCormick and R.S.Summers eds., Aldershot-Brookfield-Singapore Sydney 1997. V. inoltre Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv.Trim.Dir.Proc.Civ.* 2007, p.709 ss. e Id., *Dimensioni del precedente giudiziario*, ibidem, 1994, p.411 ss., anche per numerose altre indicazioni.

diventata una specie di *mantra* recitato a ripetizione da dottrina², giurisprudenza, ed anche da qualche legislatore³. Le ragioni di questo fenomeno sono varie, e possono avere aspetti diversi nei differenti contesti, ma una di esse si impone al di sopra di tutte le spiegazioni: si tratta della *uniformità* nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto, che da tempo costituisce una sorta di oggetto del desiderio di quanti si occupano dell'

² Con particolare riferimento al diritto penale v. per tutti Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma 2012, p.29 ss.

³ Per limitarci all'Italia, vale la pena di ricordare che nel 2009 viene riformato l'art.118 disp.att.Cod.proc.civ., che riguarda la motivazione della sentenza, nel senso che la motivazione in diritto consiste nella "succinta esposizione delle ragioni giuridiche della decisione, *anche con riferimento a precedenti conformi*" [corsivo aggiunto]. Non è chiaro se per motivare in diritto si possa far riferimento *anche* o *soltanto* a precedenti conformi, e che cosa accada quando vi siano precedenti difformi, o addirittura questi siano la maggioranza (in proposito v.Taruffo, *Addio alla motivazione?*, in *Riv.Trim.Dir.Proc.Civ.* 2014, p.376 ss.). Sul punto il legislatore interviene di nuovo con l'art.79 del d.l.21 giugno 2013 n.69, ove il dubbio viene risolto dicendo che la motivazione in diritto può consistere nell'"esclusivo riferimento a precedenti conformi", con il che la motivazione in diritto viene ridotta sostanzialmente a zero. Per fortuna, in un soprassalto di resipiscenza, questa norma viene soppressa con la legge 9 agosto 2013 n.98 (anche a questo proposito v. Taruffo, *op.ult.cit.*, p.378 ss.). Analogamente, l'art.360-*bis* n.1 cod. proc.civ., pure introdotto nel 2009, dice che il ricorso in Cassazione è inammissibile se la sentenza impugnata ha deciso questioni di diritto "in modo conforme alla giurisprudenza della Corte" e il ricorso non offre "elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa" (nella ricca letteratura sul punto cfr., anche per riferimenti, Carpi-Taruffo, *Commentario breve al codice di procedura civile*, VIII ed., Padova 2015).

amministrazione della giustizia. Nulla di particolarmente nuovo al riguardo: per limitare il discorso all'Italia basta ricordare il Calamandrei della *Cassazione civile*⁴ o alle vicende che hanno portato all'unificazione della Cassazione penale nel 1888 e della Cassazione civile nel 1923⁵. O –ancora- all'art.65 della legge sull'ordinamento giudiziario, ancora in vigore, ove si legge che la Corte di cassazione “assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge”, oltre a garantire “l'unità del diritto oggettivo nazionale”⁶.

A sua volta, l'uniformità viene considerata un valore fondamentale in ogni sistema giuridico, e trova varie giustificazioni che vanno dalla necessaria uguaglianza di trattamento di tutti i cittadini quanto alla decisione di casi uguali—o meglio, di casi simili, come si vedrà⁷—all'opportunità che le decisioni giudiziarie siano prevedibili (anche nella speranza che ciò riduca il numero delle controversie), alla necessità di assicurare la certezza del diritto attraverso

⁴ Cfr. Calamandrei, *La Cassazione civile. II Disegno generale dell'istituto*, 1920, in Id., *Opere giuridiche*, vol.VII, Napoli 1976, p.57 ss.

⁵ Soprattutto sulla seconda vicenda v. Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna 1980, p.181 ss., ed anche Calamandrei e l'unificazione della Cassazione, in Id., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna 1991, p.51 ss.

⁶ In argomento v. Taruffo, *La Corte di Cassazione e la legge*, in Id., *Il vertice ambiguo*, cit., p.59 ss., 70 ss., e da ultimo Ricci, *Il giudizio civile di Cassazione*, Torino 2013, p.32 ss.

⁷ Al riguardo non bisogna dimenticare la leibniziana *legge degli indiscernibili* secondo la quale due fatti uguali non esistono, e se vi sono due descrizioni uguali allora si tratta dello stesso fatto.

la continuità degli orientamenti interpretativi⁸. Ecco che quindi il precedente viene generalmente considerato come lo strumento fondamentale per assicurare la realizzazione di alcuni valori o principi che si considerano essenziali per l'ordinamento giuridico e per la sua coerente attuazione attraverso la giurisprudenza, anche nei sistemi di *civil law* e non solo in quelli di *common law*.

Tuttavia, ad uno sguardo anche superficiale al complesso panorama dottrinale, giurisprudenziale e normativo che riguarda il precedente, balzano all'evidenza alcuni problemi rilevanti che caratterizzano l'argomento, almeno nelle modalità con cui esso viene solitamente affrontato e discusso. In particolare, ci si imbatte in una serie di equivoci che rendono vaghi, imprecisi, e non di rado inattendibili, molti dei discorsi che intorno al precedente vengono fatti.

⁸ In proposito v. i contributi citati in n.1, e Taruffo, *Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 2014, p.35 ss.

2. CHE COS'È UN PRECEDENTE

Un primo equivoco, molto rilevante, riguarda ciò di cui si parla quando ci si riferisce al precedente. L'equivoco nasce dal fatto che la parola “precedente” viene usata per indicare oggetti molto diversi tra loro, alcuni dei quali –come ora si vedrà- non hanno nulla a che fare con il precedente in senso proprio.

Una prima distinzione che va tenuta presente è quella che si impone tra “precedente” e “giurisprudenza”. Il “vero” precedente, infatti, è costituito o può essere costituito, da *una* decisione che successivamente viene considerata come una regola che si applica anche in casi successivi. Invece, la giurisprudenza è costituita da un *insieme* di decisioni, che può anche essere numeroso – come nel caso della nostra Corte di cassazione - e può includere centinaia o migliaia di sentenze sulle medesime questioni. Nulla di strano, allora, se la giurisprudenza può essere –e spesso è- ridondante, variabile, ambigua e contraddittoria, sicchè sulla stessa questione di diritto si possono trovare orientamenti interpretativi diversi e variabili. Estremizzando il discorso (ma non troppo) si può dire che una giurisprudenza come quella prodotta dalla Cassazione italiana è una specie di supermercato in cui, con la dovuta pazienza, ognuno può trovare ciò che vuole (ed anche il suo contrario)⁹. Da

⁹ Su questi temi v. più ampiamente Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p.713 ss.

questo punto di vista norme come l'art.360-*bis*, di cui si è fatto cenno in precedenza, hanno il sapore dell'assurdità. Essa mostra come il legislatore italiano sia completamente all'oscuro di ciò che è un precedente, e neppure sappia in che consiste la giurisprudenza.

Tornando al precedente in senso proprio, bisogna osservare che esso si definisce essenzialmente in funzione di due fattori. Il primo fattore deriva dal fatto che ciò che “fa precedente” non è tutto ciò che si dice nella decisione in questione, bensì la *ratio decidendi*, ossia la regola di diritto a cui il giudice ha fatto riferimento per qualificare giuridicamente la fattispecie oggetto di decisione, e – appunto- per decidere su di essa. Non costituiscono invece precedente gli *obiter dicta*, ossia tutte le argomentazioni o considerazioni che la sentenza contiene ma che non sono direttamente rilevanti per la decisione del caso. Nulla esclude che un giudice successivo faccia riferimento anche ad un *obiter dictum*, ma in questo caso non si tratterebbe di un precedente in senso proprio¹⁰. Il secondo essenziale fattore è costituito dalla necessaria *analogia tra i fatti*

¹⁰ Su questi concetti, fondamentali ed ovvi nella teoria del precedente, esiste una letteratura vastissima, sulla quale qualunque citazione sarebbe casuale ed incompleta. Nella letteratura italiana vale comunque la pena di vedere i saggi raccolti in *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, a cura di G. Visintini, Padova 1988, p.25 ss., 113 ss., 125 ss.. V. anche Taruffo, *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 1994, p.420 ss.

del primo caso e i fatti del caso successivo¹¹: perché in quest'ultimo caso si possa applicare la stessa *ratio decidendi* che ha determinato la decisione nel primo caso, occorre che i fatti dei due casi siano abbastanza simili, essendo ovvio –in caso di difformità delle situazioni di fatto- che non si giustificerebbe una decisione secondo quella *ratio decidendi*. In tal caso, il secondo giudice ricorrerà al c.d. *distinguishing*, ossia alla dimostrazione di tale difformità, con ciò giustificando la non applicazione del precedente.

Sotto questo profilo appare giustificata un'osservazione che a prima vista può sembrare paradossale, ossia che in realtà è il *secondo giudice* che - per così dire - *crea* il precedente adottando la medesima *ratio decidendi* del caso anteriore. Solo in questo caso, infatti, si può propriamente dire che la prima decisione ha efficacia di precedente nei confronti della seconda. E' evidente che il primo giudice può adottare una *ratio decidendi* ipoteticamente universalizzabile, e quindi potenzialmente applicabile anche a casi successivi (come accade per le pronunce delle “corti del precedente” di cui si parlerà più oltre), ma il successo di questa previsione, o ipotesi, dipende comunque da ciò che decideranno i giudici di questi casi¹². Si noti, d'altronde, che il *distinguishing* non è la sola tecnica di cui il secondo giudice dispone per evitare di seguire il precedente, e

¹¹ Al riguardo v. ampiamente Serio, *La rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario inglese*, in *Casistica e giurisprudenza*, a cura di L. Vacca, Milano 2014, p.91 ss.; Whittaker, *Precedent in English Law: A view from the Citadel*, in *Precedent and the Law*, cit., p.41 ss.

¹² Cfr. Whittaker, *op.cit.*, p.42.

quindi per determinarne l'inefficacia: il giudice inglese dispone infatti di un vasto repertorio di modi in cui può "liberarsi" del precedente¹³. Il riferimento ai fatti rimane comunque il fattore determinante per l'applicazione o la disapplicazione del precedente nei casi successivi.

Da ciò deriva una conseguenza rilevante nella prospettiva della definizione del precedente in senso proprio. Essa è che non si ha precedente in senso proprio tutte le volte che il secondo giudice non ragiona intorno ai fatti del suo caso, anche perché la stessa cosa *non* ha fatto il primo giudice. Ciò accade tutte le volte in cui la decisione che si assume come ipotetico precedente non si occupa, in realtà, dei fatti, ma si limita ad enunciare una regola di diritto senza che emerga alcuna connessione con i fatti di quel caso. Nulla di strano: basta pensare alle *massime* che costituiscono la gran parte della giurisprudenza della nostra Corte di Cassazione per avere dei testi di poche righe in cui si enuncia una regola in termini generali ed astratti, senza alcuna connessione fattuale. D'altronde, la funzione istituzionale della Corte *esclude* - come è noto - che essa si possa occupare dei fatti della causa, essendo esclusivamente un giudice - il giudice supremo - della nomofilachia. Senza approfondire qui il tema come forse meriterebbe, questa osservazione sembra costituire una ragione sufficiente per dire che in realtà la Corte di Cassazione non enuncia precedenti in senso proprio.

¹³ Per un'interessante analisi di queste tecniche cfr. Marshall, *Trentatré cose che si possono fare con i precedenti*, in *6 Ragion Pratica* 1996, p.29 ss.

Occorre tuttavia tener conto del fatto che si è ampiamente diffusa l'abitudine di usare la parola "precedente" non nel suo significato proprio ed originario (che si è appena definito), bensì in un significato generico, impreciso, non rigoroso e sostanzialmente diverso. In sostanza, si parla di precedente a proposito di ogni decisione, di qualunque forma e contenuto - ma il riferimento più frequente è alle sentenze di corti superiori o supreme - che in qualche modo influenzano, o possa influenzare, la decisione di casi successivi¹⁴. In proposito vale la pena di sottolineare che in questo uso del termine "precedente" viene meno qualsiasi riferimento ai fatti che sono stati ad oggetto della prima decisione, e ai fatti che sono oggetto delle decisioni successive. Ciò spiega come mai il termine venga usato anche a proposito di decisioni - come quelle della nostra Corte di Cassazione - che non si occupano dei fatti, e addirittura anche a proposito delle massime redatte a cura dell'apposito Ufficio del Massimario. Ne discende, allora, che il precedente può essere costituito da qualsiasi enunciazione relativa alla soluzione di una questione di diritto, e nulla esclude che tale enunciazione non corrisponda affatto alla reale *ratio decidendi* che ha determinato la decisione del primo caso, ma possa consistere - come non di rado accade nelle massime - di qualunque cosa che sia stata detta nella relativa sentenza¹⁵.

¹⁴ Sulle modalità di questa influenza v. *infra*, par.5.

¹⁵ Si tratta del fenomeno già da tempo segnalato da Sacco: v. Id., *La massima mentitoria*, in *La giurisprudenza per massime*, cit., p.53 ss.

3. DIMENSIONI DEL PRECEDENTE

Per intendere correttamente il fenomeno del precedente, e i suoi limiti, è opportuno fare qualche sintetica considerazione intorno alle *dimensioni* che esso può avere¹⁶. La dimensione più rilevante, caratteristica in particolare del precedente in senso proprio di cui si è appena parlato, è senz'altro la dimensione *verticale*. Essa si connette con la struttura gerarchica dell'organizzazione giudiziaria, che vede al vertice una corte suprema, e varie corti ai livelli inferiori. Il precedente verticale si ha soprattutto a proposito delle sentenze delle corti supreme, in quanto si ritiene che esse possano influenzare le decisioni di tutti i giudici inferiori. Questi, in altri termini, debbono uniformarsi ai precedenti delle corti supreme (secondo l'efficacia di cui si parlerà *infra*, nel par.5.), ed è in questo modo, e per questa ragione, che tali precedenti dovrebbero realizzare l'uniformità dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto nell'ambito dell'intero sistema giurisdizionale. E' in questa prospettiva che si parla di vere e proprie "corti del precedente", per significare che la funzione essenziale di queste corti consiste proprio nell'enunciare decisioni destinate a servire come precedenti, ossia come punti di riferimento per tutte le

¹⁶ In argomento, e per ulteriori riferimenti, cfr. Taruffo, *Dimensioni*, cit., p.416.

decisioni successive¹⁷. Il modello per certi versi “puro” di una corte del precedente è senz’altro rappresentato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti. Questa corte pronuncia solo alcune decine di sentenze all’anno (in tutte le materie, incluse le questioni di costituzionalità), e “decide di decidere” nel merito il ricorso (mentre in tutti gli altri casi dice semplicemente *certiorari denied*, senza alcuna motivazione), in base ad un potere largamente discrezionale che le consente di scegliere i casi in cui ritiene opportuno pronunciarsi su una questione di diritto, per stabilire un precedente nuovo, per risolvere contrasti di giurisprudenza, o per provvedere all’*overruling* di un proprio precedente¹⁸. In sostanza, l’attività della corte è orientata essenzialmente al quello che si potrebbe definire come “governo dei precedenti”.

Soprattutto dopo la riforma intervenuta nel 2001, che ha modificato i §§543 ss. della ZPO, anche il *Revisionsgericht* tedesco può essere considerato come una “corte del precedente”, poiché il ricorso può essere ammesso solo quando sollevi una questione di diritto che abbia un

¹⁷ In argomento v. Taruffo, *Le funzioni delle Corti Supreme*, cit., p.11 ss., Marinoni, *O STJ enquanto corte de precedentes. Recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema*, São Paulo, 2013.

¹⁸ In proposito v. per tutti Barsotti, *L’arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino 1999, e da ultimo Bin, R., *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva “quantistica”*, Milano 2014, p.86 ss., anche per numerosi riferimenti bibliografici.

grundsätzlich Bedeutung oppure quando la decisione della corte suprema sia necessaria per l'evoluzione del diritto o la conferma di una specifica giurisprudenza¹⁹.

E' dubbio, invece, che possano considerarsi come vere e proprie corti del precedente quelle corti che, come la nostra Cassazione, hanno soprattutto una funzione *retroattiva*, consistente principalmente nella correzione degli errori di diritto *già compiuti* dai giudici inferiori (la c.d. nomofilachia), mentre solo *de facto*, non sempre ed in modo solo eventuale, svolgono una funzione *proattiva* consistente nel formulare regole destinate ad essere seguite dai giudici successivi²⁰.

¹⁹ Cfr. il § 543 della ZPO tedesca. In proposito si osserva giustamente che quindi la funzione della corte non è tanto di decidere casi individuali, quanto di unificare e razionalizzare l'intero sistema della giustizia civile. In questo senso cfr. Murray-Stürner, *German Civil Justice*, Durham, N.C. 2004, p.386. Sulla corte suprema tedesca prima della riforma cfr. Sonelli, *L'accesso alla Corte Suprema e l'ambito del suo sindacato. Un contributo al dibattito sulla Cassazione civile in un'ottica comparatistica*, Torino 2001, p. 82 ss., (e in particolare p.88 ss., sul significato del criterio di *grundsätzlich Bedeutung*).

²⁰ In proposito v. più ampiamente Taruffo, *Le funzioni delle Corti Supreme*, cit., p.11 ss. A proposito della *Cour de Cassation* francese Cadet parla di una funzione *jurisprudentielle et normative*, alludendo al fatto che la corte pronuncia sentenze destinate ad essere seguite dagli altri giudici (cfr. Cadet, *Le rôle institutionnel et politique de la Cour de Cassation en France: tradition, transition, mutation?*, in *Ann.dir.comp.e st.leg.* 2011, p.191 ss.

Naturalmente non è possibile escludere che una qualche efficacia di precedente venga riconosciuta alle decisioni di corti di livello inferiore nell'ambito della stessa gerarchia giudiziaria: ad esempio, la decisione di una Corte d'Appello potrebbe essere richiamata come precedente da giudici di primo grado. La dimensione verticale del precedente opera però, in questo caso, in modo limitativo, poiché esso sarebbe possibile da parte di giudici appartenenti allo stesso distretto, poiché altrimenti si avrebbe un fenomeno diverso dal precedente in senso proprio.

L'altra dimensione rilevante del precedente è la dimensione *orizzontale*²¹, ma a questo proposito occorrono alcune precisazioni. L'esempio più tipico del precedente orizzontale è il c.d. *autoprecedente*, che si ha quando il secondo giudice (ad esempio, una corte suprema) fa riferimento ad un *proprio* precedente. Non è affatto escluso che ciò accada, ed anzi si tratta di un fenomeno frequente nella prassi, ma al riguardo sorge un problema rilevante, in quanto normalmente si esclude che il riferimento ad una propria decisione passata abbia davvero efficacia di precedente. Bastino al riguardo pochi esempi. Per quanto riguarda la patria del precedente in senso proprio, ossia l'Inghilterra, va ricordato il *Practice Statement* con il quale nel 1966 la *House of Lords* comunicò che da quel momento non si sarebbe più ritenuta vincolata ai propri precedenti. In effetti negli anni successivi essa si discostò in pochi casi dai suoi precedenti, ma la negazione dell'autoprecedente

²¹ V. Taruffo, *Dimensioni*, cit., p.417.

era quanto mai chiara. Un altro esempio rilevante è, ancora una volta, quello della Corte Suprema degli Stati Uniti: è costante e normale, infatti, che la corte proceda all'*overruling* dei propri precedenti, tutte le volte che essa ritiene –per le ragioni più diverse- che il precedente debba essere abbandonato. Un ulteriore esempio interessante, infine, è costituito dalla nostra Corte di Cassazione, che in una pronuncia recentissima²², nega che nel nostro sistema esista lo *stare decisis* (ossia, pare di intendere, il precedente vincolante) ed in particolare nega che la stessa Corte sia tenuta a seguire i propri precedenti, neppure quando si tratti di decisioni pronunciate dalle Sezioni Unite.

Dal precedente verticale e dal precedente orizzontale si discostano altri fenomeni che pure hanno a che fare in vario modo con il precedente, e che meritano qualche ulteriore considerazione.

3.1. Pluralità di corti supreme

Il primo di questi fenomeni si verifica quando nello stesso ordinamento sono presenti più corti supreme, come ad esempio, nel caso italiano, la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato²³. Nulla esclude che le decisioni di queste corti abbiano efficacia per i giudici delle rispettive giurisdizioni, ma se una di esse fa riferimento alla decisione

²² Cfr. Cass.9 gennaio 2015 n.174.

²³ In particolare sul precedente nella giustizia amministrativa v. ampiamente Pesce, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli 2012, p.29 ss., 103 ss., 143 ss., 177 ss.

di un'altra non si ha certamente un precedente verticale, ma neppure un precedente orizzontale, trattandosi appunto di giurisdizioni distinte.

Situazioni peculiari si verificano, poi, a proposito delle corti costituzionali o - più in generale - della decisione di questioni di costituzionalità. Al riguardo occorre distinguere a seconda che ci si trovi in un sistema in cui il controllo di costituzionalità è *diffuso*, ovvero in un sistema in cui il controllo di costituzionalità è *accentrato* e viene svolto da apposite corti autonome rispetto al sistema giurisdizionale ordinario. Nel primo caso, e ancora una volta l'esempio più immediato è offerto dagli Stati Uniti, la Corte Suprema che occupa il vertice del sistema giurisdizionale è unica, e decide *anche* le questioni di costituzionalità. Peraltro, queste questioni vengono decise anche da tutti gli altri giudici, a partire da quelli di primo grado, con le ordinarie modalità processuali, sicchè la Corte Suprema se ne occupa (quando lo ritiene opportuno, come già si è detto) come *corte di ultima istanza*. La sua decisione ha naturalmente efficacia diretta nel caso concreto, ma non ha nessun effetto abrogativo, e costituisce soltanto un *normale precedente* (evidentemente verticale) che potrà essere seguito dai giudici successivi.

Se invece, come nel caso italiano, la Corte Costituzionale è autonoma e non fa parte dell'ordinamento giurisdizionale ordinario, la situazione è evidentemente diversa. Non è dubbio, invero, che alle sue decisioni, quale che ne sia lo specifico contenuto (di accoglimento o di rigetto) e la specifica efficacia nel procedimento in cui è sorta la questione di legittimità costituzionale, viene solitamente

attribuita la capacità di orientare o di determinare le decisioni dei giudici successivi²⁴. Si può escludere, tuttavia, che si tratti di precedenti in senso proprio: non sono precedenti orizzontali (rispetto alle altre corti supreme dell'ordinamento, che fanno capo a giurisdizioni distinte), né autoprecedenti, poiché si esclude pacificamente che una corte costituzionale sia vincolata ai propri precedenti, ma neppure precedenti verticali, poiché non vi sono giudici di rango subordinato rispetto alla corte costituzionale. Si può ulteriormente osservare, in proposito, che la Corte Costituzionale si occupa di norme e di interpretazioni di norme²⁵, non di fatti e della loro qualificazione, sicché le sue decisioni costituiscono in realtà precedenti soltanto nel senso ampio che si è indicato più sopra. Tutto ciò non impedisce, peraltro, che la Corte Costituzionale partecipi attivamente ad un “gioco di squadra”, insieme con le altre giurisdizioni, fondato da un lato sull’“uso giudiziario” della Costituzione che viene fatto dalle corti ordinarie, e dall’altro lato sulla attività con cui la stessa Corte si rende protagonista - con varie modalità - dell’evoluzione generale del sistema giuridico²⁶.

²⁴ In proposito cfr. già Pizzorusso, *Stare decisis e Corte Costituzionale*, in *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, a cura di G. Treves, Torino 1971, p.31 ss. (oltre agli altri saggi raccolti nello stesso volume); Anzon, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Roma 1985.

²⁵ V. per tutti Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano 2005, p.267 ss.; Id., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano 1998, p.330 ss.

²⁶ In proposito v. ampiamente, e per numerosi riferimenti, Lamarque, *La*

3.2. Precedenti sovranazionali

Le considerazioni svolte finora si sono basate sulla premessa che il fenomeno del precedente sorga all'interno di specifici ordinamenti giuridici nazionali. Occorre tuttavia tener conto della complessa realtà costituita dall'esistenza di corti sovranazionali di varia natura, e delle conseguenze che possono ricollegarsi alle loro pronunce. Si intuisce facilmente che il tema è troppo ampio e complesso per essere qui affrontato con l'approfondimento che meriterebbe²⁷. Tuttavia, rimanendo rigorosamente nell'ambito di un discorso sul precedente, vale la pena di fare sintetico riferimento ad almeno due fenomeni di notevole rilevanza.

Il primo di questi fenomeni riguarda gli effetti delle decisioni di corti istituite da convenzioni o trattati internazionali: gli esempi più importanti sono la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la Corte interamericana dei diritti dell'uomo istituita con il Patto di San José de Costarica, e per molti aspetti anche la Corte di Giustizia. E' noto che le decisioni di queste corti hanno un'efficacia che può definirsi *diretta* in ordine alla specifica controversia che viene decisa e nei confronti degli Stati coinvolti nelle

fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte Costituzionale e giudici comuni, in *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di B.Biscotti, P.Borsellino, V.Pocar e D.Pulitano, Milano 2012, p.37 ss..

²⁷ In argomento v. da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, Lamarque, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Dir.pubbl.* 2013, p.727 ss.. Con riferimento al diritto penale cfr. in particolare Manes, *op.cit.*, p.77 ss., 131 ss.

controversie²⁸, ma non è questo ciò che particolarmente interessa in questa sede. L'aspetto rilevante di queste decisioni è che esse costituiscono dei precedenti nei confronti di tutti i giudici degli Stati di volta in volta coinvolti nelle controversie, ma anche nei confronti dei giudici degli Stati che hanno aderito alla rispettiva convenzione o al rispettivo trattato, i quali vengono a configurarsi come appartenenti ad un sistema giudiziario per certi versi omogeneo - nelle materie regolate da tali convenzioni e trattati -²⁹. In proposito si può probabilmente parlare di precedenti in senso proprio, sia perché essi presentano una dimensione verticale, essendo diretti ai giudici in certo senso "inferiori" appartenenti a quel sistema, sia perché la loro applicazione a casi successivi si fonda solitamente sull'analogia delle situazioni di fatto cui si riferiscono la decisione anteriore e i casi successivi.

Il secondo dei fenomeni che qui meritano di essere richiamati va da qualche tempo sotto il nome di *judicial globalization*. Si tratta della tendenza, che negli ultimi anni

²⁸ Sobre las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ver para todos, D'ALESSANDRO, E. *Il procedimento pregiudiziale...*, pgs. 212 y ss.

²⁹ Con riferimento alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo v. in particolare Zagrebelski, *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo; fatto e diritto alla luce dei precedenti*, in *La fabbrica delle interpretazioni*, cit., p.61 ss.. In generale sui precedenti delle corti europee in materia penale v. Manes, *op.cit.*, p.28 ss., ed inoltre Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano 2011.

ha ricevuto manifestazioni sempre più numerose, a far riferimento a decisioni rese in da corti appartenenti ad altri ordinamenti. Esso si manifesta soprattutto al livello delle corti supreme e delle corti costituzionali, che adottano argomentazioni utilizzate da altre corti del medesimo livello, soprattutto in decisioni relative all'interpretazione e alle garanzie dei diritti fondamentali³⁰. Si intende facilmente che qui non si è di fronte a precedenti in senso proprio, né verticali né orizzontali, dato che si tratta di riferimenti a decisioni rese in ordinamenti *diversi*. Tuttavia, non si può disconoscere l'importanza di questo fenomeno, dal quale emerge la tendenza “globalizzante” a far capo a principi comuni (intesi come universali) per creare una giurisprudenza possibilmente costante e coerente nella protezione dei diritti fondamentali³¹.

³⁰ Cfr. Markesinis-Fedke, *Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration?*, London 2006; Idd., *Engaging with Foreign Law*, Oxford-Portland, Ore. 2009, p.134 ss., 159 ss.; Slaughter, *Judicial Globalization*, in 40 *Va.J.Int'l Law* 1999-2000, p.1103 ss.; Taruffo, *Globalization, Processes of Judicial*, in *Enc. Of Law & Society. American and Global Perspectives*, D.D.Clark ed., Los Angeles a.o. 2007, vol.2, p.656; Bahdi, *Globalization of Judgment: Transjudicialism and the Five Faces of International Law in Domestic Courts*, in 34 *Geo.Wash. Int'l L.Rev.* 2002-2003, p.555 ss.

³¹ Ciò non toglie che vi siano casi, come quello degli Stati Uniti e quello della Francia, di ordinamenti che non partecipano a questa tendenza, sia pure per ragioni rispettivamente diverse. In proposito v.ampiamente Markesinis-Fedke, *Engaging with Foreign Law*, cit., p.187 ss.

4. CHE COSA NON È UN PRECEDENTE

L'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto viene perseguita con varie tecniche. Alcune si fondano, come si è appena visto, sul precedente, inteso in senso proprio o in senso ampio, mentre altre tecniche non vanno confuse con il precedente (anche se spesso i relativi discorsi sono troppo generici e danno luogo ad equivoci).

Una tecnica peculiare, che sta avendo un certo successo in alcuni ordinamenti, si fonda su enunciazioni formulate da corti o tribunali supremi con il fine di determinare l'interpretazione di norme, eliminando eventuali dubbi che possono sorgere o essere sorti al riguardo. Queste enunciazioni hanno efficacia vincolante per tutti i giudici successivi (e di solito anche per tutti gli organi pubblici) in ogni caso che ricada nel loro campo di applicazione. Non mancano esempi significativi di queste tecniche: un esempio rilevante era costituito dalle *direttive* che venivano emanate dalla corte suprema dell'URSS, e che oggi vengono emanate dalla cassazione cubana, e dalla corte suprema della Federazione Russa³². Queste direttive non nascono da decisioni relative a casi specifici, ma da decisioni in senso lato "normative", essendo finalizzate

³² Cfr. Rudovkas, *Precedente giudiziario come fonte di diritto nell'ordinamento giuridico della Federazione Russa, in Casistica e giurisprudenza*, cit., p.129 ss.

a stabilire come vanno interpretate determinate norme. Non pare, quindi, che esse possano essere assimilate a dei precedenti.

Una tecnica sorprendentemente analoga (non pare, infatti, che il legislatore brasiliano si sia ispirato al modello sovietico) è quella che oggi (dopo una riforma costituzionale del 2004) si fonda sulle *súmulas vinculantes*. Si tratta di massime che il *Supremo Tribunal de Justiça* enuncia, dopo una riunione dei suoi membri che votano al riguardo (con una maggioranza di due terzi), quando si tratta di risolvere contrasti interpretativi sorti nella giurisprudenza dei tribunali inferiori. Esse sono vincolanti per tutti i giudici, ed anche per gli altri organi pubblici. Anche le *súmulas* brasiliane hanno natura di atti in senso lato “normativi”, e non vengono enunciate in occasione della decisione di casi specifici. Anche in questo caso, dunque, non sembra appropriato far riferimento al concetto di “precedente”, neppure in senso molto ampio³³.

³³ In argomento v. Higashiyama, *Teoria do Direito Sumular*, in *Rev.de Processo* 2011, p.74 ss.; Bahia, *As Súmulas Vinculantes e a Nova escola da Exegese*, ivi 2012, p.362 ss.

5. EFFICACIA DEL PRECEDENTE

Un aspetto molto rilevante del precedente giudiziale riguarda la sua efficacia, ossia la capacità che esso ha di influenzare –o addirittura di determinare la decisione di casi successivi. Si dice spesso che il precedente ha efficacia *vincolante*³⁴, ma questa definizione appare impropria, oltre a produrre confusioni con pronunce che non sono precedenti, come quelle esaminate nel par.4..

In effetti, vi sono varie ragioni per escludere che il precedente, se correttamente inteso, abbia davvero un'efficacia vincolante nei confronti dei giudici dei casi successivi simili.

Una di queste ragioni deriva dalla teoria delle fonti: si può sostenere infatti, ad es. nell'ordinamento italiano, che la Costituzione esclude che i precedenti siano vincolanti, ossia che i giudici abbiano un vero e proprio *obbligo* di seguirli³⁵; sarebbe anzi incostituzionale una norma ordinaria che mirasse ad introdurre nel nostro ordinamento la regola del precedente vincolante³⁶. Ciò non esclude che l'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto venga considerata come un valore da perseguire nel

³⁴ Cfr. ad es. Marinoni, *op.cit.*, p.154, 162 ss.; Pesce, *op.cit.*, p.153 ss.

³⁵ V. da ultimo Cass.9 gennaio 2015 n.174 (v.n.22 e ivi nel testo), e cfr. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p.480.

³⁶ Cfr. Guastini, *ibidem*.

nostro ordinamento³⁷, ma ciò non implica affatto che a tal fine si possa o si debba considerare il precedente come vincolante.

Un altro argomento di rilievo è di carattere comparatistico, e deriva dalla considerazione che il precedente non è davvero vincolante negli ordinamenti che tipicamente si fondano su di esso, ossia l'Inghilterra e gli Stati Uniti. Quanto all'Inghilterra, si è già visto che il giudice dispone di un ampio repertorio di strumenti dei quali può servirsi per discostarsi dal precedente³⁸, e il *Practice Statement* del 1966 –di cui si è pure già parlato– vale anche per la *Supreme Court* che da qualche anno ha preso il posto della *House of Lords* al vertice dell'ordinamento giudiziario inglese. Dunque, in sostanza, il giudice inglese disattende il precedente quando ritiene opportuno farlo al fine di giungere ad una decisione più giusta³⁹. Quanto agli Stati Uniti, non solo la Corte Suprema esercita il potere di discostarsi dai suoi precedenti tutte le volte che lo ritiene opportuno, come si è già visto, ma ogni giudice ad ogni livello ha la possibilità di non uniformarsi al precedente quando ritiene che ciò lo condurrebbe ad una decisione

³⁷ Così infatti Cass., ord.S.U. n.23675 del 6 novembre 2014, ove si afferma, con varia argomentazione, che tale valore dovrebbe essere realizzato soprattutto in materia processuale, poiché in essa sarebbero maggiori gli inconvenienti derivanti da un'eccessiva variabilità della giurisprudenza.

³⁸ V. *supra*, n.13 e ivi nel testo.

³⁹ Cfr. Bankowski-MacCormick-Marshall, *Precedent in the United Kingdom*, in *Interpreting Precedents*, cit., p.325 ss.; Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p.716.

ingiusta ed inaccettabile nel caso specifico⁴⁰. Nei vari ordinamenti di *civil law*, oltre al nostro, non si riconosce di regola al precedente alcuna efficacia vincolante, anche se si riconosce che i precedenti possano influenzare le decisioni successive⁴¹.

E' chiaro, peraltro, che negare in linea generale che il precedente abbia efficacia vincolante non significa dire che esso non ha nessuna efficacia. Si tratta invece di riconoscere che esso può avere una sua *forza* nei confronti dei giudici successivi. Si tratta, in altri termini, di ammettere che il precedente può *influenzare*, ma non formalmente *determinare* le decisioni di questi giudici nei casi successivi. Peraltro, la forza del precedente implica che esso abbia un'efficacia puramente *persuasiva*⁴², ma questa efficacia può sussistere in *gradi* molto diversi a seconda di come operano vari fattori, come ad es. la struttura dell'ordinamento giurisdizionale, la funzione svolta dalle varie corti e in particolare dalle corti supreme, l'autorevolezza di queste corti, il pregio delle argomentazioni con cui viene giustificata la decisione del precedente, la corrispondenza di questa decisione con i valori che ispirano l'ordinamento giuridico del luogo e

⁴⁰ Cfr. Summers, *Precedent in the United States (New York State)*, in *Interpreting Precedents*, cit., p.369 ss.

⁴¹ Cfr. i saggi di Alexy-Dreier, Aarnio, Eng e Bergholz-Peczenik, in *Interpreting Precedents*, cit., p.17 ss., 65 ss., 189 ss., 293 ss.

⁴² Cfr. in particolare Peczenik, *The Binding Force of Precedent*, in *Interpreting Precedents*, cit., p.461 ss.; Guastini, *op.ult.cit.*, p.480.

nel momento in cui essa viene presa, la possibilità che essa induca i giudici successivi a prendere decisioni giuste, e così via.

Ne deriva la conseguenza che in linea di massima il giudice successivo non è mai veramente obbligato a sottomettersi al precedente. Piuttosto, egli è obbligato a *giustificare* adeguatamente la sua decisione quando sceglie di non uniformarsi al precedente, esprimendo le ragioni per le quali compie questa scelta⁴³. Non si ha quindi un obbligo di applicare il precedente, bensì un obbligo di motivare la decisione nella quale il precedente non viene applicato. E' *questo* obbligo che può avere maggiore o minore intensità nei vari ordinamenti, e viene avvertito come più forte nei sistemi in cui vige lo *stare decisis*, e nei quali vi sono vere e proprie corti del precedente, mentre viene avvertito in maniera più debole e flessibile nei sistemi nei quali – invece che con precedenti in senso proprio – si ha a che fare con una giurisprudenza che, come accade in Italia, è pletorica, variabile e spesso contraddittoria.

Bisogna peraltro osservare che la *forza persuasiva* di una decisione, ossia la sua capacità di influenzare decisioni successive, può esistere anche a proposito di decisioni che non possono considerarsi precedenti in senso proprio (e forse neppure in senso lato). E' possibile d'altronde distinguere, rispetto – appunto – alle decisioni che in

⁴³ Cass. n.23675/2014 condivide questa prospettiva affermando che il giudice che non segue il precedente deve addurre “buone ragioni” per giustificare la sua scelta (ragioni che dovrebbero essere “ottime” in materia processuale).

qualche modo costituiscono precedenti, altre decisioni che tuttavia possono costituire punti di riferimento per decisioni successive perché possono essere prese ad *esempio* di decisioni successive⁴⁴. La loro funzione, invero, non è di indicare una regola che dovrebbe essere seguita in altri casi, ma semplicemente di indicare che una certa norma è stata applicata in un certo modo in quel caso. Si possono dare anche esempi *negativi*, ossia decisioni che risultano erranee o infondate, che quindi non dovrebbero essere prese a modello.

Sintetizzando le situazioni in cui si può parlare di esempi, e non di precedenti, si possono ricordare i casi in cui corti dello stesso livello fanno riferimento a decisioni di corti dello stesso livello (come nel caso di più corti supreme del medesimo ordinamento, di cui si è fatto cenno in precedenza), o anche casi in cui una corte fa riferimento alla decisione di un giudice di rango inferiore. Peraltro, il caso più rilevante, e per molti versi più interessante, di riferimento ad esempi, è quello della *judicial globalization* di cui pure si è fatto cenno più sopra: è chiaro, infatti, che se la corte suprema di un Paese fa riferimento a una decisione pronunciata da una corte suprema di un altro Paese, ciò non ha nulla a che fare con il precedente. Tuttavia, proprio

⁴⁴ Su questa distinzione v. più ampiamente Taruffo, *Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria*, in *Scritti per Uberto Scarpelli*, a cura di L.Gianformaggio e M.Jori, Milano 1998, p.783 ss.; Id., *Precedente e giurisprudenza*, cit., p.720 ss.

questo fenomeno rende evidente come vi possano essere esempi che in realtà manifestano una rilevante forza persuasiva su decisioni successive⁴⁵.

⁴⁵ V. più ampiamente Taruffo, *opp.ult.citt.*

6. UNIVERSALISMO VS PARTICOLARISMO

Nelle pagine che precedono si è seguita la prospettiva che pare largamente prevalente, secondo la quale l'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto è un valore fondamentale, e la funzione principale che si attribuisce alle corti supreme è di assicurare che tale valore venga conseguito attraverso la produzione e la gestione di precedenti che dovrebbero condizionare la decisione dei casi successivi. Si vede facilmente che questa prospettiva è comune a vari ordinamenti, e che essa si fonda – in maniera più o meno esplicita – su una immagine ideale dell'ordinamento giuridico secondo la quale esso dovrebbe essere sincronicamente coerente, uniforme e statico, e dovrebbe anche assicurare che tutte le controversie che sorgono al suo interno vengano risolte nel modo il più possibile unitario. Rimane ai margini dell'orizzonte concettuale che caratterizza questa prospettiva l'eventualità che all'interno dell'ordinamento vi siano eccezioni e variazioni, e si ammette ma senza attribuirvi particolare importanza la possibilità che il sistema si evolva, e quindi si modifichi, nel tempo. Nulla di particolarmente nuovo in tutto ciò: si tratta della immagine di “Un ordinamento giuridico perfettamente omogeneo, unitario, ordinato” che secondo Vittorio Frosini “non esiste che nelle astrazioni dei giuristi formalisti, ma non appartiene al mondo reale

dell'esperienza giuridica"⁴⁶. Se poi si considera il compito che in questa immagine viene assegnato alla corte supreme, emerge anche una dimensione spiccatamente burocratica – e sostanzialmente autoritaria- del funzionamento del sistema. Invero, le corti supreme occupano il vertice delle piramidi giudiziarie e – come in tutte le strutture burocratiche accentrate - tutto il vero potere si colloca al vertice, e da lì discende condizionando il comportamento dei soggetti (nel nostro caso i giudici) che, essendo collocati ai livelli inferiori, sono subordinati a ciò che dice il vertice. D'altronde, la corte suprema finisce con l'essere più importante dello stesso legislatore: costui produce norme generali ed astratte, ma è la corte che stabilisce il “vero” significato di queste norme e tendenzialmente lo impone a tutti i giudici inferiori.

Questa immagine rappresenta un caso specifico, tuttavia molto importante, di ciò che nella teoria generale del diritto si usa chiamare “universalismo giuridico”, ossia l'idea che il diritto sia costituito da norme generali ed astratte, e che esse debbano essere applicate in modo uniforme dai giudici attraverso la “sussunzione” in esse dei singoli casi particolari⁴⁷. Peraltro, l'universalismo è da tempo oggetto di varie critiche, fondate soprattutto

⁴⁶ Cfr. Frosini, *Ordine e disordine nel diritto*, Napoli 1979, p.23.

⁴⁷ Nell'ampia letteratura in argomento cfr. in particolare Bouvier, *particularismo y derecho. Un abordaje postpositivista en el ámbito práctico*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2012, p.19 ss., 38 ss.. Cfr. inoltre Palazzo, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Napoli 2011; Grossi, *Universalismo e particolarismo nel diritto*, Napoli 2011; Sacco, *Il diritto tra uniformazione e particolarismi*, Napoli 2011.

sulla considerazione che la decisione giudiziaria non è mai soltanto il frutto dell'applicazione meccanica di norme generali, dato che la loro interpretazione ed applicazione dipende direttamente dalla complessità del caso specifico che è oggetto di decisione⁴⁸. Basta considerare, in proposito, che di regola sono i fatti sui quali il giudice deve decidere che condizionano e determinano l'interpretazione e l'applicazione delle norme che regolano il caso⁴⁹. Emergono allora prospettive diverse ed alternative rispetto all'universalismo, che si raccolgono sotto la denominazione comune di "particolarismo giuridico"⁵⁰. L'idea fondamentale del particolarismo è – appunto – che la decisione giudiziaria deve tener conto soprattutto⁵¹ delle circostanze specifiche – i c.d. *particulars* – del singolo caso concreto⁵². Nelle versioni più moderate del particolarismo non si esclude che la decisione tenga comunque conto

⁴⁸ Cfr. in vario senso gli autori citati nella n. precedente.

⁴⁹ In proposito v. più ampiamente Taruffo, *Il fatto e l'interpretazione*, in *La fabbrica delle interpretazioni*, cit., p.123 ss.. In una prospettiva analoga cfr. Bin, *op.cit.*, p.22 ss.

⁵⁰ V. soprattutto Bouvier, *op.cit.*, p.58 ss., 175 ss., 309 ss., 349 ss., ma anche gli scritti cit. nella n.46 e Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Bari 2009, p.200 ss.

⁵¹ In alcune versioni estreme si afferma che il giudice dovrebbe tener conto *soltanto* di queste circostanze, senza riferirsi ad alcuna norma, ma queste versioni sono ovviamente inaccettabili nel contesto di un ordinamento giuridico in cui viga il principio di legalità.

⁵² Cfr. soprattutto i saggi raccolti in *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, ed.by Z.Bankowski and J.MacLean, Aldershot 2006.

anche delle norme riferibili al caso⁵³, fermo rimanendo che sono soprattutto le circostanze del caso a determinare l'interpretazione delle norme.

Senza estendere ulteriormente in questa sede⁵⁴ l'analisi della visione particolaristica della decisione giudiziaria, vale la pena di sottolineare che da tale visione derivano almeno due conseguenze importanti per il discorso che qui si va svolgendo.

La prima di queste conseguenze è che, nel momento in cui si insiste sul rilievo essenziale che rivestono i fatti in quanto *particulars* del singolo caso concreto ed in quanto fattori determinanti per l'interpretazione e l'applicazione delle norme che il giudice assume come criterio di decisione, emerge una chiara connessione con la concezione originaria e rigorosa del precedente in senso proprio di cui si è detto in precedenza. Se infatti, come si è visto, l'applicazione del precedente da parte del secondo giudice si fonda essenzialmente sull'analogia che costui rileva tra i fatti del caso che deve decidere e i fatti che sono stati oggetto della decisione anteriore, emerge in tutta evidenza che il precedente in senso proprio implica necessariamente l'esame e la considerazione dei *particulars* dei due casi. Per così dire, la concezione originaria del precedente si iscrive a pieno titolo in una prospettiva particolaristica.

⁵³ Cfr. ad es. MacCormick, *Particulars and Universals*, in *The Universal*, cit., p.3 ss.; Walker, *The Burden of Universalism*, ivi, p.53 ss.

⁵⁴ In proposito v. più ampiamente Taruffo, *La giurisprudenza*, cit., p.42 ss.

La seconda conseguenza rilevante riguarda la maniera in cui si considera la struttura dell'ordinamento giuridico. E' facile vedere, infatti, che ci si trova di fronte a due modelli, o paradigmi, divergenti. Da un lato, il paradigma universalistico fa capo ad un modello piramidale in cui è tendenzialmente un solo vertice a “dire il diritto” in modo vincolante per tutti e *once and forever*. In questo modo, inoltre, il diritto viene “detto” enunciando formule ad alto grado di astrazione, senza considerare un cosa ovvia, ossia che più si sale verso l'alto nella scala delle astrazioni più si perde di vista la realtà concreta. Il paradigma particolaristico, invece, non implica un sistema piramidale governato rigidamente da corti supreme, e fa invece riferimento ai livelli inferiori dell'amministrazione della giustizia, ossia soprattutto ai giudici di primo grado, ossia ai giudici che tipicamente debbono occuparsi dei fatti, e dunque dei *particulars*.

Si tratta dunque di paradigmi divergenti, anche se non necessariamente contraddittori. E' ben possibile, infatti, ed è ciò che accade di regola, che essi convivano –sia pure determinando una tensione rilevante- all'interno dello stesso sistema giuridico⁵⁵. Da un lato, dunque, vi può essere il paradigma universalistico incentrato sulla formulazione e l'interpretazione di regole generali ed astratte; dall'altro lato vi è il paradigma particolaristico incentrato sulla considerazione dei fatti particolari del caso concreto. Nulla esclude, peraltro, che vi sia qualche corrispondenza tra i due paradigmi, se si ammette che l'attenzione necessaria

⁵⁵ Più ampiamente in proposito v. Taruffo, *op.ult.cit.*, p.44 s.

per i *particulars* si coniughi con l'individuazione di regole tendenzialmente universali applicabili ad una pluralità di casi. D'altronde, la situazione prevalente in ogni singolo ordinamento giuridico si colloca nello spazio esistente tra i due paradigmi, e a seconda dei casi può essere più vicina al paradigma universalistico o al paradigma particolaristico. In funzione di questa possibile varietà di situazioni varia anche la funzione che si assegna al precedente e il modo in cui si determina il grado della sua efficacia: sarà allora maggiore la forza condizionante del precedente se ci si trova in un sistema dominato dal paradigma universalistico, strettamente connesso con il valore dell'uniformità, mentre il paradigma particolaristico implica precedenti più "deboli", dovendo essi riferirsi a realtà fattuali diverse, variabili nel tempo e nello spazio.

7. UN DIVERSO PUNTO DI VISTA

La considerazione che necessariamente deve essere data al paradigma particolaristico rende evidente che quando ci si riferisce al “diritto” non è possibile limitarsi a ciò che se ne dice da parte di coloro che seguono il paradigma universalistico, se non a costo di perdere di vista il “mondo reale dell’esperienza giuridica”⁵⁶. Questo, però, può essere considerato come un primo passo verso una considerazione più realistica di questo “mondo reale” e della natura che il precedente assume in questa “esperienza”. Tale considerazione può concretizzarsi nell’adozione di un paradigma diverso, che tenga adeguatamente conto del *disordine* che caratterizza l’ordinamento giuridico nella sua complessità. Il tema del disordine dell’ordinamento non è certamente nuovo nella teoria del diritto⁵⁷, e si incentra sulla considerazione che il diritto non è costituito solo da norme (e tanto meno solo da un sistema di concetti), ma anche da decisioni, atti amministrativi, contratti, lodi arbitrali, convenzioni e trattati internazionali, e così via, e quindi è irriducibilmente eterogeneo⁵⁸. D’altronde, quand’anche si prendesse solo in considerazione il livello delle norme, ci si troverebbe

⁵⁶ Cfr. Frosini, *op.cit.*, *loc.cit.*

⁵⁷ Cfr. ad es. Frosini, *op.cit.*, p.19 ss.; van de Kerkhove-Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris 1988, p.160 ss.

⁵⁸ Cfr. van de Kerkhove-Ost, *op.cit.*, p.49 ss.

di fronte a fattori rilevanti di complessità e di disordine. Da un lato, analizzando solo le *fonti* del diritto italiano (e quindi escludendo giurisprudenza⁵⁹, atti privati, atti amministrativi e *soft law*⁶⁰) si scopre che esse si distinguono in non meno di 19 tipi⁶¹. Dall'altro lato, nessuno conosce il numero degli atti legislativi in vigore, e alcune stime danno risultati impressionanti, oscillando dai 40.000 ai 150.000 atti⁶², sicchè – anche qualora si volesse prescindere dai numerosi e talvolta risibili difetti che caratterizzano la produzione normativa in Italia⁶³ – pare evidente che ci si trova di fronte ad una situazione di immenso disordine⁶⁴, in chiaro contrasto con qualsiasi idea di ordine e coerenza. In effetti, se si può ammettere che questa idea sia una valida e condivisibile *aspirazione* in ogni ordinamento giuridico, non si può fare a meno di constatare che nella realtà gli ordinamenti giuridici – e l'Italia è un buon esempio, ma non

⁵⁹ Nel senso che i precedenti costituiscano *fonti del diritto* cfr. invece Pizzorusso, *Fonti del diritto*, II ed., Bologna-Roma 2011, p.705 ss., 723 ss.

⁶⁰ In argomento v. Bin, *op.cit.*, p.38.

⁶¹ Cfr. Guastini, *Teoria e dogmatica*, cit., p.80 ss., e ivi l'ampia analisi delle diverse fonti (v.p.271 ss., 307 ss., 414 ss., 494 ss., 549 ss., 587 ss., 615 ss.). Analogamente cfr. l'ampilissima analisi di Pizzorusso, *op.cit.*, p.353 ss., 431 ss., 491 ss., 643 ss., 747 ss.).

⁶² Cfr. Ainis, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Bari 2002, p.20.

⁶³ In proposito cfr. Ainis, *op.cit.*, p.10 ss., 135 ss.

⁶⁴ A proposito del mutato sistema delle fonti del diritto penale cfr. in particolare Manes, *op.cit.*, p.14 ss., 19

l'unico - sono dominati dal disordine. Allora, però sembra che la via migliore per affrontare il problema non sia quella di tentare di esorcizzare il disordine del diritto con concetti o paradigmi astratti come quelli offerti dall'universalismo giuridico, quanto quella di pensare a qualche paradigma che consenta di conoscere meglio la realtà.

Tra le varie possibilità, una opzione che pare ragionevole consiste nel far riferimento alle teorie del caos (o dei sistemi complessi)⁶⁵. A parte la loro origine scientifica e matematica, a queste teorie si fa riferimento anche per l'analisi di fenomeni sociali⁶⁶, dato che sistemi complessi si incontrano in numerose aree della vita sociale, economica, politica e culturale⁶⁷. Non è difficile vedere, d'altronde, che il diritto –così come lo si è ora descritto- presenta proprio i caratteri fondamentali di un sistema caotico. Si tratta certamente di un sistema complesso in senso proprio, essendo composto da più parti che interagiscono in vari modi ma comunque in maniera non semplice, e che cambia nel tempo⁶⁸. Nel suo insieme, il sistema è caratterizzato dalla crescente tendenza al disordine entropico⁶⁹, ma le

⁶⁵ In una prospettiva diversa, ma per molti aspetti condivisibile, cfr. Bin, *op.cit.*, p.18 ss.,55 ss.

⁶⁶ Cfr. Prigogine-Stengers, *La nuova alleanza. Metamorfosi della scienza*, tr.it. Torino 1999, p.175.

⁶⁷ Cfr. Taylor, *The Moment of Complexity. Emerging Network Culture*, Chicago-London 2003, p.141.

⁶⁸ Su questi aspetti cfr. Taylor, *op.cit.*, p.141 ss., 158.

⁶⁹ Cfr. Frosini, *op.cit.*, p.19. Sull'entropia nel diritto v. in particolare

teorie del caos concordano nel sottolineare che all'interno del disordine complessivo possono emergere momenti di ordine determinati da vari fattori: in sostanza, il caos non è totale e non investe tutte le aree del sistema, il quale appare piuttosto come un insieme complesso di elementi caotici, e quindi di disordine, e di momenti nei quali cessa il disordine e si creano strutture ordinate. Come è stato detto, dal mare del caos emergono isole di ordine⁷⁰, sicché l'equilibrio tra ordine e disordine si colloca "at the edge of the chaos"⁷¹. Un aspetto essenziale è che il sistema è dinamico, si muove e si sviluppa secondo la freccia del tempo, e quindi la formazione delle isole di ordine è casuale, mobile, mai definitiva e aperta al cambiamento: ciò determina l'evoluzione del sistema. L'idea che nel sistema caotico si verificano aree di ordine può forse rendere meno preoccupante lo spettro di un sistema in disordine dominato dall'entropia, spettro che spaventa giuristi, giudici e legislatori e li spinge –come si è detto all'inizio- a porre l'uniformità dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto come valore fondamentale dell'ordinamento giuridico, anche se –come pure si è detto- questo valore è

Bin, *op.cit.*, p.61 ss. Alla formazione del disordine entropico coopera l'imprevedibilità della giustizia e dell'amministrazione, su cui v. Ainis, *op.cit.*, p.27.

⁷⁰ Cfr. Weissert, *Representation and Bifurcation: Borges's Garden of Chaos Dynamics*, in *Chaos and Order. Complex Dynamics in Literature and Science*, ed.by N.K.Hayles, Chicago-London 1991, p.224.

⁷¹ Cfr. Taylor, *op.cit.*, p.146, 165; analogamente Prigogine-Stengers, *op.cit.*, p.187.

difficilmente conseguibile. Per esorcizzare questo spettro sarà opportuno accennare brevemente a come isole di “ordine giuridico” possano sorgere all’interno del diritto in continuo disordine.

Le teorie del caos forniscono utili suggerimenti in proposito. Con una terminologia che deriva dall’origine chimico-matematica di queste teorie, le zone di ordine che sorgono dal disordine vengono comunemente definite come *strutture dissipative*⁷². Esse nascono essenzialmente da eventi che vengono chiamati *biforcazioni*, e che si verificano quando un elemento del sistema, dovendo optare per due o più alternative possibili, ne adotta una, e segue muovendosi in quella direzione sino a che si propone una ulteriore biforcazione⁷³. In sostanza, la biforcazione determina un “nuovo punto” di ordine nella fluttuazione del sistema, ed è l’insieme delle biforcazioni a creare, al contempo, la dinamica del sistema e il sorgere di aree di ordine all’interno di questa dinamica.

⁷² Cfr. ad es. Prigogine, *Le leggi del caos*, tr.it., Bari 1993, p.15 ss.; Prigogine-Stengers, *op.cit.*, p.148; Porush, *Fiction sas Dissipative Structures. Prigogine’s Theory and Postmodernism’s Roadshow*, in *Chaos and Order*, cit., p.56 ss.

⁷³ L’idea della biforcazione era già stata anticipata da Jorge Luis Borges in un racconto del 1941 (cfr. Borges, *Il giardino dei sentieri che si biforcano*, in Id., *Finzioni*, tr.it. Torino 1955, p.79 ss.), ma viene poi utilizzata dalle teorie del caos per spiegare la dinamica fondamentale dei sistemi. Cfr. Prigogine, *op.cit.*, p.16 ss., 81; Prigogine-Stengers, *op.cit.*, p.173 ss., 187; Weissert, *op.cit.*, p.234 ss.; Porush, *op.cit.*, p.59; Taylor, *op.cit.*, p.150.

Senza approfondire oltre questi concetti nell'ambito delle teorie del caos, si può osservare che essi forniscono un utile punto di vista per l'analisi di quel particolare sistema caotico che è il diritto. Più specificamente, le strutture dissipative che si creano per effetto delle biforcazioni corrispondono ai momenti nei quali all'interno del sistema complessivo (caotico e dinamico) si creano delle zone "locali" di ordine⁷⁴. Ciò può avvenire per varie ragioni, come ad es. l'introduzione di una nuova norma che tende ad essere applicata successivamente, oppure l'abrogazione di una norma, o altri eventi che riguardano questo o quel punto delle fonti del diritto. In questo contesto si può peraltro sottolineare che il precedente corrisponde bene all'idea di una struttura dissipativa: è il frutto di una biforcazione, nel senso che opta per una alternativa tra le varie interpretazioni possibili di una norma, e tende a stabilire un'area di ordine, se e nella misura in cui viene seguito in decisioni successive, ossia in quanto sia in grado di rendere uniformi queste decisioni. Per così dire: fino a quando dura, e a seconda di quante e quali decisioni successive lo seguono, il precedente crea un'isola di ordine – ossia di *uniformità* – all'interno del disordine complessivo. Questa isola di ordine non è né stabile né eterna, e sorge con modalità largamente casuali – dovute alle "fluttuazioni" del sistema⁷⁵ – ed è destinata a venir meno per effetto di

⁷⁴ Cfr. Weissert, *op.cit.*, p.232, ed in senso analogo Frosini, *op.cit.*, p.19 s.

⁷⁵ Cfr. Prigogine-Stengers, *op.cit.*, p.170 ss.

biforcazioni successive⁷⁶. Tuttavia, e malgrado questi limiti, si tratta pur sempre di un importante fattore di ordine all'interno del caos del diritto.

⁷⁶ Bin, *op.cit.*, p.81 ss., sottolinea giustamente come l'efficacia di un precedente, per quanto autorevole esso sia, può benissimo venir meno a causa di una successiva decisione che prende una direzione diversa.

Febrero de 2018. La edición y diseño
fueron cuidados por la Coordinación
Editorial del Poder Judicial del
Estado de Nuevo León.



Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León
15 de Mayo 423 Oriente entre Escobedo y Emilio Carranza
Zona Centro Monterrey, Nuevo León
México, C.P. 64000