

SAGGI DI DIRITTO STRANIERO E COMPARATO

CHRISTIAN DELGADO SUÁREZ

Professore a contratto presso la Pontificia Universidad Católica del Perú

Sui modelli di corti supreme e la revoca dei precedenti

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Le funzioni classiche delle corti supreme [...]. — 3. Il sindacato di legittimità. L'applicazione del diritto obiettivo come unica funzione delle Corti di cassazione [...]. — 4. I presupposti teorici della funzione di una Corte di cassazione [...]. — 5. Il compito della Corte di cassazione: la tutela della *contravention expresse au texte de la loi*. — 6. Primo approccio all'uniformità interpretativa e la « nuova » funzione della corte suprema. — 7. Sulle funzioni contemporanee delle corti supreme. Premesse [...]. — 8. (*Segue*): la funzione proattiva della corte suprema: l'unità del diritto attraverso il precedente. — 9. Sulla revoca del precedente vincolante *overruling* come tecnica argomentativa della funzione proattiva delle corti supreme [...] — 10. (*Segue*): *flashes* sul precedente vincolante contenuto nella sentenza della Corte costituzionale peruviana (Exp. 3741-2004-AA) e la sua successiva revoca ad opera di una sentenza successiva: un recente passo indietro in tema di *overruling*.

1. — Una Corte di cassazione deve sindacare la sola applicazione del diritto obiettivo, ovvero assegnare un senso e trarre un significato dall'ordinamento giuridico e essere così una vera e propria corte suprema? Queste sono le funzioni — o i dubbi — che cercheremmo di delineare in questo breve saggio. Lo scopo ultimo sarà individuare come si possono intendere le funzioni delle corti supreme da un punto di vista nettamente interpretativo od ermeneutico. In altri termini, funzioni e modi di operare di una Corte di cassazione nell'ottica della teoria dell'interpretazione giuridica. Ciò consentirà di chiudere il circolo ermeneutico compreso nel lavoro di ogni corte di vertice e farne applicazione nella pratica del c.d. *overruling* o della revoca dei precedenti.

Si vedrà come questo ruolo proattivo o di sviluppo del diritto svolto dalle alte corti non solo si palesa attraverso la fissazione di un precedente con un certo grado di cogenza, ma anche ogni volta che sia fatto l'*overruling*. Infine, valuteremo lo stato dell'arte — ossia, il trattamento dell'*overruling* — a livello nazionale, in particolare considerando una recente pratica della Corte costituzionale peruviana.

2. — Appare chiaro che una corte suprema — quale vertice del sistema giudiziario — in un certo senso, è riuscita ad essere un organo di revisione. Portare questa competenza di revisione non vuol dire essere abilitata a fungere come una terza istanza. Anzi, assolvere ad una funzione di mera revisione, le corti supreme o di cassazione devono tendere alla fissazione di uniformi interpretazioni-prodotto, relativamente stabili nel tempo, rendendo pacifiche le diverse interpretazioni date alle leggi e alle disposizioni normative in genere. Ciò significa che le corti supreme, attraverso i precedenti vincolanti, hanno la funzione di attribuire un senso al diritto, affinché per orientare la condotta sociale e conservare la certezza del diritto e l'uguaglianza ⁽¹⁾.

Tuttavia, queste considerazioni non sempre sono state presenti nello sviluppo storico-ideologico delle corti di cassazione, essendo recente la scoperta della funzione interpretativa delle alte corti alla luce delle nuove teorie interpretative del diritto.

3. — L'esistenza di motivi di ricorso per cassazione, quali la violazione della legge, la divergenza, la mancata applicazione di norme o l'impropria applicazione di norme, presenti in tutti i codici di procedura civile dei sistemi di *civil law*, invero ha condizionato il fatto che le corti di cassazione non assolvano le loro vere funzioni. Mi riferisco alla funzione di assegnare un senso alle disposizioni normative sulle quali c'è una divergenza interpretativa derivante dal mancato consenso prodotto dall'equivocità delle disposizioni normative.

Ciò posto, il semplice requisito della violazione di legge ha consentito che il soccombente in secondo grado possa impugnare con ricorso per cassazione — o, in altri ordinamenti processuali, con ricorso straordinario — argomentando che il provvedimento impugnato è in contrasto con una certa interpretazione o, peggio ancora, che una disposizione normativa non è stata applicata o che il diritto obiettivo non è stato applicato.

Marinoni sostenne che « l'irragionevole moltiplicazione dei ricorsi, sulla base della logica “contrasto alla legge” e dell'uso distorto della tecnica della divergenza interpretativa, induce la corte a trattare questi ricorsi come se dovesse risolverli solo in vista dell'interesse privato nella correttezza della decisione e non in ragione del consolidamento e sviluppo del diritto » ⁽²⁾. Occorre tuttavia precisare che una corte suprema, se invero avesse cura della sua funzione, cioè quella di comporre le divergenze interpretative attraverso la statuizione di precedenti vincolanti, dovrebbe essere intesa come una corte che effettivamente assegna senso al diritto, a causa del suo ruolo proattivo nella promozione del diritto.

⁽¹⁾ Come valori fondamentali delle corti supreme. CHIARLONI, *Un ossimoro occulto: nomofilachia e garanzia costituzionale dell'accesso in cassazione*, in *Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto*, Napoli, 2012, p. 19.

⁽²⁾ MARINONI, *O STJ enquanto corte de precedentes*, Brasilia, 2014, p. 125.

Le corti di cassazione —intese come corte di vertice, nella teoria di Taruffo, o come corte di cassazione secondo il modello francese — sono caratterizzate dal presupporre — dalla teoria generale del diritto —: (i) l'equiparazione del testo, norma e regola giuridica; (ii) l'accettazione della teoria cognitiva dell'interpretazione giudiziaria; (iii) lo svolgimento di un solo ruolo: l'accertamento di una norma giuridica preesistente, cui, si intende, è stata conferita dal parlamento (si badi, però, il deliberato sbaglio di accertare una norma preesistente conferita dal parlamento) ⁽³⁾.

Si capisce bene il ruolo che la corte di cassazione svolge: un ruolo di reazione,, afferma il Mitidiero, con il quale la corte « cerca di sindacare l'applicazione delle leggi, caso per caso, fatta dai giudici ordinari, preoccupandosi solo del passato » ⁽⁴⁾. Così questo ruolo è attivato dalla proposizione del ricorso per cassazione dalla parte interessata, affermando la sola violazione delle leggi. Va osservato che, in questo scenario, il ricorso per cassazione è considerato come *ius litigationis*, vuol dire, come qualsiasi altro diritto soggettivo. Fino ad ora, le vere e proprie funzioni della corte suprema sono adombrate dalla privatizzazione nella procedura civile e dall'inasprimento della garanzia del doppio grado di giudizio o del diritto di impugnazione.

Tuttavia, questo modello di corte ha il ruolo statico di tutelare la legalità, e ciò in ragione di una serie di presupposti teorici che cercheremo di delineare brevemente.

4. — Innanzitutto, il ruolo di tutela della legalità delle decisioni giudiziarie va inteso sulla base di certi presupposti della teoria delle norme, della teoria dell'interpretazione giudiziaria e dei rapporti fra legislazione e giurisdizione. Combinati questi elementi, secondo Taruffo, ci sarà un'« intreccio coerente di idee-guida che si implicano e si connotano » ⁽⁵⁾ in ordine alla formazione di questo modello di corti di reazione.

Il primo dei dogmi, di chiara derivazione positivista, è l'accoglimento della stabilità e completezza del diritto, tipico della maggior parte delle elaborazioni giuridico-politiche della cultura giuridica europea del diciottesimo secolo ⁽⁶⁾. Il secondo dei dogmi è elaborato dalla teoria dell'interpretazione giudiziaria come pura attività logico-intellettuale di scoperta di un preciso ed obiettivo significato della disposizione legale. Ciò, come dice il Prof. Guastini, è accaduto anche a partire dal diciottesimo secolo ⁽⁷⁾. L'affermazione della stabilità muove dall'assunto che l'origine del diritto

⁽³⁾ CADIET, *Problèmes et perspectives de la Cour de cassation française*, in *Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto*, Napoli, 2012, p. 58.

⁽⁴⁾ MITIDIERO, *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, Sao Paulo, 2013, p. 33.

⁽⁵⁾ TARUFFO, *La corte di cassazione e la legge. Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, 1991, p. 73.

⁽⁶⁾ TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e Codificazione*, Bologna, 1976, p. 18 ss.

⁽⁷⁾ GUASTINI, *Interpretare ed argomentare*, Milano, 2011, p. 409.

deriva dall'autorità dello Stato, propriamente da un ente con legittimazione rappresentativa per produrre diritto: il Parlamento.

Quello che ci interessa, ai fini di questa ricerca, è l'equiparazione del diritto con il testo di legge, ideologia sviluppatasi nel diciottesimo secolo. Sia la Scuola dell'Esegesi che la *Begriffsjurisprudenz* equiparavano il diritto e il testo della disposizione normativa, ed il loro riconoscimento come un processo di applicazione puramente logico-deduttivo⁽⁸⁾. In particolare, nell'area della teoria della legislazione o delle norme, il riferimento del testo alla norma sembrava una teoria uniforme⁽⁹⁾.

Sulla base del presupposto teorico del classico operare di una corte suprema, è opportuno rammentare il ruolo della stessa a partire dal campo della interpretazione giuridica. Un modello di corte suprema intesa come corte di revisione — una terza istanza — comporta una teoria dell'interpretazione cognitiva, detta anche formalistica⁽¹⁰⁾. Questo formalismo interpretativo vuol dire scoprire il significato intrinseco del testo normativo, un significato inerente e precedente all'attività di interpretazione. Così, Guastini ricorda che tale teoria interpretativa aveva quale scopo di «dichiarare l'unica, propria, obbiettiva e corretta interpretazione della legge»⁽¹¹⁾, che era la volontà del legislatore.

Si potrebbe individuare il presupposto teorico del funzionamento di una corte suprema nel primato di una teoria interpretativa cognitiva. Le implicazioni di ciò: (i) ogni norma ha un significato intrinseco, implicito, ma obiettivamente e precedentemente dato; (ii) l'operare dell'interprete consiste nell'individuare e farne esplicito il significato, cioè, scoprirlo; (iii) qualche eventuale problema interpretativo o la possibile esistenza di più di un significato attribuibile allo stesso enunciato normativo si risolve attraverso l'individuazione del vero significato e l'esclusione del resto dei significati, che, pertanto, sono falsi; (iv) il metodo interpretativo è logico-deduttivo, e porta ad escludere qualche valutazione e scelta discrezionale dell'interprete; (v) il giudice interpreta la norma cercando di dichiarare il suo significato implicito obiettivamente esistente, senza operare una scelta di valutazione, applicando deduttivamente la norma al fatto⁽¹²⁾.

Questo esito si raggiunge attraverso l'attività dell'interprete con i metodi interpretativi grammaticale, logico, storico e sistemico, che furono istituiti da Savigny⁽¹³⁾. Orbene, è lecito asserire che questo modo di concepire il diritto ha influenzato direttamente i modelli processuali civili

⁽⁸⁾ VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino, 2012, p. 78 ss.

⁽⁹⁾ GUASTINI, *op. cit.*, p. 409 ss.

⁽¹⁰⁾ GUASTINI, *op. cit.*, p. 409 ss. V. anche DICCIOTI, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Torino, 1999, pp. 78, 202 ss.

⁽¹¹⁾ GUASTINI, *op. cit.*, p. 143.

⁽¹²⁾ TARUFFO, *op. cit.*, p. 75.

⁽¹³⁾ LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, tradotto da Lamego, Lisbona, 2012, p. 16.

di *civil law* e, soprattutto, ha presieduto la concezione di come dovrebbero essere concepite le corti di cassazione, in particolare la Corte di cassazione italiana (14).

Come abbiamo detto, non c'è un'altra ragione per cui l'interpretazione giuridica delle corti di cassazione che traggono ispirazione dal modello francese si svolgeva attraverso l'esercizio del solo compito di dette corti supreme: cassare ogni decisione che avesse qualche « *contravention expresse au texte de la loi* » (15), e con riguardo alla Corte di cassazione italiana, avere cura della « esatta osservanza e [l']uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale » (16).

Comunque, occorre rilevare che il ruolo della corte di cassazione — di stampo francese postrivoluzionario — non era propriamente giurisdizionale, e ciò spiega che la corte di cassazione poteva cassare o meno la decisione. Invero, quando una corte di cassazione cassava una decisione, questa distruggeva senza ricostruire, perché l'interpretazione del documento normativo — costruzione — o della legge, corrispondeva ad un altro potere (17).

Da tali osservazioni dobbiamo trarre una parziale conclusione: « l'inerente impossibilità della Corte di cassazione di consolidare un'interpretazione della legge, ha precluso l'affermarsi di una giurisprudenza in grado di garantire l'uniformità nella sua interpretazione » (18). Questo divieto — che oggi non ha più senso — nella Francia postrivoluzionaria è stato la causa della figura del *référé* obbligatorio quale strumento di consultazione del potere legislativo sulla corretta interpretazione della legge data da questo potere.

Facendo un riassunto parziale, abbiamo voluto dimostrare, brevemente, che quel modello di corte suprema originariamente concepito — presente anche oggi — ha quale principale presupposto teorico l'esistenza di una sola e vera norma legislativa preesistente al tempo dell'ap-

(14) TARUFFO, *op. cit.*, p. 159.

(15) Sulle ragioni della creazione del ricorso per cassazione e della *Cour de Cassation*, l'Halperin segnala che il fondamento di tale importanza è che i costituenti statuirono che la legge doveva essere strettamente rispettata. Così si punivano gli individui che violassero la legge e si reprimevano le violazioni della legge commesse dai giudici. HALPERIN, *Le tribunal de cassation et les pouvoirs. Sous la révolution (1790-1799)*, Paris, 1987, p. 54. Anche il modo di applicare uniformemente il contenuto grammaticale della disposizione. V. anche HALPERIN, *op. cit.*, p. 72.

(16) Art. 65 l. sull'ordinamento giudiziario, 1941. V. anche TARUFFO, *op. cit.*, p. 61.

(17) CALAMANDREI, *La casación civil*, trad. castigliana, Buenos Aires, 1945, 2, p. 76.

(18) MARINONI, *op. cit.*, p. 37. Argomentando l'impossibilità della giurisprudenza di rendersi fonte di diritto, prodotto dall'ideologia francese postrivoluzionaria. V. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile*, Milán, 1999, p. 221. Sulla prevalenza del Parlamento nella Francia postrivoluzionaria v. MARINONI, *Precedentes obligatorios*, Lima, 2013, p. 51.

plicazione giudiziaria di detta disposizione. Ora, il compito dell'ermeneutica giuridica in questo campo è quello di scoprire ed attribuire uno dei tanti significati al testo e non affermare un significato preesistente che veniva dal parlamento. Ciò è quello che ha definito la corte di cassazione o corte suprema quale organo posto al vertice del sistema giudiziario soltanto per tutelare la legalità della decisione impugnata che non abbia correttamente interpretato la preesistente e univoca norma data dal parlamento.

5. — Il ricorso per cassazione, basato sulla negazione della legge, è stato ammesso a partire dal concetto di contravvenzione espressa del testo della legge.

La procedibilità — pressoché automatica — del ricorso per cassazione risultava dalla comparazione del testo della legge con la sua indebita applicazione o incorretta interpretazione compresa nella sentenza impugnata di secondo grado. Tuttavia, se la *contravention expresse au texte de la loi* significava la disapplicazione della norma preesistente data dal parlamento, quale era l'attitudine della corte suprema di fronte a una non corretta interpretazione?

Siccome il ricorso per cassazione cercava di cancellare la sentenza impugnata in tanto costituiva un contrasto con la parola del legislatore, la cassazione non poteva controllare la *fausse interprétation de la loi*. La cassazione non poteva reprimere e rivendicare qualcosa che era vietato all'organo giurisdizionale: attribuire un significato alla disposizione normativa o dare un'altra connotazione o portata concettuale alla norma preesistente emanata dal potere legislativo.

Pertanto, la corte di cassazione si preoccupa soltanto della contravvenzione alla legge. La negazione di principi di diritto o la violazione del diritto consuetudinario non avevano nessun rilievo. La cassazione tutelava solo il potere del parlamento di fronte all'organo giurisdizionale.

Fra i compiti della corte di cassazione di classico conio, si riteneva che l'atto o il processo di applicazione giudiziaria del diritto consistesse soltanto in un processo logico-deduttivo, fondato su un sillogismo, nel quale la premessa maggiore è la disposizione, la premessa minore è il fatto, e la conclusione è la decisione giudiziale. In questo modo, alla corte di cassazione si riservava unicamente la valutazione delle questioni di diritto. Questo costituisce il nucleo del modello di una corte di cassazione, ossia l'attuazione di un sindacato giuridico sulla decisione impugnata ⁽¹⁹⁾.

La corte di cassazione controlla se l'organo giurisdizionale di grado inferiore ha interpretato la legge in modo esatto e se l'ha correttamente applicata. In realtà, il sindacato esercitato dalla corte di cassazione è distinto da quel sindacato esercitato in appello dall'organo di secondo grado di giurisdizione. La revisione si basa su un parametro, cioè se la decisione impugnata era entro i limiti della legalità, intesa come la portata

(19) CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 50 ss.

interpretativa ed applicativa di una data disposizione normativa prefissata dal parlamento. La questione di diritto — di stampo classico — viene risolta nel sindacato sulla legittimità della decisione giudiziale impugnata. Questo è ben lungi da quello che nei nostri giorni si chiede ad una corte suprema: stabilire o unificare l'interpretazione del diritto, ai fini di preservare la sua certezza, e quindi avere un ruolo proattivo (svolgimento del diritto).

Questo ci riporta ad un altro punto: il lavoro ristretto della corte di cassazione è equivalente ad un ruolo reattivo ⁽²⁰⁾ ed alla prevalenza della nomofilachia della cassazione.

Se si ritiene che il compito delle corti supreme è circoscritto o limitato al controllo di legittimità della decisione impugnata, ne deriva che il ruolo esercitato da tale corte è un ruolo reattivo e non *pro futuro* o attivo.

Ciò presuppone l'esistenza della violazione del diritto oramai avvenuta; in altre parole, la contravvenzione della disposizione del testo normativo viene corretta ed i suoi effetti neutralizzati: ciò significa, come detto prima, distruggere e non ricostruire. Così, la corte soltanto reagisce di fronte ad una violazione normativa oramai avvenuta. Nelle lezioni di Calamandrei, la corte, difendendo la legislazione, opera quale « organo di sindacato posto a difesa del diritto obiettivo » ⁽²¹⁾. Secondo Mitidiero, questa è la ragione per cui la corte suprema ha la funzione di correggere il passato, controllando l'applicazione della legge nel caso concreto, destinata a controllare gli errori giudiziari contro il testo normativo.

Ancora sul ruolo reattivo della corte di cassazione, è chiaramente visibile che l'interpretazione della legge non costituisce esattamente una finalità di questa corte. L'interpretazione — se c'è — è un mezzo per un'altra finalità: il sindacato di legittimità delle decisioni giudiziali.

Calamandrei è esplicito nel rilevare questo ruolo della corte. Osserva il processualista italiano che la corte « funziona per garantire che gli organi giurisdizionali, quando deducono l'esistenza di queste specifiche volontà dalle norme generali che costituiscono il diritto obiettivo, intendono queste norme nel loro esatto significato astratto » ⁽²²⁾. Va rilevato come si fa riferimento alla volontà della norma generale, intesa come quella produzione giuridica derivante dal parlamento. Di conseguenza, è possibile essere d'accordo che la corte di cassazione di stampo francese postrivoluzionario è una corte di sindacato, non una corte di interpretazione del diritto. L'ormai conosciuta nomofilachia trova la sua genesi qui.

Infatti, il ruolo nomofilattico della corte di cassazione si trova nella difesa della legislazione di fronte alle decisioni giudiziali. Certamente questo sindacato della giurisprudenza fatto dalla corte di cassazione stabilisce una precisa interpretazione della legge attraverso una giurisprudenza

⁽²⁰⁾ MITIDIERO, *op. cit.*, p. 42.

⁽²¹⁾ CALAMANDREI, *La cassazione civile. Disegno generale dell'istituto*, in *Id.*, *Opere giuridiche*, a cura di Cappelletti, Napoli, 1970, 7, p. 33.

⁽²²⁾ CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 105.

uniforme per poter conoscere se, nel giudicare, le istanze ordinarie hanno violato o meno la legislazione infracostituzionale. Il dovere dato alla corte di cassazione di uniformare la giurisprudenza è meramente strumentale in rapporto al suo effettivo obiettivo di sindacato della legittimità delle decisioni. Come direbbe Mitidiero, « si tratta di un dovere minore, intanto si rileva la giurisprudenza uniforme, ma soltanto come mezzo di tutela o cura dell'osservanza della legalità contenuta nelle decisioni giudiziali » (23).

Va ricordato che questa uniformazione della giurisprudenza risiede nella necessità di correggere le interpretazioni o applicazioni indebite dello stesso testo normativo, contravvenendo alla norma del parlamento (24). L'uniformazione della giurisprudenza nemmeno si avvicina a pensare all'autorità del precedente come punto di arrivo. La pacificazione delle interpretazioni date dagli organi giurisdizionali non era ancora preoccupazione della corte di cassazione. Il punto di partenza — ritenuto come l'uniformità della giurisprudenza — esercita, ancora, il ruolo di tutela della legalità delle decisioni giudiziali, giacché di esistere qualche sindacato sull'interpretazione, tale sindacato si limitava all'applicazione del dispositivo normativo.

Questa situazione produce un'altra anomalia: la divergenza interpretativa di uno stesso documento normativo o testo normativo non è percepita con preoccupazione nel sistema giuridico. Dato che non esiste preoccupazione affinché la corte di cassazione pronunci precedenti vincolanti assegnando un senso o significato a detta disposizione normativa, il ruolo della corte sarà sempre la tutela della legalità e non la promozione dell'unità del diritto.

Da tutto questo è comprensibile che il diritto di accedere alla corte di cassazione sia stato trattato come un vero e proprio diritto soggettivo delle parti, come segnala Calamandrei (25). Da ciò risulta che il ricorso per cassazione, inteso come mero *ius litigatoris*, innanzitutto è diretto alla « tutela della posizione sostanziale dedotta in *litis* » (26), che è incompatibile con l'esistenza di rigorosi vagli di impugnazione o di tecniche di giudizio di ricorsi ripetitivi, così come accade nel Brasile.

Questa ricognizione del diritto di accedere alla corte di cassazione viene ad essere giustificata dalla affermazione di una violazione di una disposizione normativa, della legislazione. Denunciato ciò, il litigante avrà accesso alla corte di cassazione per la tutela della decisione impugnata che

(23) MITIDIERO, *op. cit.*, p. 44.

(24) È più eloquente la lezione del Gorla quando afferma che la multipla reiterazione origina un'uniformità nel senso di servire da parametro per controllare la legalità, senza che questo parametro goda di qualche forza vincolante. V. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, p. 265. V. anche TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in questa rivista, 2007, p. 711 ss.

(25) CALAMANDREI, *La cassazione civile*, cit., p. 148.

(26) FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 1969, p. 209.

non ha rispettato i confini grammaticali ovvero ha applicato la norma oramai predisposta dal parlamento nel suo prodotto giuridico: la legge.

Le decisioni prese dalla corte di cassazione riescono ad essere singolari se si pensa ad una corte suprema come corte di interpretazione del diritto, dato che, proprio dall'esistenza della divergenza interpretativa e, così, mancanza di chiarezza nella legge, risulta non essere presente il presupposto che consente l'accesso alla corte suprema attraverso il ricorso per cassazione, ovvero la violazione della legge o la contravvenzione espressa del testo della legge. Così facendo, la corte ha visto la divergenza interpretativa quale requisito di improcedibilità della cassazione, dato che nessuna delle interpretazioni date ha violato la norma posta dal legislatore (27).

Di conseguenza, sorge una questione: se l'attività interpretativa è inerente alla funzione giurisdizionale, quale ruolo dovrebbe avere una corte suprema o corte di cassazione che garantisca la certezza del diritto e l'uguaglianza di fronte all'interpretazione della legge?

6. — È noto che il pensiero giuridico del dopoguerra si rivelò in tutta l'Europa continentale con una forte tendenza al superamento del positivismo giuridico, dello statalismo e, in genere, dello Stato di diritto. Comunque, ciò si verificò insieme al riconoscimento del diritto giudiziario « come sistema di produzione giuridica in qualche modo autonomo in relazione al diritto legislativo, cui concorre insieme a questo nella produzione del diritto » (28).

Questo fenomeno della « giurisprudenza pratica », chiamato così da Zaccaria, tende a consolidarsi nella Germania del dopo guerra. La giurisprudenza incomincia a vincolarsi con il secolare sostegno alla tradizione morale e del diritto naturale. Ciò coinvolge « la rivendicazione di una libertà più grande di quella esistente nel passato in relazione alla legge e allo Stato » (29).

Questa crescente consapevolezza del diritto giurisprudenziale porta tutti i giuristi, ed anche lo stesso giudice, a produrre una miriade di interpretazioni giurisprudenziali ispirate da criteri di valutazione extralegislativi. Ne risulta che l'influenza dei principi e delle disposizioni normative inserite nella Costituzione oramai sono « disposizioni direttamente applicabili » (30).

Tuttavia, l'attività interpretativa giudiziaria, di fronte a questa nuova tessitura normativa, comporterà che l'interpretazione giudiziaria vada al di là del mero significato testuale o letterale della disposizione, giacché sia i principi che le norme o le disposizioni costituzionali non hanno soltanto

(27) CALAMANDREI, *La cassazione civile*, cit., p. 106.

(28) ZACCARIA, *Razón jurídica e interpretación*, tradotto da Messuti, Madrid, 2004, p. 355.

(29) ZACCARIA, *op. cit.*, p. 356.

(30) V. in merito: HESSE, *Die normative kraft der verfassung*, Tubinga, 1959.

una vaga o generale architettura, ma, come vedremo, sono equivoche come ogni norma ⁽³¹⁾.

Il parlamento non può regolare ogni singola attività sociale dell'uomo attraverso i codici o le leggi e, di conseguenza, presta la sua collaborazione affinché la magistratura possa adempiere un'attività che le è stata vietata da sempre: attribuire senso al testo normativo e completare il significato del documento legislativo. Qui risiede la diversità dei significati assegnabili a questi documenti normativi che, innanzitutto, sono segni linguistici.

Riscoperta questa capacità interpretativa del giudice, ciò darà origine a che i risultati — o interpretazione prodotto —, tra le più diverse attività di interpretazione, suscitino un dissenso.

È proprio la corte suprema o corte di cassazione quella che, al contempo, deve far fronte alla schizofrenia interpretativa nella quale potrebbe incorrere la magistratura nazionale in ragione dell'equivocità, vaghezza o incertezza di ogni testo normativo. È la stessa corte suprema quella chiamata ad offrire certezza del diritto e parità di fronte all'interpretazione della legge e di fronte alle più varie, dissonanti e fuorvianti interpretazioni dell'intero apparato giudiziario.

Sulla scia di Taruffo, la corte suprema — superando il modello della *Cour de cassation* — ha un ruolo contemporaneo, il quale è di gran lunga diverso da quello inizialmente assegnato alla Corte di cassazione francese ⁽³²⁾. Come avevamo detto prima, nei paesi che fanno parte della tradizione di *civil law* — l'America Latina, ma non Austria e Germania — la corte suprema ha una chiara funzione di reazione e di tutela della legalità.

Intanto, nei paesi che fanno parte della tradizione della *common law*, vediamo che le *supreme courts* hanno una visione non così soggettiva o privatistica del loro ruolo ⁽³³⁾. Invece, il ruolo di queste corti coinvolge l'orientamento del senso del diritto e l'evolvere dell'ordinamento giuridico attraverso l'interpretazione vincolante che danno queste corti (attraverso la tecnica del precedente). Senza volere fare un innesto di un istituto di un'altra tradizione giuridica, questo ruolo svolto per mezzo del precedente vincolante, noi crediamo che determini un trapianto responsabile dello stesso nella tradizione del *civil law*.

7. — Ad una corte suprema spettano diversi ruoli. Fra questi si possono elencare: (i) il sindacato di costituzionalità delle leggi (solo in qualche sistema); (ii) la revisione in ultimo grado delle decisioni in certe materie impugnate; e (iii) la tutela e la promozione della legalità.

Qui ci interessa l'ultimo di questi ruoli. Sulle orme di Taruffo, è

⁽³¹⁾ GUASTINI, *op. cit.*, p. 39.

⁽³²⁾ TARUFFO, *Le funzioni delle corti supreme. Cenni generali*, in *Annuario dir. comp.*, 2011, p. 15.

⁽³³⁾ TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*

essenziale dividere questo ruolo in due sottoruoli: (i) la tutela della legalità; (ii) la promozione della legalità. Circa il primo, ed ai fini di assumere una posizione concettuale, la « tutela della legalità è riferita al ruolo di reazione che molte delle corti svolgono e che si esplica quando una violazione del diritto è stata oramai accertata e l'intervento della corte è diretto a completarla ed eliminare o neutralizzare gli effetti già prodotti »⁽³⁴⁾. Peraltro, la « promozione della legalità è riferita al ruolo che si può definire proattivo, che si esplica quando la decisione della corte suprema è diretta a raggiungere effetti futuri, sia nel senso di prevenire violazioni della legalità, sia nel senso di favorire l'evolvere e la trasformazione del diritto »⁽³⁵⁾.

In particolare, ci interessa indagare e sviluppare il ruolo di promozione della legalità, che individueremo come il ruolo che deve essere primario in un modello contemporaneo di corte suprema. Per legalità si intende « la corretta applicazione del diritto »⁽³⁶⁾, e senz'altro tale applicazione fa riferimento all'interpretazione del diritto ed alla sua applicazione ai fini della decisione di un determinato caso⁽³⁷⁾.

A questo punto, dobbiamo chiarire che è attraverso il lavoro interpretativo dell'organo giurisdizionale che il diritto può riuscire ad essere tale. Si asserisce questo a ragione di quello che Cardozo ritiene come funzione giudiziaria; cioè « la logica, la storia, il costume, l'utilità e gli *standard* di corretta condotta accettati, sono le forze che, singolarmente o in combinazione, modellano il progresso del diritto »⁽³⁸⁾. Questo è l'essenza di ogni lavoro interpretativo, cioè, aggiungere un valore ed originare una scelta interpretativa da assegnare ad un testo normativo con i criteri sopra indicati.

Così, la voluta promozione della legalità presuppone uno sviluppo del

⁽³⁴⁾ TARUFFO, *op. cit.*, p. 14.

⁽³⁵⁾ TARUFFO, *op. loc. ultt. citt.*

⁽³⁶⁾ TARUFFO, *op. cit.*, p. 15. V. anche TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 42.

⁽³⁷⁾ Per legalità, si può intendere anche il ruolo riconosciuto alle corti supreme di controllare la legittimità della decisione in ogni caso concreto. Tuttavia, questo sindacato di legittimità è prevalentemente attivato dalle parti attraverso il ricorso per cassazione, che attiva altresì il ruolo nomofilattico della corte suprema. Ciò deriva direttamente dal modello francese di corte di cassazione, e questo ruolo nomofilattico comprende anche la considerazione del ricorso per cassazione come un diritto subiettivo delle parti mirante ad ottenere finalità private e cercando la giustizia del caso concreto. Ovviamente, con questa ideologia o ruolo della corte si rende impossibile poter pensare a un ruolo con proiezione pubblica o istituzionale di ogni corte suprema. Perciò, offrendo una prospettiva attuale sulla nomofilachia, il Mitidiero rileva che la nomofilachia del ricorso dinnanzi alla corte suprema si sostanzia nel raggiungimento dell'unità del diritto attraverso la sua corretta interpretazione. V. anche MITIDIERO, *op. cit.*, p. 67.

⁽³⁸⁾ CARDOZO, *La naturaleza de la función judicial*, trad. castigliana, Granada, 2004, p. 57.

diritto, giacché, con le parole di Brown, « prima di essere interpretata, la legge non è vero e proprio diritto »⁽³⁹⁾.

Avendo riguardo soltanto ai tribunali o corti supreme della tradizione della *common law*, sono queste corti supreme che possiedono un ruolo proattivo o di promozione del diritto. Orbene, sia nella *United States Supreme Court* sia nel *Bundesgerichtshof* tedesco, l'accesso a dette corti solo si dà se la risoluzione del *certiorari* o del ricorso per revisione, rispettivamente, contribuiranno allo sviluppo del diritto. Il carattere principale di questo ruolo è che le questioni di diritto assoggettate a questi tribunali in realtà devono essere meritevoli e giustificare l'analisi del ricorso, di modo che la pronuncia della decisione contribuisca allo sviluppo del diritto. In ciò consistirebbe un ruolo orientato verso il futuro.

Quindi, la stessa corte suprema determina la propria scelta delle sue interpretazioni che guideranno il diritto e lo svilupperanno, attraverso le diverse *rationes decidendi* che possano originare ed attribuire ai fini della risoluzione di certa divergenza interpretativa. È pressoché naturale che sia la corte suprema l'organo che, attraverso la creazione di precedenti vincolanti, consente di fissare una certa interpretazione giuridica cercando la certezza del diritto e l'uniformità interpretativa. Pertanto, ha ragione Cardozo quando segnala che rispetto alla funzione giudiziaria « [...] uno degli interessi sociali fondamentali è che il diritto sia uniforme ed imparziale. Non ci deve essere qualcosa nella sua azione che appaia come pregiudizio o favore, neppure capriccio arbitrario o piacimento. Pertanto, in primo piano sarà l'accoglimento del precedente »⁽⁴⁰⁾ ⁽⁴¹⁾.

Detto ciò, resta da approfondire il ruolo di promozione della unità del diritto come funzione inerente ad una contemporanea corte suprema.

8. — Come qualsiasi fenomeno linguistico, il diritto è un insieme di segni, da cui derivano diverse assegnazioni di sensi da parte di quelli che lo interpretano, cioè, quelli che operano con questi segni linguistici giuridici. Così, di fronte ad una molteplicità di possibili interpretazioni o significati che possono essere tratti dai documenti normativi, deve esistere un mezzo

⁽³⁹⁾ BROWN, *Law and evolution*, in *Yale Law Journal*, 1920, 29, p. 394.

⁽⁴⁰⁾ CARDOZO, *op. cit.*, p. 57.

⁽⁴¹⁾ Sulla stessa scia, il Taruffo rileva che la modalità con cui si attua questo ruolo di creazione ed evoluzione del diritto da parte della corte suprema si realizza, infatti, attraverso l'efficacia del precedente che si aggiunge alle sue decisioni. Infatti, è tale efficacia che attribuisce a queste decisioni un valore che va al di là della soluzione del semplice conflitto e si proietta verso il futuro. V. TARUFFO, *op. cit.*, p. 25. Tuttavia, va indicato che non c'è nulla di rivoluzionario o di nuovo in questo approccio della funzione giudiziaria. Questo è il modo in cui per secoli hanno operato i tribunali nello sviluppo della *common law*. V. BEROLZHEIMER, *Modern legal philosophy series*, 2010, 9, p. 167 ss.

o strumento incaricato di « centrare il significato finale in determinati contesti e garantirne l'unità » (42).

Ribadiamo che è proprio questo ruolo che deve possedere qualsiasi corte suprema, ruolo che consisterà nel dare unità al diritto e assegnare un senso uniforme — interpretazione univoca — a partire dal giudizio su casi concreti. Questo ruolo, come è stato chiamato sopra, proattivo (43) o di « promozione della legalità » (44), è diretto ad orientare la corretta interpretazione e applicazione del diritto, sia per l'apparato giudiziario sia per la società civile, giacché il ruolo di tali corti supreme è rendere possibile la « clarification, unification and development of the law » (45).

Più specificamente, il raggiungimento della così attesa unità del diritto dipende dall'attività interpretativa svolta dalle corti supreme. Vale a dire che la corte suprema è destinata a definire, osservare e far rispettare l'interpretazione-prodotto attraverso il corretto uso ed applicazione delle norme che presiedono l'interpretazione-attività. Così, soltanto attraverso l'ultima parola pronunciata dalla corte vertice — sia corte suprema sia corte costituzionale — si renderà possibile la giusta interpretazione del testo normativo, tanto per definirne il significato come per svilupparlo propriamente (46).

Orbene, individuato il ruolo di dissipare le divergenze interpretative da parte della magistratura nazionale, il ruolo della corte suprema presuppone un'adesione alla teoria dell'interpretazione giuridica che riconosce la potenziale equivocità di tutti gli enunciati giuridici. Pertanto, la negazione di adottare le *ratios*, sia dalla stessa corte vertice sia dalle corti inferiori, costituisce negazione non solo dell'autorità del ruolo della corte — e dei suoi precedenti — ma presuppone anche disconoscere alla corte il ruolo di organo che ha l'ultima parola sulla corretta interpretazione del diritto.

Quello che abbiamo detto sopra ci consente di affermare che, in questo contesto, la regola del *stare decisis* è imprescindibile ai fini del corretto funzionamento del diritto e dell'intero sistema di giustizia. Pertanto, ha ragione MacCormick quando segnala che « riconoscere la forza vincolante del precedente non è una derivazione di una norma di diritto positivo, ma

(42) WRÓBLEWSKI, *The judicial application of law*, Dordrecht, 1992, p. 255.

(43) MITIDIERO, *op. cit.*, p. 66.

(44) TARUFFO, *op. cit.*, p. 14. Va registrato il dissenso con l'a. sulla c.d. promozione della legalità come ruolo delle corti supreme, in quanto la legalità è diretta verso il senso grammaticale di una disposizione normativa, per esempio la legge. Inoltre, va detto che il ruolo sia quello di promozione della giuridicità o di assegnazione di senso giuridico alle disposizioni normative.

(45) JOLOWICZ, *The role of the Supreme Court at the national and international level*, in *The role of the Supreme Courts at the national and international level - Reports for the Thessaloniki international Colloquium*, coordinamento di Yessiou-Faltsi, Salónica, 1998, p. 39.

(46) MITIDIERO, *op. cit.*, p. 68.

una diretta conseguenza del riconoscimento del carattere argomentativo dell'interpretazione giuridica »⁽⁴⁷⁾.

Allora, se la nomofilachia — concepita classicamente — coinvolgeva la cura e protezione dell'applicazione della legge⁽⁴⁸⁾, con l'avvento delle nuove teorie interpretative ed avendo riguardo al reale ruolo delle corti supreme, è naturale qualificare la nomofilachia come interpretativa⁽⁴⁹⁾; ciò che, a sua volta, determinerà che il ricorso volto ad attivarla — cassazione o ricorso straordinario — rivesta un interesse di *jus constitutionis*, cioè, un interesse per l'unità del diritto⁽⁵⁰⁾ e non per la finalità solamente privatistica o di *jus litigatoris*.

È ovvio che la funzione nomofilattica interpretativa presuppone una giustificazione in ordine alla forza vincolante del precedente. Essendo lo scopo delle corti supreme, secondo Mitidiero, quello di cancellare l'equivocità del diritto di fronte ad un certo contesto fattuale normativo attraverso la fissazione di un'interpretazione, « è naturale che la norma originaria svolga un compito di guida per la sua interpretazione futura »⁽⁵¹⁾. Pertanto, si tratta di attuare il precedente vincolante come uno stabilizzatore interpretativo⁽⁵²⁾, così come ritiene Damaska, e ciò serve perché, in qualche grado di vincolatività⁽⁵³⁾, sia una ragione di decidere ad essere

⁽⁴⁷⁾ MACCORMICK, *Rhetoric and the rule of law*, Oxford, 2005, p. 91.

⁽⁴⁸⁾ Ruolo che, secondo il Chiassoni, è contenuto nella accezione « stretta » ovvero « propria » che designa la nomofilachia come il ruolo di custodia della legge di fronte alle ribellioni del giudice di merito, esercitato da un organo supremo di legittimità, come la corte di cassazione. V. CHIASSONI, *op. cit.*, p. 427.

⁽⁴⁹⁾ D'altro canto, il riferimento alla nomofilachia come ruolo diretto all'unificazione dell'interpretazione dei documenti normativi è contenuta in una accezione « stretta ma non tradizionale ». V. CHIASSONI, *op. loc. cit.*

⁽⁵⁰⁾ TARUFFO, *op. cit.*, p. 67. La nomofilachia, in questa prospettiva, è destinata non al controllo della decisione impugnata né all'analisi della giustizia del caso concreto (ruolo *dykelogico*), giacché il suo vero ruolo è la promozione dell'unità del diritto attraverso l'interpretazione data dalla corte vertice e tradotta in un precedente vincolante. Da un profilo comparato, va avvertito che a livello della *common law* il ricorso che consente l'accesso a dette corti supreme non può essere considerato come diritto soggettivo o diritto d'impugnare. È per questa ragione che l'ammissione del *writ of certiorari* si fa in modo discrezionale, e questa grazia giurisprudenziale si ammette solo se « there are special and importante reasons therefor ». Anche il ricorso per revocazione in paesi quali la Germania o Austria ha un vaglio discrezionale di promuovere lo sviluppo del diritto o la *Fortbildung des Rechts*.

⁽⁵¹⁾ MITIDIERO, *op. cit.*, p. 72.

⁽⁵²⁾ DAMASKA, *The faces of justice and the state authority*, New Haven, 1986, p. 37 nota 37.

⁽⁵³⁾ In questo senso e dati i limiti di questo saggio, è al di fuori della nostra portata indagare o ricercare i gradi di intensità o vincolatività dei precedenti vincolanti. Tuttavia, occorre considerare che anche il modello teorico proposto dal *Bielefeld Kreis* è stato raffinato dal Chiassoni, al proporre una tassonomia composta da otto sistemi ideali-tipici di rilevanza formale del precedente-*rationes*. L'elaborazione teorica del

seguita dal resto degli organi giudiziari. Solo così il « diritto potrà adeguarsi al mutamento delle circostanze e delle esigenze sociali, attraverso opportune interpretazioni evolutive ed integrazioni di lacune »⁽⁵⁴⁾.

Come premesse conclusive parziali, le decisioni di una corte suprema, per rivelare il contenuto indispensabile per la regolazione della vita in società, forniscono elementi all'ordine giuridico ed interessano tutta la società. Questo interesse non coincide con l'interesse privato del litigante di perseguire il mero sindacato di legittimità o cancellazione delle decisioni impugnate che contravvenissero la dizione del testo normativo. Il ruolo di una corte suprema che genera uno sviluppo del diritto si proietta verso la società intera ed obbliga —con una certa intensità— i tribunali di inferiore grado, perché le decisioni della corte suprema contengono un significato di ciò che è il diritto.

Da questa prospettiva, importa poco la parte dispositiva della sentenza pronunciata in sede di cassazione, dato che questa risolve solo la controversia o il conflitto intersoggettivo delle parti. Sono le ragioni del decidere o le c.d. *rationes decidendi* che determinano il comportamento di tutta una comunità, giacché stabiliscono un modello di condotta per l'intera cittadinanza e per la magistratura nazionale. Con le parole del costituzionalista portoghese Canotilho, « la certezza del diritto giurisdizionale si dà attraverso i precedenti, perché genera una prevedibilità e produce una aspettativa legittima della cittadinanza »⁽⁵⁵⁾, dato che la corte, pronunciando precedenti vincolanti, genera una norma di condotta generale che mira ad essere osservata dai cittadini.

Orbene, nessuna teoria che pretenda di spiegare il precedente vincolante può prescindere dall'analisi o non rilevare la tecnica della revoca dei precedenti, chiamata anche *overruling*.

9. — Non si può celare che la revoca dei precedenti è stata accolta nella *common law* con la massima tranquillità e questa pratica argomentativa è usuale sia nella Corte suprema degli Stati Uniti sia in quella dell'Inghilterra.

Qualora si pensi al contemporaneo ruolo delle corti supreme, cioè contribuire alla costruzione e sviluppo del diritto e dell'ordinamento giuridico, è impossibile negare la possibilità che i suoi precedenti siano revocati in ragione del miglioramento o superamento di una *ratio* oramai desueta ed inservibile per guidare le condotte sociali. Le corti di vertice sono abilitate a revocare i precedenti che non hanno più rispondenza con

professore genovese individua certe deficienze nel modello proposto dai *bielefelders*, consistenti nella mancanza di distinzione tra la rilevanza formale e quella di fatto dei precedenti vincolanti. Al riguardo v. per tutti CHIASSONI, *Desencantos para abogados realistas*, Bogotá, 2012, p. 235 ss.

⁽⁵⁴⁾ CHIASSONI, *op. cit.*, p. 237.

⁽⁵⁵⁾ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, 2003.

la realtà, con i nuovi valori o interpretazioni univoche del diritto, consentendone la sostituzione con un nuovo precedente.

L'esperienza peruviana sulla tecnica dell'*overruling* ha nella Corte costituzionale peruviana il suo principale artefice. Purtroppo, l'esperienza dell'*overruling* è ricca ma ha effetti negativi, nel senso che non ha precisi parametri relativi a quando revocare e a quale efficacia attribuire alla nuova regola giuridica vincolante (*ratio decidendi*).

Sono poche le decisioni nelle quali si è sviluppata in modo chiaro ed ampio la portata della tecnica dell'*overruling* ⁽⁵⁶⁾. La latitudine del potere o discrezione offerta dall'art. VII, disp. prel., c.p.cost. peruviano consente ciò.

Ma, cos'è l'*overruling*?

Per *overruling* si deve intendere quella tecnica argomentativa mirante a superare una certa interpretazione data da un precedente vincolante, che sarà rimosso od escluso dall'ordinamento giuridico. In particolare, si tratta di cancellare la previa *ratio decidendi* alla luce di nuove circostanze sociali o giuridiche che determinano che il mantenimento del precedente produce più insicurezza di quanto non produrrebbe la sua revoca. Attraverso l'*overruling* — con prevalente effetto *pro futuro* — si cerca di alterare uno *status quo* dato dal precedente, qualora ci sia una nuova interpretazione che servirà da sostegno alla nuova regola giuridica pronunciata dalla corte vertice, o quando le situazioni di fatto non siano più le stesse.

Ecco che si evince il vincolo fra l'*overruling* e il ruolo proattivo delle corti supreme. Non si può intendere come i valori di sicurezza giuridica, uguaglianza e stabilità, tutti questi compresi nel ruolo proattivo di una corte vertice, siano raggiunti solo con l'emanazione dei precedenti. Pari o più importante dell'emanazione di un precedente vincolante — sia normativo, sia interpretativo — è poter cancellare la *ratio* che, a ragione del mutamento delle fattispecie o dei punti in diritto, non è più congruente con il proprio sistema.

Da un'analisi comparativa del trattamento legislativo, Marinoni propone, *de lege ferenda*, una regolazione con la stessa portata normativa dell'art. VIII disp. prel. c.p.cost. peruviano, ma aggiungendo altre tecniche ai fini della corretta manipolazione del precedente e dell'*overruling*.

Così il professore brasiliano propone:

« Art. 6. - Di fronte a particolari circostanze, debitamente comprovate e giustificate, il tribunale potrà revocare i suoi precedenti.

Paragrafo unico: Non applicare più, indipendentemente dalla sua revoca, i precedenti incompatibili con le decisioni del tribunale.

Art. 7. - Il tribunale, revocando il precedente con efficacia vincolante, dovrà definire gli effetti della decisione, potendo limitare la sua retroattività o prevedere effetti in prospettiva futura, avendo riguardo al grado di

⁽⁵⁶⁾ Sent. Corte cost. peruviana, 12 agosto 2005, Exp. 3361-2004-AA; Sent. Corte cost. peruviana, 11 febbraio 2009, Exp. 1412-2007-PA.

fiducia nel precedente e all'importanza di applicare immediatamente la decisione per garantire l'uguaglianza delle parti ».

Si deve rilevare la differenza: la proposta brasiliana risiede nell'utilità e chiarimento che si fa con riguardo all'enunciazione degli effetti temporali del precedente, facendo riferimento anche al *prospective overruling*.

Considerando il potere della Corte costituzionale peruviana di auto-regolarsi, riteniamo abbastanza utile che questo possa chiarire ed individuare le situazioni in cui un precedente può essere revocato e quando si può dare una certa efficacia temporale o, prevalentemente, stabilire legislativamente parametri di attuazione della revoca dei precedenti. Anche se è vero che attraverso la sua pratica giurisprudenziale esiste la autodelimitazione dei presupposti dell'*overruling*, sono rare le occasioni in cui questi ricorrono o sono interamente osservati.

Un'autorevole dottrina segnala due opzioni degli effetti temporali prodotti quando la Corte costituzionale peruviana pronuncia un precedente. Così, « quando decide di cambiare il precedente vincolante può disporre l'immediata applicazione dei suoi effetti, di modo che le regole siano applicate sia ai processi in corso sia a quelli che hanno avuto inizio dopo la pronuncia del precedente e può decidere di mutare il precedente vincolante disponendo la sua applicazione differita fino ad una data successiva in cui si perfezioneranno certe situazioni materiali in ordine alla sua entrata in vigore » (57).

A livello teorico nazionale, il prof. Garcia Toma elenca le ragioni fattuali per cui un tribunale potrebbe esercitare la revoca di precedenti: « a) quando si verifichi che il precedente ha prodotto conseguenze giuridiche, politiche o sociali diverse da quelle previste dall'organo giurisdizionale che lo ha pronunciato; b) quando si verifichi che il precedente è divenuto obsoleto a ragione degli sviluppi della scienza e la tecnologia, i cambiamenti politico-sociali o i nuovi orientamenti di fondazione del diritto; c) quando si verifichi l'esistenza di cambiamenti nella Costituzione attraverso la via della riforma costituzionale; d) quando dopo il rinnovo dei membri dell'organo giurisdizionale si verifichi un'altra e diversa visione dei magistrati che succedono ai precedenti » (58).

Data maxima venia, non concordiamo nel senso di affermare che i precedenti possono essere revocati a partire dall'accoglimento di nuove concezioni o visioni o peculiarità ideologiche dei nuovi magistrati che costituiscono il collegio costituzionale. Il proprio ed intimo intendimento di un magistrato non fornisce alcuna obbiettività per poter parlare in termini di revoca dei precedenti. Si preferisce, così, adottare un modello discorsivo di deliberazione.

Nella stessa ottica, si è affermato che « evidentemente, per modificare un precedente, non basta un nuovo intendimento personale e particolare

(57) GARCÍA TOMA, *Las sentencias constitucionales. El precedente vinculante*, in *El precedente constitucional vinculante en el Perú*, Lima, 2009, p. 62.

(58) GARCÍA TOMA, *op. cit.*, p. 64.

della questione in diritto. La posizione di un unico giurista o di un singolo giudice non rileva quando si pensa di preservare o meno un precedente. In realtà, la volontà della minoranza, o meglio, quello che non costituisce un'espressione generale della comunità giuridica, non è affatto in grado di interferire con la stabilità dei precedenti » ⁽⁵⁹⁾.

Bisogna delineare una premessa basata su un brocardo latino che non ha niente a che fare con il tema dei precedenti, ma con l'abrogazione delle leggi. Attraverso questa premessa si tratta di riunire in un principio la diversità delle ragioni oramai conosciute ai fini dell'applicazione dell'*over-ruling*.

Se si accetta che il precedente vincolante, sia nella *common law* che nel *civil law*, funge da fonte del diritto — se fonte fatto o fonte atto, se fonte primaria o secondaria, qui poco importa — ciò comporterà essere soggetti non solo all'impero della legge, ma anche all'impero del precedente vincolante, in vista della coerenza interna dell'ordinamento giuridico.

Così, avendo riguardo al *cessante ratione legis, cessat ipsa lex*, possiamo vedere che quando la *ratio* della legge non c'è più, la legge viene meno. Ciò vuol dire che le leggi divengono inutili quando le ragioni della loro stessa creazione ed applicazione cessano, vengono meno o non corrispondono più alla realtà nella quale queste norme sono state date. Orbene, anche se il brocardo fa riferimento al termine *lex*, questo dato letterale deve essere superato e nulla osta a che il brocardo possa essere inteso come fondamento della revoca di un precedente, quando le ragioni della sua vigenza sono cessate. Così, il precedente perderà la sua forza quando non ci saranno più le ragioni sociali e giuridiche che originariamente lo hanno giustificato, al tempo della sua emanazione.

E, qual è lo stato dell'arte a livello nazionale?

10. — Nella sentenza della Corte costituzionale peruviana Exp. 3741-2004-AA/TC, si è stabilito come precedente che ogni tribunale od organismo collegiale della p.a. ha la facoltà e l'obbligo di dare prevalenza alla Costituzione e di non applicare una disposizione normativa palesemente in contrasto con questa, sia nella forma che nel fondamento, secondo gli artt. 38, 51 e 138 cost. peruviana.

Tuttavia — e ritornando al tema più ristretto — dieci anni dopo, per mezzo di un altro precedente contenuto nella sentenza della Corte costituzionale peruviana del 18 marzo 2014, Exp. 4293-2012-PA/TC, si è stabilito che, nel risolvere i casi concreti, gli enti della p.a. non hanno competenza, né facoltà di controllare la costituzionalità della norma applicabile al caso concreto. Ciò, fatto salvo il dovere della p.a. di rispettare i diritti fondamentali ed i beni costituzionali, garantirne l'applicazione e difendere la Costituzione.

Ecco le ragioni della revoca: (i) Ragioni procedimentali: nello stabilire

⁽⁵⁹⁾ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, San Paolo, 2010, p. 401.

il precedente Exp. 3741-2004-AA/TC, non si disposero le regole per l'emanazione di un precedente vincolante contenuto nella sentenza della Corte costituzionale peruviana Exp. 00024-2003-AI, del 10 ottobre del 2005. Secondo i giudici, non c'era vuoto legislativo o interpretazioni contrastanti tra chi vantava il sindacato diffuso, ciò che giustificò la pronuncia della Corte nel caso Yarlenque. (ii) Ragioni soggettive: si affermò che consentire il sindacato diffuso da parte della p.a. pregiudica il principio della separazione dei poteri ed il sistema duale di sindacato della giurisdizione costituzionale. Inoltre, si è argomentato che la potestà di esercitare il sindacato diffuso è riservata solo a quegli organi costituzionali che, come il potere giudiziario, il *Jurado Nacional de Elecciones* o la stessa Corte costituzionale peruviana, esercitano funzioni giurisdizionali.

Sostenuto da una grande maggioranza, il voto individuale del magistrato Urviola Hani manifesta una sensibilità per il trattamento del precedente e, cosa più importante, per le sue conseguenze di fronte ad una improvvisa revoca. Noi crediamo che questo voto è il solo rilevante di questo recente *overruling*. In sostanza, questo giudice costituzionale ha affermato che non si può lasciare senza effetti un precedente vincolante senza previamente valutare quale sia stata l'utilità od effetto che ha causato il sindacato amministrativo diffuso nel sistema giuridico, o se ci sono formule per migliorarlo. Il giudice ha detto anche che la soluzione migliore non sarebbe cancellare il sindacato amministrativo diffuso, ma migliorarlo, aggiungendo, per es., una nuova regola che incorpori la procedura di consulta.

Così, si mette in luce una tragica realtà: la Corte costituzionale peruviana, secondo il potere conferitole dall'art. VII, disp. prel., c.p.cost. per., ha disposto, in via giurisprudenziale, regole per l'emanazione del precedente e, in questo modo, ha consentito un'apertura interpretativa su come, quando e con quale efficacia si revoca un precedente vincolante. La mancanza di condivisione di una teoria unica del precedente a livello del tribunale, insieme al tessuto normativo aperto dell'unico articolo che disciplina il precedente costituzionale, ha determinato una divergenza interpretativa sul precedente ed un disconoscimento dei criteri — al di là di quelli giurisprudenziali — per discostarsi dal precedente o revocarlo.

È possibile sostenere che le ragioni che motivarono la revoca di detto precedente siano state sconosciute o inesistenti al momento del suo stabilimento? Si è tentato di sperimentare? Comunque, nell'arco di dieci anni di vigenza di detto precedente: (i) Si è accertato che questo ha causato conseguenze giuridiche, politiche o sociali distinte da quelle previste dall'organo che lo ha posto? (ii) Il precedente si è reso obsoleto in ragione degli sviluppi della scienza e tecnologia, ovvero in ragione dei mutamenti politico-sociali o in ragione di nuovi orientamenti sull'argomentazione giuridica? (iii) Si sono verificati cambiamenti o mutamenti costituzionali che comportino la revoca del precedente?

Quello che preoccupa è che il nucleo del precedente revocatorio è stato la cattiva prassi che i tribunali e gli organi amministrativi hanno esercitato nella applicazione del sindacato diffuso, come se ciò non potesse essere

corretto con la modificazione dello stesso precedente e non con la sua improvvisa revoca.

Ha ragione l'Eisenberg quando afferma che « le condizioni di revoca del precedente risiedono: (i) nell'incongruenza sociale e la mancanza di consistenza sistemica nell'ordinamento giuridico; (ii) nell'usura dei valori che sostengono la stabilità del precedente, che fondano più la sua revoca che non la sua stabilità »⁽⁶⁰⁾. Ciò induce ad affermare inesorabilmente che la revoca del precedente, di per sé, porta una nefasta conseguenza: produce una rottura o frattura nel sistema giuridico, a causa della nuova interpretazione — in questo caso, costituzionale — che revoca il primigenio precedente.

Quando si parla del principio di continuità dinamica del precedente, si intende collocare detta efficacia in una terza via: in grado di perdurare nel tempo — salvo *rebus sic stantibus* o *cessante ratione* — e di essere accuratamente revocata senza produrre una frattura brutale. Questo brusco cambiamento è accaduto proprio con la revoca del precedente in questione.

Se il ruolo delle corti di vertice — Corte suprema e Corte costituzionale — è assegnare un significato al diritto e ingenerare uguaglianza di fronte all'interpretazione della legge, ne deriva che, dinanzi a qualche cambiamento nel modo di intendere, l'elemento minimo di questa nuova elaborazione decisoria risiederà nella grande carica argomentativa che dovrà esistere perché il precedente sia lasciato senza effetto o modificato. Di pari passo, questa pratica dovrebbe basarsi su certi criteri, che sono soltanto disciplinati dalla pratica giurisprudenziale della Corte costituzionale peruviana. Un precedente, sia giudiziario che costituzionale, inevitabilmente è proiettato extraprocessualmente, sia per modificare lo stato delle cose, sia per avere un ruolo didattico. Farlo in modo brusco e poco responsabile non fa che aggravare l'incertezza del diritto.

A livello nazionale, sulla recente sentenza che revoca il sindacato amministrativo diffuso, è lecito affermare che sia le ragioni procedurali sia le ragioni soggettive, secondo noi, non costituiscono ragioni nuove né fondamenti che in realtà provino che detto precedente si è usurato o che una nuova interpretazione del diritto ha influenzato in modo negativo l'effetto vincolante della sentenza originaria, che ha stabilito il sindacato amministrativo diffuso. A dir il vero, la nuova sentenza revocatoria ebbe una finalità di correzione formale del precedente già revocato, ma non un superamento dell'intendimento o interpretazione della facoltà dell'amministrazione di esercitare il sindacato diffuso.

Infine, come è stato indicato in questo lavoro, la certezza del diritto, l'uguaglianza di fronte all'interpretazione delle leggi e la stabilità delle decisioni sono tutti valori protetti dal precedente vincolante, ma è certo anche che il ruolo proattivo delle corti supreme emerge anche in ogni occasione in cui si revochi un precedente vincolante che non serve più per

⁽⁶⁰⁾ EISENBERG, *The nature of the common law*, Massachusetts, 1988, p. 158.

l'orientamento della vita sociale. Così, si tratta di intendere il precedente non solo quale tecnica argomentativa che cristallizzi una certa interpretazione, ma, di fronte al costante mutamento del diritto, tenda ad una continuità dinamica direttamente coerente con le situazioni di fatto e di diritto che comportino il rinnovamento di una precedente *ratio decidendi*.