

SanPaolo2014

Michele Taruffo
Càtedra de Cultura Jurídica, Girona

LE FUNZIONI DELLE CORTI SUPREME TRA UNIFORMITÀ E GIUSTIZIA*

1. Il valore dell'uniformità.

L'uniformità nella interpretazione e nell'applicazione del diritto costituisce da molto tempo un valore fondamentale (si potrebbe dire addirittura: un oggetto del desiderio) presente in pressochè tutti gli ordinamenti, che tentano in vario modo –come si vedrà- di realizzarlo nella più ampia misura possibile.

Le giustificazioni che stanno alla base di questa generale aspirazione sono varie e non possono essere qui esaminate in modo completo¹. Per indicare solo quelle a cui si fa più spesso riferimento si può ricordare anzitutto l'esigenza di assicurare la certezza del diritto, dato che una giurisprudenza uniforme evita l'incertezza nell'interpretazione del diritto e la conseguente varietà e variabilità delle decisioni giudiziarie. Si fa inoltre riferimento alla garanzia dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, in base al principio dello *stare decisis* tipico degli ordinamenti angloamericani, secondo cui casi uguali debbono essere decisi in modo uguale².

Si fa poi capo molto spesso alla necessaria prevedibilità delle decisioni future, in base alla quale le parti debbono poter fare affidamento sul fatto che i giudici futuri si comporteranno allo stesso modo di quelli passati. La prevedibilità può svolgere, inoltre, anche una funzione economica, dato che se la decisione è prevedibile si può evitare di ricorrere al giudice. Infine, una giurisprudenza

* Nota do editor: **Artigo enviado a convite de João Bosco Maciel Junior, Mestre em Direito pela PUC/SP e Professor de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Estágio na Università di Pavia, Itália, junto ao Prof. Michele Taruffo e à Profa. Elisabetta Silvestri. Advogado. O tema foi objeto de apresentação no Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual, realizado em São Paulo, entre 25 e 29 de agosto de 2014, coordenado pelo Prof. Camilo Zufelato, sendo também publicado recentemente no site do Instituto Brasileiro de Direito Processual, presidido pela Profa. Ada Pellegrini Grinover.**

¹ In argomento cfr. anche per ulteriori riferimenti, TARUFFO, *Giurisprudenza*, in *Enc. Treccani Sc.Soc.*, vol.IV, Roma 1994, p.357. V. inoltre BANKOWSKI-MACCORMICK-MORAWSKI-RUIZ MIGUEL, *Rationales for Precedent*, in *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, ed.by D.N.MacCormick and R.S.Summers, Aldershot-Brookfield-Singapore-Sydney 1997, p. 481 ss.

² In proposito si può osservare *en passant* che questo argomento, diffusissimo in molti ordinamenti che mirano ad utilizzare i precedenti, è -se preso alla lettera- filosoficamente inconsistente. Esso viola infatti la legge lebniziana degli *indiscernibili*, secondo la quale due fatti uguali non esistono, e se di due fatti si dice che sono uguali essi sono in realtà un fatto solo. Accade spesso, peraltro, che i giuristi non siano sofisticati filosofi.

costante nell'interpretare e nell'applicare le norme si può conoscere più facilmente e quindi orienta in modo più efficace i comportamenti dei consociati.

E' facile vedere che queste giustificazioni non sono in contrasto tra loro, ed anzi convergono verso la necessità che l'interpretazione e l'applicazione del diritto siano il più possibile uniformi e costanti. Alla base di esse, e malgrado le rispettive differenze di formulazione, si intravede una immagine ideale dell'ordinamento giuridico secondo la quale esso dovrebbe essere completo e sincronicamente coerente, statico ed uniforme, e dovrebbe anche assicurare che tutte le controversie che sorgono al suo interno trovino una soluzione stabile ed unitaria.

Rimane invece in secondo piano, o ai margini dell'orizzonte concettuale entro il quale si colloca questa immagine, la dimensione dell'ordinamento che si potrebbe chiamare dinamica o diacronica, poiché essa presuppone che nel sistema vi siano incertezze e variazioni, differenze e mutamenti. L'esistenza di questa dimensione è indubitabile ed inevitabile, come si vedrà meglio in seguito, ma essa tende ad essere vista negativamente, come una eccezione che -come tale- dovrebbe essere il più possibile ridotta e circoscritta. Si ammette dunque -né potrebbe essere diversamente- la variazione all'interno della giurisprudenza, ma si tende a considerarla possibile solo quando ne esistano ragioni particolarmente rilevanti, che solitamente si indicano in termini piuttosto vaghi con riferimento a mutamenti sociali, morali o economici. Non a caso si tende talvolta a conciliare le opposte esigenze della prevedibilità e del mutamento della giurisprudenza, come accade ad esempio nel *prospective overruling* della corte suprema degli Stati Uniti³.

2. Le funzioni delle corti supreme.

La realizzazione della finalità rappresentata dall'uniformità della interpretazione e applicazione del diritto viene di solito affidata, soprattutto, alle corti supreme⁴. Si tratta anzi di un aspetto importante -forse il più importante- di quello che chiamerei il mito delle corti supreme: esse si collocano al centro del sistema giuridico e all'apice della struttura giudiziaria, e si tende a pensare che in esse si concentri l'aspetto più rilevante dell'amministrazione della giustizia. Da qui la conseguenza che spetti a queste corti la funzione fondamentale di assicurare il valore rappresentato dall'uniformità della giurisprudenza.

³ Cfr., anche per ulteriori riferimenti, TARUFFO, *Giurisprudenza*, cit., p.561.

⁴ Sulle principali funzioni che vengono attribuite a queste corti v. TARUFFO, *Le funzioni delle Corti Supreme. Cenni generali*, in *Ann.dir.comp.e st.leg.* 2011, p.11 ss.. Di una funzione *jurisprudentielle et normative* della Cour de Cassation francese parla ad es. CADIET, *Le rôle institutionnel et politique de la Cour de Cassation en France: tradition, transition, mutation?*, ivi, p.191 ss.. Cfr.inoltre i saggi raccolti nel volume *The Role of the Supreme Courts at the National and International Level*, ed by P.Yessiou-Faltsi, Thessaloniki 1998.

Si tratta invero di cose note: per quanto riguarda l'Italia basta far riferimento al Calamandrei della *Cassazione Civile*⁵, all'unificazione della Cassazione realizzata nel 1923⁶, e all'art.65 della legge del '41 sull'ordinamento giudiziario, tuttora in vigore, ove si legge che la corte "assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge", oltre a garantire "l'unità del diritto oggettivo nazionale"⁷.

E' tuttavia interessante osservare che i diversi ordinamenti impiegano varie tecniche per disciplinare le modalità con cui dovrebbe attuarsi la funzione "uniformatrice" delle rispettive corti supreme. La più diffusa di queste tecniche è senz'altro costituita dallo *stare decisis*, ossia dall'attribuzione ad una decisione anteriore, ed essenzialmente alla *ratio decidendi* che ne giustifica giuridicamente l'esito, della capacità di influenzare⁸ la decisione di un caso successivo identico o analogo⁹. Nata principalmente nelle corti inglesi e nordamericane, la prassi del precedente si è diffusa in moltissimi ordinamenti anche di *civil law*¹⁰. In alcuni casi, anzi, il richiamo al precedente è diventato una specie di *mantra* che viene recitato a ripetizione, fino a costituire una sorta di ossessione che influenza anche il legislatore processuale.

E' significativo al riguardo l'esempio italiano, dato che il recente legislatore tenta in tutti i modi, senza peraltro riuscirci (data la scarsa qualità tecnica delle norme di cui si serve) di far sì che in Italia si instauri una seria prassi del precedente, naturalmente sotto l'illuminata guida della Corte di Cassazione. Basti qui ricordare l'ormai famigerato "filtro" dei ricorsi in cassazione previsto dall'art.360 *bis* n.1) cod.proc.civ., introdotto nel 2009, secondo il quale sarebbe inammissibile il ricorso qualora la sentenza impugnata sia conforme alla giurisprudenza della Cassazione (e il ricorso non offra elementi che inducano a confermare o a mutare tale giurisprudenza)¹¹. A parte le

⁵ Cfr. CALAMANDREI, *La Cassazione civile. II. Disegno generale dell'istituto* (1920), in ID., *Opere Giuridiche*, vol. VII, Napoli 1976, p.57 ss.

⁶ Cfr. TARUFFO, *Calamandrei e l'unificazione della Cassazione*, in ID., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna 1991, p.51 ss., e da ultimo RICCI, *Il giudizio civile di Cassazione*, Torino 2013, p.23 ss

⁷ In argomento sia consentito il rinvio a TARUFFO, *La Corte di Cassazione e la legge*, in ID., *Il vertice ambiguo*, cit., p.59 ss., 70 ss.. V. inoltre RICCI, *Il giudizio civile*, cit., p.32 ss.

⁸ Uso qui deliberatamente un termine atecnico e generico, al fine di non prendere posizione sulla *vexata quaestio*, che conosce soluzioni diverse anche in funzione dei differenti contesti ordinamentali, relativa al se il precedente abbia una efficacia vincolante o soltanto persuasiva. In questa sede non occorre, e non sarebbe d'altronde possibile, affrontare il tema. Rimane comunque importante il saggio di PECZENIK, *The Binding Force of Precedent*, in *Interpreting Precedents*, cit., p.461 ss.

⁹ Non ripeto qui il riferimento già fatto alla legge di Leibniz. Una sua corretta applicazione richiederebbe comunque di precisare che l'applicazione della *ratio decidendi* che ha fondato la decisione sul caso precedente, al caso successivo, richiede che il secondo giudice rilevi una *sufficiente analogia* tra il *fatto* del caso che deve decidere e il *fatto* che è stato oggetto della decisione precedente. In argomento v. l'ampia analisi di 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.

¹⁰ La letteratura sul precedente è ormai immensa, al punto che qualunque indicazione bibliografica sarebbe incompleta e inaffidabile. Si veda comunque una utile analisi comparativa nei saggi raccolti in *Interpreting Precedents*, cit.

¹¹ Su questa discutibile norma si è ormai creata una ricca letteratura, e una non meno ricca giurisprudenza. In proposito v. per tutti, anche per riferimenti, RICCI, *Il giudizio civile*, cit., p.209 ss.; POLI, *Le modifiche relative al giudizio di*

numeroso critiche di carattere tecnico, sulle quali non vale la pena di insistere, si può rilevare che il legislatore italiano ignora in maniera totale che cosa sia il precedente: viene infatti trascurata la natura fondamentale del vero precedente, ossia –come si è detto– l’ analogia tra i *fatti* dei due casi, e si considera come precedente una qualsiasi affermazione astratta della Corte di Cassazione su una *quaestio juris* in qualche modo riferibile al caso di specie¹². La conseguenza è che nella maggior parte dei casi il “precedente” della Corte di Cassazione non è la sentenza nella sua integrità, ed è invece una “massima” di poche righe che enuncia una regola in termini generali e astratti¹³.

Una tecnica molto diversa consiste nel configurare la possibilità che la corte suprema emani pronunce dotate di efficacia *ultra partes*, ossia di effetti vincolanti capaci di determinare direttamente la decisione dei casi successivi. L’ esempio più noto è stato in passato quello delle direttive della corte suprema dell’ URSS, ma non va dimenticato che questa tecnica è tuttora presente nella cassazione cubana, che segue il modello sovietico. In Russia, inoltre, questa prassi prosegue con i decreti –veri e propri atti normativi– che vengono emanati dal *plenum* della corte suprema con efficacia vincolante per tutti i giudici che si trovino a dover applicare le stesse norme o a giudicare su casi analoghi, ed anche per tutti gli organi amministrativi. Lo stesso sistema si applica ai decreti della Corte Suprema Commerciale, ed anche alle decisioni che il *presidium* di questa corte emana in sede di revisione di casi concreti¹⁴.

Una tecnica analoga molto interessante, e per certi versi estrema, è quella che fa perno sulle *súmulas vinculantes* del sistema brasiliano. La formulazione delle *súmulas* risale ad una prassi consolidata in quell’ ordinamento: esse in passato non avevano efficacia vincolante, mentre ora hanno questa efficacia, dopo una riforma costituzionale che risale al 2004¹⁵. Si tratta di enunciazioni che vengono formulate dal *Supremo Tribunal Federal* dopo una riunione dei suoi membri ed una votazione (con una maggioranza di due terzi). Esse hanno la funzione di risolvere un contrasto che si sia verificato nella giurisprudenza delle corti inferiori. Vale la pena di osservare che la *súmula* non deriva dalla decisione di un caso concreto, poichè si tratta di una enunciazione interpretativa formulata in termini generali. Di conseguenza, essa non fa alcun riferimento ai fatti che sono alla base della questione giuridica affrontata, e quindi non può essere considerata come un precedente in

cassazione, in PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010-2013*, Torino 2013, p.193 ss.

¹² Sul radicale malinteso che sta alla base di molti discorsi che in Italia si fanno –*in primis* da parte del legislatore– a proposito del precedente, v. più ampiamente, ed anche per ulteriori riferimenti, TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv.Trim.Dir.Proc.Civ.*, 2007, p.709 ss.

¹³ In proposito v. più ampiamente TARUFFO, *op.ult.cit.*, p.712 ss.

¹⁴ Cfr. RUDOVKAS, *Precedente giudiziario come fonte del diritto nell’ ordinamento giuridico della Federazione Russa*, in *Casistica e giurisprudenza*, cit. , p.129 ss.

¹⁵ Cfr. 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.

senso proprio, ma solo come una decisione che esprime la scelta tra due opzioni interpretative relative a norme generali e astratte¹⁶. La sua evidente funzione consiste nell'eliminazione di incertezze e conflitti nell'ambito della giurisprudenza, assicurandone l'uniformità¹⁷. Per questo scopo si prevede che essa abbia efficacia vincolante per tutti i giudici ed anche per tutti gli organi pubblici dello Stato federale.

Qualcosa di analogo, anche se non paragonabile per importanza e dimensioni all'esperienza brasiliana, si è verificato di recente in Spagna: con un *Acuerdo del Pleno no jurisdiccional* del 30 dicembre 2011 il *Tribunal Supremo* spagnolo ha indicato, con un atto che non era la decisione su un ricorso ma una dichiarazione stragiudiziale, i propri orientamenti relativi all'interpretazione di una norma di grande importanza sotto il profilo dell'ammissibilità dei ricorsi allo stesso *Tribunal*, ossia dell'art.477 n. 3 della *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Si tratta della norma che subordina l'ammissibilità del ricorso alla presenza di un *interés casacional*, ed è appunto con il fine di chiarire come deve essere interpretata questa clausola, di significato incerto, che il *Tribunal* ha emanato quella dichiarazione¹⁸.

Talvolta, dunque, si fa un riferimento più o meno appropriato all'efficacia del precedente in senso proprio; altre volte si cade nell'equivoco intorno a ciò che costituisce o non costituisce un precedente, ed altre volte ancora si abbandona il riferimento alla tecnica del precedente per ricorrere a pronunce o a provvedimenti che precedenti non sono, dato che non vengono pronunciati in occasione della decisione di casi concreti, ed hanno piuttosto la natura di atti *normativi*, pur non essendo di fonte legislativa. Tuttavia, a parte la varietà di queste tecniche, e delle differenze che riguardano gli effetti che esse possono produrre, un orientamento costante è nel senso di individuare nelle corti supreme gli organi a cui si affida il compito di assicurare l'uniformità della interpretazione e dell'applicazione del diritto. In ciò non vi è nulla di sorprendente, trattandosi di corti tipicamente collocate ai vertici delle piramidi giudiziarie. Viene così esaltata proprio la collocazione verticistica di tali organi, in quanto si prevede che essi possano imporre –in un modo o nell'altro- le proprie scelte interpretative ed applicative a tutti i giudici collocati nei gradini inferiori della piramide. Ciò corrisponde al modello classico della burocrazia accentrata, nel quale il potere aumenta e si concentra man mano che dal basso si sale verso l'alto, e diventa massimo quando si

¹⁶ Cfr. HIGASHIYAMA, *Teoria*, cit., p.87, 99

¹⁷ Cfr. ancora HIGASHIYAMA, *Teoria*, cit., p.109 ss., 118. In senso critico BAHIA, *As Súmulas*, cit., p.360 ss, parla di uniformità ad ogni costo, procurata con enunciati generali e astratti che non decidono un caso e si prestano ad operazioni esegetiche fondamentalmente non diverse da quelle che hanno ad oggetto le norme.

¹⁸ In argomento cfr. DE LA OLIVA SANTOS-DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ-VEGAS TORRES, *Curso de derecho procesal civil.II.Parte especial*, Madrid 2012, p.282 ss.

giunge al vertice. Naturalmente questo modello implica che il potere sia inferiore e decentrato man mano che dal vertice si scende alla base, ossia ai giudici di prima istanza.

Sotto altro profilo, si avverte che in questo modello di ordinamento la corte suprema finisce con l'essere più importante del legislatore: a costui spetta la funzione di produrre norme generali e astratte, ma è la corte suprema che stabilisce il significato che a queste norme deve essere attribuito e che quindi deve essere tendenzialmente applicato da tutti i giudici inferiori, e quindi a tutti i soggetti dell'ordinamento, senza contare che non di rado –come si è visto negli esempi citati più sopra- è la stessa corte suprema a produrre norme generali e astratte con lo scopo di vincolare l'interpretazione che ne può essere data da altri organi.

3. *Universalismo e particolarismo.*

La concezione che si è sommariamente esposta costituisce una versione specifica, ma assai diffusa, di ciò che i filosofi chiamano “universalismo giuridico”¹⁹, fondata essenzialmente sull'idea che esistano regole generali destinate ad essere applicate in modo uniforme dai giudici, e che la relativa decisione si giustifichi solo se il caso particolare che è oggetto di decisione può essere “sussunto” in una norma generale che deve applicarsi allo stesso modo in tutti i casi uguali o simili. In questa versione, l'elemento caratterizzante è rappresentato dal fatto che –come si è visto- si attribuisce alla corte suprema la funzione di stabilire quali sono le regole generali che debbono essere applicate in ogni singolo caso, e qual è il significato costante che ad ogni regola generale deve essere attribuito in ogni singolo caso.

L'universalismo giuridico è oggetto di varie critiche, fondate soprattutto sulla considerazione – che ormai costituisce un luogo comune tra i filosofi del diritto- che la decisione non è mai il frutto dell'applicazione meccanica di norme generali, e che invece l'applicazione della norma non può avvenire se non facendo riferimento alla complessità del caso particolare su cui verte la decisione. Gli orientamenti che in vario modo seguono questa prospettiva si indicano comunemente come

¹⁹ In argomento cfr. da ultimo BOUVIER, *Particularismo y derecho. Un abordaje postpositivista en el ámbito práctico*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2012, p.19 ss., 21 ss., 38 ss.. Cfr. inoltre GROSSI, *Universalismo e particolarismo nel diritto*, Napoli 2011; SACCO, *Il diritto tra uniformazione e particolarismi*, Napoli 2011; PALAZZO, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Napoli 2011.

“particolarismo giuridico”²⁰, e fanno riferimento in particolare al ragionamento con cui si formulano le decisioni giudiziarie²¹.

Il particolarismo si presenta in diverse versioni, alcune delle quali sono assai radicali e giungono a sostenere che la decisione dovrebbe fondarsi soltanto sulle circostanze particolari del caso concreto senza alcun riferimento a norme. Non è il caso di prendere qui in considerazione queste tesi²². Si può tuttavia osservare che anche se si seguono versioni moderate del particolarismo, come quella che ritiene pur sempre necessario il riferimento a regole generali anche quando la decisione si concentra sui *particulars* del caso specifico²³, è pur sempre il rilievo che viene dato ai *particulars* che determina la configurazione della regola che costituisce il criterio di decisione. Ne derivano alcune considerazioni forse non prive di rilevanza nel discorso che qui si va svolgendo.

Anzitutto, va precisato che la decisione giudiziaria non consiste nella mera enunciazione di regole (o di massime) presentate come l'unica interpretazione astrattamente corretta, uniforme e vincolante, di disposizioni normative, posto che –come ormai si riconosce uniformemente- è l'interprete a scegliere e a determinare il loro significato²⁴. D'altronde, bisogna pure riconoscere che vi possono essere buone ragioni per decidere casi simili in modi diversi: posto che non esistono due fatti uguali²⁵, è piuttosto sulle differenze, ossia sui *particulars*, che deve fondarsi l'interpretazione della norma che deve essere applicata al caso specifico. Pare evidente che quando una norma viene interpretata per derivarne la regola di giudizio da applicare ad un caso concreto, come accade nel processo, è il riferimento ai fatti di quel caso a guidare l'interpretazione della norma²⁶. In caso contrario, ossia se la norma non viene interpretata con riferimento a quei fatti, la conseguenza è che quella norma non è applicabile in quel caso²⁷. Analogamente, come si è già accennato²⁸, è essenzialmente analizzando i fatti e stabilendo una sufficiente analogia tra i fatti del caso precedente e i fatti del caso successivo che il giudice di questo secondo caso decide circa l'applicabilità della *ratio decidendi* che costituisce il precedente.

²⁰ Per un'ampia analisi di questi orientamenti cfr. BOUVIER, *Particolarismo*, cit., p.58 ss., 175 ss., 309 ss., 349 ss., e gli altri scritti citati nella n.14. Cfr. inoltre TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari 2009, p.200 ss., anche per altri riferimenti.

²¹ Cfr. i saggi raccolti nel volume *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, ed.by Z.Bankowski and J.MacLean, Aldershot 2006.

²² In argomento cfr. PAVLAKOS, *Two Conceptions of Universalism*, in *The Universal*, cit., p.163 ss.; TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p.200.

²³ Si tratta ad es. della posizione sostenuta da MACCORMICK, *Particulars and Universals*, in *The Universal*, cit., p.3 ss., e condivisa da WALKER, *The Burden of Universalism*, ivi, p.53 ss.

²⁴ In argomento v. da ultimo GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano 2013, p.8 ss., 15 ss.

²⁵ Sul punto cfr. MACCORMICK, *Particulars*, cit., p.5, e v. *supra*, n. 2.

²⁶ In argomento v. più ampiamente TARUFFO, *Il fatto e l'interpretazione*, in *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di B.Biscotti, P.Borsellino, V.Pocar e D.Pulitanò, Milano 2012, p.123 ss.

²⁷ In proposito v. più ampiamente TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p.199.

²⁸ V. *supra*, n.9 e ivi nel testo.

In sostanza, è il fatto che determina l'interpretazione della regola di diritto che ad esso dev'essere applicata. Non a caso è proprio il rapporto della norma con il fatto a costituire uno dei problemi fondamentali della teoria del diritto²⁹ e del diritto processuale³⁰. Di conseguenza, sono le peculiarità dei fatti dei vari casi che possono portare a diverse interpretazioni della stessa regola, e di conseguenza a non applicarla in casi apparentemente simili o ad applicarla in casi apparentemente diversi. Questo discorso non può essere qui approfondito come meriterebbe, ma qualche esempio può essere utile a chiarirne il significato.

Un primo esempio può essere costituito da una situazione che da qualche tempo è oggetto di particolare attenzione da parte dei costituzionalisti e dei filosofi del diritto: si tratta del c.d. *bilanciamento* o (*ponderazione*) tra principi, che occorre quando si tratta di risolvere antinomie tra diversi principi costituzionali. In tal caso sono le particolarità del caso che deve essere deciso a determinare la scelta favorevole all'applicazione di un principio invece che all'applicazione di un altro principio³¹.

Un secondo esempio, che pare particolarmente significativo in vari Paesi dell'America Latina, riguarda le situazioni in cui esistono popolazioni indigene alle quali vengono riconosciute particolari condizioni di autonomia, sino alla creazione di apposite giurisdizioni. In questi casi pare evidente il riconoscimento esplicito di differenze soggettive rilevanti, a fronte delle quali sembra difficile, se non impossibile, predicare l'assoluta uniformità dell'interpretazione e dell'applicazione delle norme dell'ordinamento giuridico dello Stato.

Un ulteriore esempio si individua quando si riconosce che le caratteristiche etnico-culturali dell'autore di un delitto sono significative ai fini della decisione che dev'essere presa nei confronti di questo soggetto, ad esempio in termini di punibilità o di determinazione della pena³². In questi casi, infatti la decisione tiene conto delle specifiche caratteristiche culturali del soggetto, derivanti dalla sua appartenenza ad un particolare gruppo etnico.

Questi esempi, ma molti altri se ne potrebbero fare, mostrano che vi sono numerose situazioni nelle quali emergono aspetti rilevanti che inducono il giudice ad impiegare diverse argomentazioni giuridiche, ad esempio facendo di volta in volta riferimento a differenti principi generali o

²⁹ Nella sterminata letteratura in argomento è sempre fondamentale il riferimento ad ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2 Aufl., Heidelberg 1960.

³⁰ Particolarmente interessante è l'analisi di questo problema nei termini in cui esso è stato affrontato dalla dottrina nella prima metà del '900. Cfr. al riguardo NITSCH, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Milano 2012.

³¹ In proposito cfr. in particolare LUZZATI, *Il giurista che cambia e non cambia*, in *Dir.pubbl.*, 2013, 2, p. 432, il quale sottolinea opportunamente la variabilità di queste scelte, che vengono compiute in base alle particolarità dei singoli casi che vengono decisi optando di volta in volta per l'uno o per l'altro principio costituzionale applicabile.

³² In argomento cfr. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa 2010.

costituzionali³³, ed anche ad invocare varie ragioni metagiuridiche, ispirate a differenti valori sociali o morali che orientano la eterointegrazione della norma. Pare dunque evidente la infondatezza di tesi come quella della *one right answer* enunciata a suo tempo da Dworkin, secondo il quale un giudice “erculeo” potrebbe sempre trovare la vera e unica interpretazione corretta di ogni norma³⁴. D'altronde, i c.d. *hard cases* sono spesso *hard* nei fatti, ed è proprio la complessità dei fatti a rendere difficile l'interpretazione e l'applicazione delle norme che ad essi si riferiscono.

Quindi bisogna riconoscere che l'interpretazione della norma finalizzata alla sua applicazione come regola di giudizio in un caso concreto ha un inevitabile e relevantissimo aspetto particolaristico, dovendosi fondare su una completa ed analitica considerazione dei *particulars* del caso³⁵: è sui *particulars*, dunque, che si modella l'interpretazione della norma.

Naturalmente ciò solleva un rilevante problema ulteriore: poiché le circostanze che costituiscono i fatti del caso sono infinite, e sono anche infinite le loro possibili descrizioni³⁶, si tratta di determinare quali sono i *particulars* che si ritengono significativi e rilevanti per l'interpretazione e applicazione della norma alla quale si fa riferimento³⁷. Al riguardo non esistono soluzioni semplici che possano valere automaticamente per qualunque decisione. Anche il riferimento alla fattispecie definita in termini generali dalla norma serve solo –per così dire- a dare il via all'analisi dei fatti, fornendo un paradigma iniziale, che in realtà non è più che un'ipotesi provvisoria, di rilevanza giuridica³⁸. E' però muovendo da questa ipotesi, ed eventualmente formulandone altre che siano progressivamente più adeguate alle circostanze del caso concreto che il giudice, attraverso la c.d. spirale ermeneutica, giunge a stabilire quali sono le circostanze rilevanti del caso. Poiché peraltro in questo procedimento di *trial and error* o –se si preferisce- di abduzione interpretativa, non vi è nulla di meccanico o predeterminato, è un'attività eminentemente creativa quella che porta il giudice ad attribuire rilevanza a determinati *particulars* del caso, e a modellare su di essi l'interpretazione della norma che intende applicare³⁹.

Se si tien conto di queste considerazioni, ma altre se ne potrebbero invocare a favore del particolarismo, come soprattutto la sua maggiore aderenza a ciò che accade realmente

³³ Cfr. LUZZATI, *op.cit.*, *loc.cit.*

³⁴ Sul punto v. più ampiamente, e per riferimenti, TARUFFO, *La Corte di Cassazione*, cit., p.78 ss.. Sul “titanismo d'oltre Atlantico che...si immagina un Hercules dell'interpretazione” v. GENTILI, *Il diritto*, cit., p.130.

³⁵ Cfr. in particolare MACCORMICK, *Particulars*, cit., p.10.

³⁶ Sulle narrazioni fattuali che entrano nel processo, e sulle modalità con cui esse selezionano gli aspetti rilevanti del fatto che è oggetto di giudizio, v. in particolare TARUFFO, *Il fatto*, cit., p.127 ss.; Id., *La semplice verità*, cit., p.32 ss.

³⁷ Su questo problema v. più ampiamente TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p.197 ss.

³⁸ In argomento v. più ampiamente TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano 1992, p.74 ss.; Id., *Il fatto*, cit., p.125.

³⁹ Cfr. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p.203.

nell'amministrazione della giustizia, la versione dell'universalismo giuridico di cui si è parlato in precedenza appare caratterizzata, come si è già accennato, da una concezione fortemente burocratica e sostanzialmente autoritaria. Ciò pare evidente nel momento in cui si consacra un modello piramidale in cui è solo il vertice a “dire il diritto”, in modo vincolante per tutti e *once and forever*. Per di più, in questo modo il diritto viene “detto” con formule ad alto grado di astrazione, senza considerare una cosa ovvia, ossia che più si sale verso l'alto nella scala delle astrazioni più si perde di vista il concreto, ossia la realtà. Ne risulta un'immagine parziale, unilaterale e deformata dell'amministrazione della giustizia, quasi che essa si svolga solo al livello delle corti supreme mentre le decisioni delle corti inferiori, e soprattutto quelle dei giudici di prima istanza, ossia proprio quelli che si occupano dell'accertamento dei fatti e dell'applicazione delle norme nei casi particolari, fossero irrilevanti.

Va infatti osservato che se si prende in considerazione il particolarismo, anche nelle sue versioni più moderate e ragionevoli, si constata che esso non vale per corti che, come la Corte di Cassazione italiana e le altre di cui si è fatto cenno in precedenza, si esprimono quasi esclusivamente attraverso enunciazioni generali che non fanno alcun riferimento ai fatti che tuttavia sono oggetto di decisione, o addirittura non si occupano affatto delle situazioni concrete alle quali le norme vengono applicate. Il particolarismo ha invece un rilievo importante con riferimento alle corti che interpretano norme con lo scopo di farne applicazione a casi particolari, ossia principalmente quando si analizzano le modalità di decisione che possono considerarsi tipiche dei giudici di merito.

4. Conclusioni.

Se le considerazioni che precedono hanno un senso, ci troviamo di fronte ad una tensione –se non proprio ad una contraddizione- tra due valori o paradigmi divergenti⁴⁰: da un lato vi è la versione rigorosa della tesi universalista, secondo la quale il giudice sarebbe vincolato a decidere in modo uniforme, applicando deduttivamente una regola generale senza tener conto dei fatti del caso se non per costruirli in modo tale da farli corrispondere alla fattispecie astratta definita da una norma; dall'altro lato vi è la prospettiva particolarista secondo la quale, nelle sue versioni estreme, il giudice dovrebbe decidere tenendo conto soltanto dei fatti particolari del caso specifico, senza prendere in considerazione alcuna regola generale.

I due paradigmi ora richiamati sembrano d'altronde presupporre due idee diverse di giustizia. L'universalismo si riferisce alla giustizia come corretta interpretazione di disposizioni normative,

⁴⁰ Di una tensione analoga parla ad es. BELL, *The Institutional Constraints on Particularism*, in *The Universal*, cit., p.41. In argomento v. anche PALAZZO, *Il diritto penale*, cit., p.8 ss.

ossia a quella che si potrebbe chiamare “giustizia delle norme”, da individuare in modo autoritativo, possibilmente vincolante, con formulazioni generali, da parte degli organi di vertice del sistema giudiziario. Il particolarismo, invece, si riferisce a quella che si potrebbe definire come “giustizia delle decisioni” riferite ai singoli casi concreti, ossia alla giustizia sostanziale di ciò che il giudice dice riferendo le norme alle situazioni reali ed effettive, viste in tutti i loro aspetti rilevanti, che sono oggetto di decisione. Se l’universalismo allude ad una “giustizia delle norme astratte”, il particolarismo si riferisce alla “giustizia del caso concreto”.

Dal punto di vista teorico le versioni moderate del particolarismo non escludono però, come si è visto in precedenza, che vi possano e debbano essere situazioni intermedie, nelle quali l’attenzione necessaria per tutti i *particulars* rilevanti si coniuga con l’individuazione di regole tendenzialmente universali, capaci di essere applicate anche in altri casi⁴¹. Non si esclude quindi, pur ammettendo che si ragioni tenendo conto delle caratteristiche irripetibili dei singoli casi concreti, che spetti alle corti, ed in particolare alle corti supreme, il compito di rendere relativamente prevedibile e controllabile l’interpretazione delle norme⁴².

Sotto il profilo che qui interessa maggiormente si può dire che la decisione giudiziaria si colloca nello spazio intermedio tra i due estremi costituiti dall’universalismo astratto e dal particolarismo assoluto. Tenendo conto del fatto che non esiste alcuna “regola aurea” che determini l’ideale punto di equilibrio tra i due paradigmi, si può solo osservare che ogni singola decisione può collocarsi in qualunque punto del *continuum* così determinato, e quindi potrà avvicinarsi di più al paradigma universalista o al paradigma particolarista, oppure realizzare una opportuna combinazione tra i due paradigmi. In proposito si può tuttavia tracciare una distinzione non priva di rilievo: se si considera la giurisprudenza che opera producendo massime o *súmulas*, come accade presso le corti supreme di cui si è fatto cenno più sopra, allora pare evidente che essa si colloca in un punto abbastanza vicino all’estremo universalista, e magari –negli esempi di peggiore formalismo- viene addirittura a coincidere con esso. Se invece si considerano le decisioni prodotte dalle corti inferiori, e in particolare dai giudici di primo grado, allora ci si trova in un punto più vicino al paradigma particolaristico, almeno nella misura in cui questi giudici individuano ed accertano tutte le circostanze rilevanti dei singoli casi concreti. Si potrebbe peraltro immaginare una situazione ideale in cui la corte suprema, come tale depositaria e interprete del paradigma universalista, sia tuttavia sensibile alle esigenze di giustizia che nascono dalle situazioni concrete che sono oggetto di decisione, e formuli le proprie interpretazioni –pur destinate ad essere applicate in modo uniforme-

⁴¹ In questo senso v. gli scritti di MacCormick e di Walker citati nella n.22.

⁴² In questo senso v. Luzzati, *op.cit.*, p.437, con riferimento specifico alla ponderazione dei principi.

tendendo conto il più possibile delle circostanze rilevanti di queste situazioni, soprattutto nel rapido variare delle condizioni economiche, sociali e politiche, in cui sorgono le controversie. Reciprocamente, i giudici dei singoli casi concreti non dovrebbero adottare atteggiamenti di particolarismo assoluto, e dovrebbero invece far riferimento alle indicazioni interpretative che provengono dalle corti supreme, almeno finché queste interpretazioni forniscono regole di giudizio capaci di realizzare la giustizia del caso concreto.

Entrambi questi paradigmi di decisione, e i relativi concetti di giustizia, possono –e forse debbono- convivere nello stesso ordinamento giuridico. Ciò che rimane da stabilire, ma non è questo un problema che possa essere affrontato in questa sede, è se entrambi i modelli corrispondano –ognuno a suo modo e per ragioni diverse- ad una concezione globale e complessa di “amministrazione della giustizia” in senso proprio. Si può tuttavia ammettere che sia giustizia *formale* quella in cui tutti sono trattati in modo uguale in un sistema di regole generali, e sia invece giustizia *sostanziale* quella che viene fatta tenendo conto dei valori e degli scopi del diritto e rapportandoli alle circostanze dei casi particolari⁴³. Dipenderà allora dalle scelte politiche formulate in ogni singolo sistema giuridico se la prevalenza viene attribuita alla giustizia formale universalista piuttosto che alla giustizia sostanziale particolarista, o se si realizza la combinazione ideale, di cui si è fatto cenno più sopra, tra le due forme di giustizia.

⁴³ Per una distinzione analoga cfr. BANKOWSKI e MACLEAN, *Introduction*, in *The Universal*, cit., p.xii.