



TERESA ARRUDA ALVIM

Precedenti nel *civil law* e nel *common law* – Fenomeni distinti – L'esperienza brasiliana

Ciò che distingue i sistemi di *civil law* dai sistemi di *common law* non è il fatto che in questi ultimi esistano precedenti vincolanti, bensì il diverso *modo di pensare* degli operatori del diritto nei due sistemi.

Nei sistemi di *civil law*, il fatto che i giudici debbano decidere conformemente alla legge non impedisce loro di creare diritto attraverso l'attività interpretativa. Ciò trasforma il ruolo delle corti supreme da paradigmatico a realmente normativo in molte circostanze.

Per questa ragione, è necessario che i tribunali imparino a mantenere una giurisprudenza uniforme e stabile, poiché la loro responsabilità, nella costruzione del diritto, è spesso analoga a quella del legislatore.

What distinguishes civil law systems from common law systems is not the fact that the latter recognize binding precedents, but rather the different way in which legal professionals *think* within the two traditions.

In civil law systems, the fact that judges are required to decide in accordance with statutory law does not prevent them from creating law through the interpretative process. This transforms the role of the higher courts from a merely paradigmatic one into a genuinely normative one in many circumstances.

For this reason, courts must learn to maintain a uniform and stable body of case law, since their responsibility in shaping the law is often comparable to that of the legislature.

Sommario: 1. Uguali e diversi – 2. Ragioni storiche di alcune differenze tra *civil law* e *common law* – 3. Il carattere vincolante dei precedenti nel sistema di *common law* – 4. La vincolatività della legge nei sistemi di *civil law* – la “creatività” dei giudici – 5. L'instaurazione del caos – Disomogeneità della giurisprudenza e instabilità – 6. Precedenti vincolanti in Brasile – Alcune considerazioni – 7. L'importanza del nuovo ruolo delle Corti Superiori nel *civil law*, in particolare in Brasile – L'interpretazione – 8. L'importanza della stabilità della giurisprudenza dei tribunali superiori – Il vincolo orizzontale

1. Uguali e diversi

Dal 2015, il Brasile possiede un Codice di procedura civile che, nonostante sia una giurisdizione di *civil law*, prevede precedenti vincolanti.

Ciononostante, non si può affermare che il Brasile sia diventato un paese di *common law*, né che si sia ispirato alla *common law* per creare il sistema brasiliano dei precedenti.

Come giustamente afferma Marino Marinelli, ciò che distingue l'operatore del diritto di *common law* dall'operatore del diritto di *civil law* è la sua *forma mentis*, ovvero il suo modo di pensare e di affrontare il diritto¹.

Questo saggio ha lo scopo di identificare le principali differenze tra i due sistemi, i cui obiettivi sono, comunque, fondamentalmente gli stessi.

Siamo fermamente convinti che la funzione del diritto sia, in primo luogo, quella di generare stabilità, il che garantisce tranquillità al soggetto giuridico, nella misura in cui questi può modellare il proprio comportamento contando su di una certa dose di prevedibilità. Il diritto, tuttavia, deve anche, a nostro avviso, essere adattabile, poiché è al servizio della società, e questa subisce alterazioni nel corso del tempo.

Partendo da una visione comparata², intendiamo dimostrare che, sia nei sistemi di *civil law* che in quelli di *common law*, il diritto è nato ed esiste con l'obiettivo predominante di creare stabilità e prevedibilità. Anche se i sistemi di *civil law* sono una creazione apparentemente razionale che aveva come obiettivo specifico, e praticamente dichiarato, quello di raggiungere esattamente quegli scopi, in Brasile questi scopi non sempre vengono raggiunti.

Nei paesi di *common law*, il percorso intrapreso per raggiungere questi obiettivi è stato, come si suol dire, "naturale". Nei paesi di *civil law*, è stato un percorso "pensato", frutto di una scelta.

Nel momento storico che stiamo vivendo, tuttavia, si nota una certa convergenza dei sistemi, che conservano comunque le peculiarità che definiscono di entrambe le identità.

2. Ragioni storiche di alcune differenze tra *civil law* e *common law*

Quando si pensa al modo in cui è nato il sistema della *common law*, si tende a rispondere che è sempre stato così com'è oggi. Come afferma J. H. Baker, quando racconta che «nel 1470 un *sergeant-at-law* affermò che la *common law* esiste dalla creazione del mondo (...) non è improbabile che egli credesse letteralmente a ciò che diceva». Certo, «ciò non è del tutto assurdo, poiché il sistema inglese rappresenta un continuo sviluppo fin dai tempi preistorici: non vi è stato alcun atto consapevole di creazione o adattamento»³.

In effetti, la natura continua dello sviluppo del diritto inglese può dare l'impressione che sia sempre stato così com'è al giorno d'oggi. R. C. Van Caenegem afferma che la storia del diritto inglese è un *continuum*. Non c'è mai stato un vero superamento di ciò che prima era

¹ M. MARINELLI, *I precedenti giudiziari tra obbligatorietà e persuasività: note comparatistiche e riflessioni sparse a margine del nuovo CPC brasiliano e della sua sumula vincolante*, in *Revista de Processo*, 2020, p. 317 ss.

² Il confronto è stato effettuato quasi esclusivamente con il sistema inglese, culla del *common law*.

³ «Nel 1470, un avvocato di alto rango inglese sosteneva che il *common law* esistesse sin dalla creazione del mondo (...) non era improbabile che lo credesse letteralmente». Inoltre: «Non era un'idea del tutto assurda, in quanto il sistema inglese rappresentava uno sviluppo ininterrotto fin dalla preistoria: non c'era stato alcun atto consapevole di creazione o momento di adattamento» (J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4a ed., Londra, 2002, p. 1, citando il caso *Wallyng v. Meger* (1470) (47ss 38), per Catesby sjt).

considerato corretto, né una divisione del diritto tra *due epoche*, una precedente e una successiva a una rivoluzione⁴. È chiaro che i sistemi di *common law* non sono sempre stati come sono oggi, anche se la loro caratteristica principale sembra essere sempre stata presente: i casi concreti sono considerati fonte del diritto, nonostante i precedenti non siano sempre stati considerati vincolanti, cosa che è avvenuta nel XIX secolo⁵. Il diritto inglese, culla di tutti i sistemi di *common law* oggi esistenti nel mondo, è nato e si è sviluppato in un modo che ci sembra possa essere considerato “naturale”: i casi si presentavano e venivano decisi. Quando, in seguito, si presentavano casi uguali o simili, la decisione presa in precedenza veniva ripetuta per il nuovo caso. Più o meno come accadeva nel diritto romano.

Tuttora, l'idea che casi simili debbano essere giudicati allo stesso modo è fondamentale in tutta la sistematizzazione dei paesi di *common law*, e in questo modo si intende preservare l'uguaglianza. Se la giurisprudenza è uniforme, stabile e coerente, ci saranno anche le condizioni per creare *prevedibilità*, di modo che il cittadino possa pianificare la propria vita senza grandi sorprese. In questo modo, si garantisce l'armonia.

Naturalmente, ci sono stati cambiamenti nel diritto inglese dal suo inizio ad oggi. Per molto tempo non si è avuta alcuna differenza sostanziale tra gli atti di giudicare, amministrare e legiferare⁶. Il *diritto comune* era composto da usanze «generalmente osservate dagli inglesi». Da qui deriva il nome “*common*”, ovvero le decisioni relative alle controversie si basavano sulle consuetudini, mentre oggi le decisioni si basano sulle decisioni precedenti. Oggi le consuetudini hanno valore giuridico solo quando sono supportate da un precedente⁷. Inoltre, alcune aree del diritto sono state regolamentate dalla legge, fenomeno che si è verificato anche negli Stati Uniti d'America⁸.

Pertanto, attualmente, i sistemi anglosassoni sono, in realtà, misti. Esistono aree di *common law in senso stretto*, le cui norme sono scaturite dai costumi, dai principi generali del diritto e si sono consolidate nei precedenti (la tipica *case law* o *judge-made law*). E ci sono poi altri rami che sono regolati dalla legge (*statute law*), nei quali il precedente assume una funzione interpretativa.

La storia dei sistemi di *civil law* è diversa. È interessante osservare che, a quanto pare, tutto ciò che è accaduto in passato aveva come obiettivo la *creazione* di un sistema in grado di *contenere gli abusi* e *preservare l'uguaglianza*. Si voleva creare un sistema armonioso e coerente, in modo *razionale*. In sintesi, si può affermare che le usanze germaniche prevalsero

⁴ R. C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators & Professors: Chapters in European Legal History: 1984-1985*, New York, 2006, p. 8.

⁵ Nel XIX secolo, il carattere vincolante dei precedenti emerge come uno strumento in grado di ridurre il margine di scelta dei giudici e conferire maggiore stabilità al diritto. (N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, New York, 2008, p. 37-48).

⁶ J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4a ed., Londra, 2002, p. 1.

⁷ «Generally observed among Englishmen» (R. CROSS e J. W. HARRIS, *Precedent in English Law*, 4a ed., Oxford, 1991, p. 165).

⁸ È stata persino coniata l'espressione «stratification of the common law» (G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Massachusetts, 1982).

durante il V e il VI secolo, epoca in cui i popoli germanici dominavano l'Europa centrale e occidentale. Ad un certo punto, il diritto romano praticamente scomparve. Molti testi romani furono tuttavia riscoperti alla fine dell'XI secolo e divennero oggetto di grande attenzione da parte degli studiosi del nord Italia, principalmente di Bologna. Si considera che la *giurisprudenza*, come branca del sapere che studia il diritto, sia nata proprio in quel momento. Senza che il pensiero giuridico romano fosse stato completamente abbandonato, fu aggiunta una caratteristica diversa: il *dogmatismo*. I testi erano studiati e analizzati in profondità, attraverso diversi metodi: grammaticale, retorico e dialettico. Essi venivano armonizzati attraverso un complesso processo di esegesi, poiché non sempre erano coerenti. Usando il linguaggio dei nostri giorni, potremmo dire che gli esperti imposero al materiale trovato una forma "sistematica".

È molto importante sottolineare che il *Corpus Juris Civilis*, una voluminosa raccolta di testi romani scritti all'epoca di Giustiniano e pubblicati sotto il suo impero nel VI secolo, che fungevano da codice giuridico per una parte considerevole dell'impero romano, non era un codice. Tra i testi, alcuni erano molto antichi, altri più recenti; alcuni erano atti legislativi e altri consistevano di dottrina⁹. Non di rado, gli esperti si trovavano di fronte a testi contraddittori e dovevano ricorrere a processi complessi per renderli compatibili. Così nacquero le regole, come ad esempio il *legislatore disse più di quanto volesse, o meno di quanto volesse, o la regola speciale prevale sulla regola generale*, ecc. Fu così che il diritto venne interamente assorbito dalle università, dove gli esperti si occupavano di analizzare tecniche giuridiche che finivano per servire anche a scopi politici.

Si comprende quindi l'importanza della *dottrina* per i sistemi di *civil law*. Facendo un salto storico, passiamo a un secondo momento rilevante per definire le caratteristiche dei sistemi di *civil law*: la Rivoluzione francese. È il momento in cui il centro del potere viene trasferito dal monarca alla Nazione, creando l'ambiente in cui nasce la base dello *stile* di ragionamento giuridico dei sistemi di *diritto civile*.

Di fatto, fin dal Secolo XVII, il ragionamento astratto aveva caratterizzato la maniera in cui i francesi vedevano il diritto e la vita in generale. La teoria di Montesquieu, con orientamento contrario all'eccessiva concentrazione di poteri nelle mani di un solo individuo, si è amalgamata con l'approccio di Rousseau, il quale segnalava che la legge scritta dovrebbe essere l'espressione della volontà della Nazione francese¹⁰. L'idea che il potere centrale fosse giustificato o legittimato dalla volontà del popolo fu una delle principali concezioni che ispirarono la Rivoluzione francese.

⁹ R. C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators & Professors: Chapters in European Legal History: 1984-1985*, New York, 2006, p. 41. Anche in Germania il *Corpus Juris Civilis* fu "accolto" e generò un corpus di norme studiato dai professionisti (*Juristenrecht*). Il diritto romano fu la base teorica dello sviluppo del diritto che culminò nel lavoro dei giuristi del XIX secolo.

¹⁰ Z. BANKOWSKI, N. MACCORMICK, L. MORAWSKI, A. R. MIGUEL, *Rationales for Precedent*, in N. MACCORMICK, R. S. SUMMERS (a cura di), *Interpreting Precedents: a Comparative Study*, Aldershot, 1997, p. 482.

Di conseguenza, i giudici dovevano *obbedire alla legge*, dovevano decidere i casi proprio in base alla legge, e le loro decisioni dovevano essere sempre motivate, con esplicito riferimento alla legge. I giudici erano visti come esseri inanimati, che agivano come se fossero «la bocca della legge». Le teorie deduttive erano in grado di spiegare le decisioni giudiziarie come se fossero il risultato di un ragionamento assolutamente logico: legge + fatti = decisione.

Questa concezione rigida era in parte il risultato di una profonda sfiducia nutrita dalla borghesia nei confronti dei giudici. Esisteva una profonda convinzione che la volontà del popolo fosse effettivamente riflessa nella legge e, pertanto, si riteneva che questa dovesse essere rispettata alla lettera. Se le decisioni giudiziarie fossero state basate sulla legge, si sarebbe garantito il rispetto della volontà del popolo. Si nota, quindi, che, attraverso un *atto razionale*, avvenuto in un certo momento storico, molto rilevante per la direzione che il diritto ha finito per prendere nei sistemi di *civil law*, si è cercato di contenere l'abuso di potere, che generava, ovviamente, un eccesso insopportabile di *arbitrarietà*, e che sopprimeva ogni possibilità di *stabilità e prevedibilità* nella vita sociale.

Il sistema precedente (*ancien régime*), che fu abolito dalla Rivoluzione Francese, conferiva molti privilegi alla nobiltà e al clero, i quali, ad esempio, non pagavano le tasse. D'altra parte, i giudici erano pericolosamente influenzabili dai potenti. Per questo motivo, era preferibile l'assoluta rigidità della legge alla libertà di interpretazione da parte dei giudici.

Durante il periodo rivoluzionario, molti governi avrebbero potuto prendere l'iniziativa di creare dei codici. Tuttavia, solo con Napoleone I fu pubblicato, nel 1804, il Codice Civile francese. La separazione dei poteri iniziò ad essere vista come un presupposto della concezione dello Stato di diritto. Ora, invece di un'unità, simboleggiata dal monarca, c'era una struttura complessa formata da forze interconnesse ed equilibrate¹¹.

Si stabilì una forte connessione tra la *legge scritta* e l'*uguaglianza*, e si arrivò a comprendere che quando la legge impera, l'uguaglianza è garantita. Al contrario, quando a prevalere è la volontà dell'uomo, si favorisce l'*arbitrarietà*¹². Infatti, l'*uguaglianza* era tra le idee principali stabilite dalla legislazione concepita durante il periodo rivoluzionario francese: *liberté, égalité et fraternité*. Queste idee si riflettevano nelle leggi scritte, e spettava ai tribunali applicare questa legge ai casi specifici, *senza mai formulare regole generali*.

Tuttavia, i cambiamenti della società moderna hanno imposto una visione diversa del diritto. Il mondo stabile, con una netta divisione delle classi sociali, in cui praticamente non esisteva mobilità e l'accesso alla giustizia era notevolmente limitato, ha gradualmente lasciato il posto a una società in cui i *cambiamenti* avvengono *molto rapidamente*, che include, consente e incentiva la *mobilità sociale*, il che finisce, in un certo senso, per generare una corrispondente

¹¹ T. S. FERRAZ JR., *Função Social da Dogmática Jurídica*. San Paolo, 1998, p. 67.

¹² N. BOBBIO, *Teoria Geral da Política*, Rio de Janeiro, 2000, p. 312-313.

modifica nella sfera dei *valori sociali*. D'altra parte, l'accesso alla giustizia, tradizionale sogno dei giuristi di *civil law*, è diventato realtà.

Questo quadro ha finito per produrre un aumento considerevole della complessità dei casi portati davanti al potere giudiziario. Questo fenomeno ha fatto sì che molti pensatori si rendessero conto che il *testo della legge* era diventato uno strumento insufficiente a risolvere tutti i problemi sottoposti al potere giudiziario, poiché i molteplici aspetti delle società contemporanee, insieme con il fatto che il potere giudiziario era diventato più accessibile, hanno costretto i giudici dei nostri tempi a decidere in base alle particolarità di ciascun caso. Questa nuova realtà ha anche generato uno stile diverso di redigere le disposizioni legali, che hanno iniziato a contenere concetti vaghi e clausole generali. Tutto ciò significa che, in qualche modo, deve esserci *flessibilità*.

In tale contesto, le decisioni non possono più essere considerate come il risultato dell'applicazione automatica della legge e del pensiero giuridico tradizionale, di natura logico-deduttiva, che si sono dimostrati incapaci di risolvere una parte significativa dei conflitti. In questo contesto, è evidente la necessità di risolvere due gravi problemi che, a nostro avviso, devono essere risolti senza compromettere gli obiettivi di stabilità e prevedibilità, che costituiscono il nucleo della funzione del diritto. Questi due problemi sono: (i) Quali parametri può utilizzare il giudice, oltre alla legge scritta, per risolvere i conflitti? (ii) Come evitare che il principio di uguaglianza davanti alla legge sia compromesso in modo indesiderato, di fronte ai risultati della possibile diversità delle decisioni, che possono essere generati dall'uso di parametri meno *sicuri* di quelli della legge scritta?

3. Il carattere vincolante dei precedenti nel sistema di *common law*

In questi sistemi, è evidente che il giudice non può *deludere* i cittadini. Questi ultimi non possono essere sorpresi da una decisione che non avrebbero mai potuto immaginare prima. La *prevedibilità* è inerente allo *Stato di diritto*, affermazione ripetuta spesso anche dai giuristi di *civil law*.

R. C. Van Caenegem menziona alcuni criteri che devono essere rispettati affinché un sistema giuridico *possa essere considerato "buono" (good law)*: le norme devono essere comprensibili e conoscibili. Egli osserva che difficilmente qualcuno potrebbe dissentire sul fatto che queste due caratteristiche siano necessarie affinché un sistema giuridico possa essere considerato *valido*. Le persone non possono essere «come cani che scoprono che qualcosa è proibito solo quando un bastone li colpisce sul naso»¹³.

¹³ R. C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators & Professors: Chapters in European Legal History: 1984-1985*, New York, 2006, p. 161.

L'obiettivo della *prevedibilità* è raggiunto nel sistema di *common law* attraverso la pratica di obbedire *ai precedenti*. Il comportamento dei cittadini deve conformarsi ai termini delle decisioni giudiziarie. Ciò riguarda le parti e il resto della società, che osserva le decisioni giudiziarie e adegua il proprio comportamento a quanto da esse stabilito¹⁴. Stabilità, uniformità e solidità¹⁵ sono condizioni necessarie all'esistenza della *prevedibilità*. In questo scenario, *l'uguaglianza* finisce naturalmente per essere tendenzialmente rispettata. E l'uguaglianza è uno dei fondamenti principali del sistema dei precedenti vincolanti.

Questa idea è molto presente nella dottrina tedesca, che utilizza l'espressione «principio della protezione»¹⁶. Il carattere vincolante dei precedenti è giustificato dalla necessità di *uguaglianza*, che si ottiene attraverso la selezione degli aspetti del caso da giudicare, aspetti che devono essere considerati rilevanti affinché quel caso sia considerato *simile* a un altro e sia deciso allo *stesso modo*. Tuttavia, come abbiamo già detto, non si deve pensare che nei paesi tradizionalmente noti come paesi di *common law* le norme derivino esclusivamente dai precedenti. Oggi, il diritto inglese e il diritto statunitense sono composti da due elementi principali: la *common law* (compresa *l'equità*) e la legge scritta. Pertanto, vi sono aree del diritto regolate dal tipico *common law* (*giurisprudenza*) e altre regolate dal diritto scritto (*statuto*).

In questo contesto duale, è molto importante sottolineare che il sistema dei precedenti vincolanti si applica nei paesi di *common law* anche quando il giudice decide sulla base della legge¹⁷. Pertanto, il giudice è tenuto ad adottare l'interpretazione della legge scelta dal giudice che ha deciso in precedenza un caso identico¹⁸.

L'espressione *common law* è attualmente utilizzata per rappresentare il netto contrasto esistente tra i sistemi di *civil law* e di *common law*. Questo contrasto significa che nei sistemi di *common law* il diritto è *creato dal giudice* (*judge-made law*) e, nei sistemi di *civil law*, chi crea il diritto è il potere legislativo. I precedenti sono vincolanti nei sistemi di *common law* in entrambi i casi, ovvero nei sistemi di *common law* i precedenti sono vincolanti sia nel campo delle decisioni in cui il giudice crea la norma, sia in quelle in cui il giudice applica la legge¹⁹.

L'Inghilterra non ha una Costituzione scritta, a differenza degli Stati Uniti. Si ritiene che la base della Costituzione inglese sia il *common law*, derivato principalmente dai precedenti e con l'incorporazione dei principi fondamentali di documenti come la Carta Magna (1215) e

¹⁴ L. A. ALEXANDER, E. L. SHERWIN, *Judges as Rule Makers*, in D. EDLIN (a cura di), *Common Law Theory*, New York, 2005, p. 2.

¹⁵ Gli inglesi usano molto la parola *consistency*, che in italiano si tradurrebbe con fermezza, solidità e, in un certo senso, compatibilità con altre regole esistenti.

¹⁶ R. ALEXY, R. DREIER, *Precedent in the Federal Republic of Germany*, in N. MACCORMICK, R. S. SUMMERS (a cura di), *Interpreting Precedents: a Comparative Study*, Aldershot, 1997, pp. 17-64, in particolare p. 19.

¹⁷ R. CROSS, J. W. HARRIS, *Precedent in English Law*, 4a ed., Oxford, 1991, p. 5.

¹⁸ A. L. GOODHART, *Precedent in English Law and Continental Law*, in *The Law Quarterly Review*, 1934, p. 41.

¹⁹ R. C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators & Professors: Chapters in European Legal History: 1984-1985*, New York, 2006, p. 44.

l'English Bill of Rights (1689)²⁰. Oggi, tuttavia, in Inghilterra esistono leggi scritte, anche sotto forma di codice, come ad esempio il Codice di procedura civile del 1998.

Il sistema dei precedenti vincolanti fa sì che i tribunali agiscano su due fronti: risolvono i conflitti, e questo riguarda il *passato*; e hanno il compito di *creare diritto*, stabilendo regole per il *futuro*. La prima funzione raggiunge un pubblico limitato: il convenuto e l'autore del reato. La seconda raggiunge un pubblico più ampio, che include l'opinione pubblica, i tribunali, i media, gli accademici e altri tribunali.²¹

Infine, è opportuno sottolineare che, in Inghilterra, un determinato tribunale non è tenuto a rispettare il precedente di un organo inferiore. Tuttavia, è prassi comune che le decisioni dei tribunali inferiori vengano rispettate, a meno che vi sia un motivo serio per non tenerne conto²². Fino a poco tempo fa, più precisamente fino al 1966, il sistema dei precedenti in Inghilterra era così rigido che la *House dei Lord*, che allora era l'organo supremo del potere giudiziario nel Regno Unito, non poteva modificare i propri precedenti. Era lo *stare decisis* nella sua versione più rigida: conservare le *rationes decidendi* dei casi precedenti. Questa espressione deriva dal latino: *stare decisis et non quieta movere*²³.

Si capisce che, poiché gli inglesi, nel puro *common law*, tradizionalmente non hanno leggi scritte né codici, c'è bisogno di una sorta di "fondamento" che generi certezze e questo "fondamento" consiste proprio della dottrina del precedente vincolante. Per questo motivo la *practice statement della House of Lords* del 1966 fu considerata una rivoluzione tecnica²⁴ e i conservatori non riuscivano a decidere se sostenere o meno la misura.

Allo stesso modo, è opportuno sottolineare che seguire i precedenti è anche una questione di *cultura*, perché in Inghilterra, anche se una *ratio* ha semplicemente valore persuasivo, verrà seguita, a meno che il giudice non abbia un motivo serio per non farlo. È opportuno sottolineare che tale livello di rigidità non esiste in tutti i paesi di *common law*. Allontanarsi da un precedente e crearne un altro al suo posto (*overruling*) è molto più comune negli Stati Uniti che in Inghilterra²⁵. Parte della dottrina osserva che, molte volte, il desiderio di trattare in modo identico i soggetti sottoposti a giudizio comporta un prezzo molto alto, poiché se il tribunale ha commesso un errore nel giudicare il caso A, si calcola che lo stesso errore debba essere ripetuto nel caso B²⁶.

²⁰ R. W. EMERSON, *Business Law*, 4a ed., New York, 2004, p.7.

²¹ D. DYZENHAUS, M. TAGGART, *Reasoned Decisions and Legal Theory*, in D. EDLIN (a cura di), *Common Law Theory*, New York, 2007, pp. 134-166, in particolare p. 146.

²² A. L. GOODHART, *Precedent in English Law and Continental Law*, in *The Law Quarterly Review*, 1934, p. 41-42.

²³ J. R. C. TUCCI, *Precedente Judicial como fonte do direito*, San Paolo, 2004, p. 160.

²⁴ R. CROSS, J. W. HARRIS, *Precedent in English Law*, 4a ed., Oxford, 1991, p. 107.

²⁵ *Ibid.*, p. 20.

²⁶ A. L. GOODHART, *Precedent in English Law and Continental Law*, in *The Law Quarterly Review*, 1934, p. 56.

4. La vincolatività della legge nei sistemi di *civil law* – la “creatività” dei giudici

I sistemi di *civil law* si basano quasi interamente sulla legge scritta, codificata o meno.

Nei sistemi di *civil law*, è attraverso la giurisprudenza che l'attività dei tribunali acquista forza e significato nel contesto della produzione normativa. Qui, il termine giurisprudenza è usato nel senso di *decisioni reiterate*, nello stesso senso, per un *periodo di tempo ragionevole*, sullo stesso tema. Infatti, tradizionalmente, la giurisprudenza consolidata di un tribunale viene presa in considerazione dallo stesso tribunale quando decide casi successivi, dagli avvocati per formulare richieste dinanzi alla magistratura e persino dalla dottrina. La giurisprudenza «è un fattore essenziale e decisivo nel contesto dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto»²⁷. Autori del rango di Michele Taruffo affermano che: la giurisprudenza costituisce il «contenuto effettivo del cosiddetto *diritto vivente*, che rappresenta, in molti casi, l'unico diritto di cui disponiamo – come, ad esempio, quando i giudici creano il diritto colmando le lacune – o il vero diritto di cui disponiamo – quando i giudici creano il diritto interpretando clausole generali o qualsiasi altro tipo di norma». Pertanto, ciò che distingue la giurisprudenza dai precedenti è che tale espressione è, in pratica, un *collettivo*: la distinzione tra precedente e giurisprudenza è quindi *quantitativa*. Un precedente è la decisione di *un caso*; la giurisprudenza riguarda una pluralità di decisioni su casi uguali o analoghi²⁸.

Tradizionalmente, nei paesi di *civil law*, la giurisprudenza consolidata è più importante di un precedente, anche se è proveniente da una Corte Suprema. Nulla impedisce, tuttavia, che vi siano precedenti vincolanti nei paesi di *civil law*, come nel caso del Brasile. Come si è visto all'inizio di questo saggio, ciò che distingue un *common lawyer* da un *civil lawyer* è la sua *forma mentis*.

I precedenti vincolanti, sebbene possano esistere, non costituiscono la caratteristica essenziale e strutturale del *common law*. Uno dei principi fondamentali di questo sistema è il principio di legalità o *Normgebundenheits Prinzip*. Questo principio stabilisce che i giudici devono decidere i casi in conformità con la legge scritta. Le decisioni devono essere sempre motivate, devono contenere un riferimento alla legge ed essere redatte in modo da persuadere la comunità giuridica, i membri della magistratura e i giuristi in generale.

La rigidità che si potrebbe credere di trovare nei sistemi di *civil law*, come una delle (loro) caratteristiche principali, ha un contrappeso che può generare un enorme squilibrio (come accadeva e accade ancora in Brasile): i giudici possono decidere in base alle proprie opinioni sul significato della legge. Inoltre, questa rigidità è ragionevolmente attenuata da alcune tecniche recentemente impiegate nella redazione delle leggi, che consistono nell'inclusione di *concetti* considerati *vaghi*, *indeterminati* o *aperti* e di *clausole generali*²⁹.

²⁷ M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007, p. 9.

²⁸ *Ibid.*, p. 12.

²⁹ A. L. GOODHART lo osservò e disse che «la flessibilità nei paesi di diritto civile può essere raggiunta se la legge è formulata in termini generali» (*Precedent in English Law and Continental Law*, in *The Law Quarterly Review*, 1934, p. 51).

Inoltre, sempre più spesso, i principi giuridici, formulati letteralmente con l'ausilio di espressioni volutamente vaghe, integrano i ragionamenti giuridici. Si vede quindi che i parametri su cui si basano attualmente le decisioni dei giudici nei sistemi di *civil law* sono molto meno sicuri e più flessibili di quelli che esistevano nel periodo rivoluzionario. Le leggi non sono più le stesse, i ragionamenti giuridici sono permeati da *principi giuridici* e il giudice può decidere in base alle proprie convinzioni. Questa è stata la versione che si è ritenuto opportuno adottare nei sistemi di *civil law*, affinché il diritto potesse assorbire e neutralizzare la già citata complessità delle società contemporanee.

Per questo motivo, oggi il principio di legalità non è più inteso come un eccessivo attaccamento alla lettera della legge. Attualmente si ritiene che la legge sia vincolante in base al modo in cui viene interpretata dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalente. Ciò significa che non è necessario che la legge sia sempre compresa e rispettata nel suo senso letterale³⁰. Si comprende quindi che, nell'interpretare, il giudice può, in un certo senso, creare diritto.

A nostro avviso, ciò può avvenire senza compromettere lo Stato di diritto. L'attività creativa del giudice emerge chiaramente quando questi decide sulla base di concetti vaghi, poiché “scopre” uno dei possibili significati dell'espressione utilizzata dalla legge, “riempiendo” un concetto aperto. Un buon esempio nel diritto brasiliano è il significato dell'espressione *famiglia*, ai fini dell'applicazione della Legge 8009, promulgata nel 1990, che prevede l'impossibilità di pignorare i «beni di famiglia». I tribunali ritengono, e tale interpretazione è stata confermata da una sentenza della Corte Superiore di Giustizia³¹, che tale espressione comprenda diverse situazioni, come quella del nipote che vive con i nonni, del nipote che vive con gli zii e persino di chi vive da solo³².

Basandosi su principi giuridici, la giurisprudenza ha dato origine, ad esempio, ispirandosi al diritto straniero, alla teoria della *non considerazione della persona giuridica* (*disregard doctrine*), allontanandosi dalla regola della separazione integrale delle personalità giuridiche dei soci e delle società che questi compongono.

³⁰ W. HASSEMER, *O sistema do direito e a Codificação: a vinculação do juiz à lei*, in *Revista da Faculdade de Direito da PUC/RS*, 1985, p. 28.

³¹ STJ – Superior Tribunal de Justiça.

³² Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 182.223/SP, Corte Speciale, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Relator para sentença Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 06.02.2002, DJ 07.04.2003, p. 209. Decisione 364 della STJ.

Sembra tanto evidente quanto inevitabile che vi sia un certo *effetto sorpresa* nel momento in cui si verificano queste innovazioni³³. Questo effetto può essere neutralizzato dal *prospective overruling* (modulazione – art. 927, § 3º, CPC). Tuttavia, questo effetto sorpresa è attenuato e scompare effettivamente quando diventa la regola che i tribunali decidano in questo modo, quei casi - *allo stesso modo*.

Affinché la possibilità che il giudice partecipi effettivamente alla creazione del diritto *non comprometta* lo Stato di diritto, violando l'isonomia e impedendo la prevedibilità, è necessario che la giurisprudenza dei tribunali superiori sia rispettata e che rimanga stabile, modificandosi solo quando il sistema lo consente.

Il sistema lo consente quando si tratta di casi considerati difficili, i cosiddetti *hard cases*, in cui si desidera che il giudice eserciti la propria creatività. Questi casi sono quelli la cui soluzione non è chiara nel sistema (perché non è evidente che la situazione sia contemplata da quanto stabilito dalla legge) o la cui soluzione non è stata formulata nel sistema e, pertanto, deve essere interamente creata, sulla base, ad esempio, di principi giuridici. La costituzionalità dei posti riservati ai gruppi razziali nelle università brasiliane ne è un buon esempio. Rispettano l'uguaglianza? O enfatizzano la disuguaglianza? Significano discriminazione inversa?

Quando si pensa alla prevedibilità come obiettivo auspicabile e che deve essere raggiunto dal diritto, ciò non significa che le parti siano sempre in grado di prevedere con precisione quale sarà la decisione del processo in cui si oppongono. Ma la decisione non deve essere tale da renderla impossibile da immaginare. Nei casi “facili” di tutti i giorni (come categoria diversa da quella dei *casi difficili*), il giudice non deve esercitare alcuna creatività. Se lo facesse, comprometterebbe lo Stato di diritto.

E quali sono i limiti di questa creatività? Indubbiamente risiedono nella necessità che il giudice sia neutrale, poiché decide in nome della società. È nei valori predominanti nella società (nell'*ethos* dominante) che egli cerca gli elementi per creare diritto, nei casi in cui gli è consentito³⁴.

³³ Tuttavia, esiste una circostanza in cui, nel sistema inglese, non è possibile evitare di cogliere di sorpresa il cittadino. Il cambiamento della norma, quando si abbandona un precedente e se ne crea un altro, ha effetto retroattivo (*retrospective effect*). Ciò significa che la parte viene giudicata in base alla regola vigente al momento del processo, indipendentemente dal fatto che il precedente esistente all'epoca del fatto fosse diverso. Quando il giudice crea diritto, stabilendo un nuovo precedente, la parte soccombente sarà “punita” non perché ha mancato di adempiere a un dovere che aveva, ma perché ha mancato di adempiere a un dovere creato dopo il verificarsi della sua condotta (cfr. R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge, 1978, p. 84). Va osservato che, negli Stati Uniti, il giudice, quando crea un nuovo precedente, può determinare se i suoi effetti debbano essere retroattivi o debbano prodursi da quel momento in poi (cfr. R. CROSS, J. W. HARRIS, *Precedent in English Law*, 4a ed., Oxford, 1991, p. 229-230), analogamente a quanto avviene con l'azione dichiarativa di incostituzionalità in Brasile (articolo 27 della Legge 9.868/1999).

³⁴ J. BELL, *Policy Arguments in Judicial Decisions*, Oxford, 1985, p. 5.

Affinché sia preservato il principio di uguaglianza, è necessario che vi sia un unico modello di comportamento per tutti i soggetti sottoposti alla giurisdizione. È interessante notare che il raggiungimento dell'uguaglianza è l'obiettivo sia dei sistemi di *civil law* che di *common law*. Nei sistemi di *civil law*, il modello di comportamento dei soggetti sottoposti alla giurisdizione, come abbiamo visto, non è esclusivamente nella lettera della legge. È nella legge, secondo la «comprensione» della dottrina e dei tribunali. Accettare, in modo illimitato, che il giudice abbia la libertà di decidere «secondo la propria convinzione», *equivale a dire che esistono diversi modelli di comportamento (eventualmente incompatibili) per i soggetti sottoposti al giudizio*. Quindi tutto dipende dal giudice e dal tribunale che ha deciso il caso specifico? O dalla giuria? O dal gruppo? La sistematica mancanza di rispetto ai precedenti compromette lo Stato di diritto, nella misura in cui tutto può accadere come se esistessero diverse “leggi” a regolare lo stesso comportamento: un clima di completa instabilità e assoluta assenza di prevedibilità. Nei sistemi di *civil law*, di regola, i precedenti cominciano a guadagnarsi il rispetto dal momento in cui costituiscono una giurisprudenza predominante, o quando si tratta di un *caso di riferimento*.

Nei sistemi di *civil law*, quindi, la funzione principale dei precedenti è quella di indicare la corretta interpretazione della legge (sono *precedenti interpretativi*), generando così prevedibilità e uguaglianza.

Ciò che si desidera sottolineare con insistenza e con grande veemenza è che, se da un lato è indesiderata la *discrepanza* tra i tribunali sul modo di decidere una stessa questione, dall'altro non è nemmeno opportuno che i tribunali, semplicemente e sorprendentemente, *cambino* posizione; ci sono dei requisiti che devono essere soddisfatti affinché, in accordo con il sistema giuridico, sia possibile abbandonare una linea giurisprudenziale ferma e costante di un tribunale, soprattutto quando si tratta di un tribunale superiore, come, ad esempio, un significativo mutamento dei valori morali di una società oppure un importante progresso in un determinato ambito dello sviluppo scientifico. Entrambe queste circostanze possono rendere necessario il superamento di un precedente orientamento giurisprudenziale.

La discrepanza nella giurisprudenza è in un certo senso inevitabile e “prevedibile”, poiché i parametri sono in realtà meno sicuri. Osserviamo che tali parametri, essendo più flessibili e quindi meno sicuri, hanno la potenzialità di generare decisioni estremamente diverse tra loro, per casi sostanzialmente identici.

Questo fenomeno rende il sistema, insopportabilmente fluido e privo di coesione, generando una situazione di assoluta imprevedibilità e, di conseguenza, di totale insicurezza per i cittadini. La cosa più importante da comprendere in tutto questo contesto è che la libertà concessa dal sistema giuridico, come ad esempio, con l'uso di un concetto vago, *non è destinata al singolo giudice, ma al potere giudiziario nel suo complesso*.

Evidentemente, questa libertà non può essere intesa come una libertà che consente a *ciascun giudice* di adattare il diritto al caso concreto a *modo suo*. In altre parole, questa libertà è generata dal sistema affinché il potere giudiziario nel suo complesso adatti il diritto ai cambiamenti della società o ai cambiamenti dei casi concreti, nel rispetto del principio di uguaglianza.

La dispersione della giurisprudenza, frutto di diverse cause, è davvero un paradosso, nella misura esatta in cui i sistemi di *civil law* sono stati concepiti da un atto razionale specificamente destinato a contenere gli abusi; sono stati strutturati e modellati per generare sicurezza, prevedibilità e rispetto dell'uguaglianza. Allora: a cosa serve avere un'unica legge con diverse interpretazioni possibili? Ci saranno tante linee guida di comportamento quante sono le interpretazioni. Sottolineiamo che sarebbe come se ci fossero *varie leggi* che disciplinano la stessa situazione.

5. L'instaurazione del caos – Disomogeneità della giurisprudenza e instabilità

In Brasile, per una serie di ragioni, la disomogeneità della giurisprudenza ha raggiunto un livello inaccettabile. Tra queste ragioni vi sono il fatto che siamo un paese di dimensioni continentali, abbiamo più di 90 tribunali e profonde differenze culturali. Il livello di giudizializzazione dei conflitti in Brasile è altissimo: abbiamo più di 90 milioni di cause in corso nel paese (anno 2025).

D'altra parte, la giurisprudenza cambia con una frequenza indesiderata. Anche i tribunali la cui funzione è quella di dire l'ultima parola sul diritto – diritto federale (STJ) e costituzionale federale (STF) – non riescono a mantenere stabile la loro giurisprudenza.

Ci mancano quindi uniformità e stabilità. L'assenza di queste due caratteristiche genera un elevato grado di incertezza giuridica, che interferisce, com'è naturale, anche con lo sviluppo economico del Paese.

Questa situazione ha portato il legislatore del Codice di Procedura Civile del 2015 a conferire alla giurisprudenza e alle *súmulas*³⁵ un valore che non avevano mai avuto prima in Brasile e a creare *precedenti vincolanti*.

³⁵ Le *súmulas*, che possono essere vincolanti oppure no, sono enunciati normativi, generalmente brevi, che riassumono un orientamento giurisprudenziale consolidato, costantemente seguito con riferimento a una determinata questione giuridica. Le *súmulas* vincolanti esistenti in Brasile possono essere emanate esclusivamente dal Supremo Tribunale Federale. Esse sono state introdotte nell'ordinamento nel 2004.

6. Precedenti vincolanti in Brasile – Alcune considerazioni

La soluzione più importante trovata dal diritto brasiliano, come già menzionato in precedenza, introdotta nell'ordinamento giuridico dal Codice di Procedura Civile del 2015, è stata la creazione di precedenti vincolanti.

Indubbiamente, la necessità di certezza è la principale ragione che determina la necessità di rispettare i precedenti³⁶. L'assenza di tale rispetto genera la possibilità che il sistema degeneri in una «*wilderness of individual and unconnected instances*» (una giungla di casi individuali e scollegati tra loro)³⁷.

Nei sistemi di leggi codificate, uno dei motivi più evidenti per cui vengono seguiti i “precedenti interpretativi” è che non è sufficiente avere lo stesso *corpus* di norme scritte affinché sia rispettato il principio di uguaglianza, ma è necessario che esse siano applicate *con la stessa interpretazione* in tutte le regioni del Paese³⁸. Come abbiamo detto, ci sono diverse ragioni alla base della tendenza alla dispersione della giurisprudenza. Viviamo in un Paese di dimensioni continentali e il potere giudiziario in Brasile non è centralizzato.

Michele Taruffo dimostra che la struttura del potere giudiziario può influenzare profondamente la situazione di dispersione o di rispetto dei precedenti. Tutto può essere più semplice nei sistemi non federali, in cui i tribunali sono organizzati in una dimensione semplice. Le organizzazioni possono essere compatte o diversificate. Taruffo cita la Norvegia come esempio di organizzazione compatta e la Francia come organizzazione diversificata³⁹. In definitiva, più complessa è la struttura del potere giudiziario, più difficile è garantire uniformità e certezza.

D'altra parte, ci sono differenze tra i giudici, in quanto esseri umani, per quanto riguarda gli orientamenti politici: sicuramente ci sono decisioni diverse per casi simili, e ciascuno dei giudici che le ha emesse ritiene di aver scelto la strada migliore. A volte non si nota la preoccupazione di neutralità e comprensione dell'*ethos* dominante. Altre volte, la necessità è percepibile, ma è difficile da realizzare.

Eduardo Oteiza sottolinea che la fragilità delle istituzioni in America Latina può essere una delle ragioni della mancanza di uniformità della giurisprudenza, oltre all'esistenza di un livello indesiderabile di povertà⁴⁰. Il modo in cui i giudici vengono reclutati nel sistema di *common*

³⁶ A. L. GOODHART, *Precedent in English Law and Continental Law*, in *The Law Quarterly Review*, 1934, p. 58, nostri sottolineati.

³⁷ *Ibid.*, p. 53. Abbiamo mantenuto la frase nella lingua originale, l'inglese, poiché si tratta di un'espressione di forte impatto: in una selva (= caotica) serie di decisioni individuali senza alcun collegamento tra loro.

³⁸ Z. BANKOWSKI, N. MACCORMICK, L. MORAWSKI, A. R. MIGUEL, *Rationales for Precedent*, in N. MACCORMICK, R. S. SUMMERS (a cura di), *Interpreting Precedents: a Comparative Study*, Aldershot, 1997, p. 486.

³⁹ M. TARUFFO, *Institutional Factors Influencing Precedents*, in N. MACCORMICK, R. S. SUMMERS (a cura di), *Interpreting Precedents: a Comparative Study*, Aldershot, 1997, p. 440.

⁴⁰ E. OTEIZA, *El Problema de la Uniformidad de la Jurisprudencia en Latinoamérica*, in *Rivista Iberoamericana di Diritto Processuale*, 2007, p. 158 ss.

law è anche una delle ragioni del maggiore rispetto che la società nutre nei loro confronti. Essi vengono scelti tra un gruppo di professionisti con esperienza, al contrario di quanto avviene nei sistemi di *civil law*.

Pensiamo anche che il fatto che la divisione tra passato e presente sia meno netta in Inghilterra faccia sì che si rendano omaggi naturali ai precedenti del passato. Il *common law* è nato con una rottura e in Brasile, in particolare, l'insoddisfazione per il presente fa nascere in tutti la necessità di *riforme*. A nostro avviso, questo stato d'animo influenza la mancanza di rispetto per le decisioni precedenti.

Sebbene, a nostro avviso, nei sistemi di *civil law* sia implicita la necessità che i precedenti delle Corti Superiori siano rispettati, necessità che si riflette nella figura di un triangolo che rappresenta il Potere Giudiziario, in Brasile questo fenomeno non si verifica con la frequenza che sarebbe necessaria. È necessario che la popolazione possa fidarsi delle decisioni delle Corti Superiori, delle loro dichiarazioni, anche quando non sono vincolanti. Lo stesso vale per i sentimenti che le decisioni della Corte Suprema di Giustizia devono ispirare al cittadino (che si trova davanti alla giustizia). Deve esserci una giurisprudenza ferma *dei tribunali*, e non *personale*, (da parte) di ciascuno dei suoi giudici.

È necessario abbandonare la concezione cinica secondo cui il giudice di *civil law* non crea diritto, poiché lo crea, perché oggi è inevitabile. Il giudice lo fa interpretando un *concetto indeterminato*, riconoscendo nel mondo empirico situazioni che rientrano in una *clausola generale* o decidendo sulla base di principi, in assenza di una previsione legale espressa. Ma questa libertà appartiene al *potere giudiziario* e non al giudice. Una volta stabilita la regola, essa deve essere rispettata e applicata a tutti i casi simili, pena l'intollerabile violazione del principio di uguaglianza davanti alla legge. Poiché ciò non avviene spontaneamente, il legislatore del Codice di Procedura Civile del 2015 ha reso "obbligatorio" tale rispetto, trasformando in diritto cogente ciò che dovrebbe avvenire naturalmente.

Quindi, la domanda che sorge spontanea è la seguente: cosa rende i casi uguali⁴¹?

⁴¹ Theodore M. Benditt afferma: «Ma cosa rende simili i casi? Si utilizzano dei principi per determinare quali aspetti di un caso siano rilevanti al fine di stabilire come devono essere trattate le parti e, quindi, per determinare cosa c'è di simile e di diverso tra i casi». (*The Rule of Precedent*, in L. GOLDSTEIN (a cura di), *Precedent in Law*, Oxford, 1987, pp. 89-106, in particolare p. 90). Per illustrare la difficoltà di stabilire i fatti che sarebbero realmente rilevanti per un precedente, nei casi in cui il vincolo è dato dalla *ratio*, è opportuno citare l'esempio *Donoghue v. Stevenson* [1932] A. C. 532. I fatti alla base di questa decisione erano i seguenti: una vedova si trovava con un'amica in un bar a Paisley, in Scozia, e quest'ultima le comprò una *bevanda ghiacciata*, che le fu servita dal proprietario. Questi mise il gelato in un bicchiere e gli versò sopra il contenuto di una bottiglia opaca di *ginger beer*. Poco dopo, la vedova versò sul gelato ciò che restava nella bottiglia e vide che c'erano i resti di un serpente in decomposizione. Rimase scioccata e subito dopo ebbe un'intossicazione alimentare. Per questo motivo, citò in giudizio il produttore, la Stevenson & CO. Si sostenne che non esisteva alcun contratto tra la vedova (la signora Donoghue) e la ditta, e che quest'ultima non era responsabile nei suoi confronti per alcun difetto del prodotto. Tuttavia, la *Camera dei Lord* ritenne che l'azienda dovesse rispondere, perché aveva il *dovere di prestare ragionevole attenzione* nella preparazione e nell'imbottigliamento della bevanda. [«Gli inglesi preferiscono affrontare il concetto di *dovere* piuttosto che quello di diritti

Affinché i casi siano uguali, devono essere identici o possono essere solo simili?

Esistono tecniche di uniformazione della giurisprudenza che presuppongono *l'assoluta e integrale identità* delle situazioni: i fatti e la questione giuridica, *in senso stretto*, sono assolutamente uguali. Queste tecniche sono state concepite per risolvere o minimizzare un problema tipicamente brasiliano, ovvero il *contenzioso di massa*, che coinvolge casi identici. Presuppongono l'identità del quadro fattuale, ma non *considerato integralmente*: tra i fatti, quelli ritenuti rilevanti dal diritto per l'incidenza (o meno) della conseguenza oggetto di discussione. Sarebbero quindi *identici* i tratti scelti dal legislatore come essenziali per l'ipotesi di incidenza della conseguenza. Si tratta di casi che possono essere trattati collettivamente, nel contenzioso di massa. Un buon esempio è la discussione che può verificarsi in migliaia di azioni individuali o collettive, sulla nullità di una certa clausola sempre o molto spesso presente nei contratti stipulati con istituzioni finanziarie. È ciò che in Brasile viene definito *casi ripetitivi*.

Tuttavia, possono anche essere considerati “uguali” dal diritto brasiliano, casi analoghi dal punto di vista fattuale, sufficientemente simili da dover essere decisi allo stesso modo, pena la creazione di disarmonia nel sistema, mancanza di unità e coesione nel diritto. Il vincolo dei precedenti, in questi casi, comporta meccanismi di ragionamento molto più sottili, poiché ciò che accomuna i casi non è altro che un nucleo piccolo, ma *fortemente significativo*, attorno al quale possono ruotare *fatti completamente diversi*.

Il diritto contemporaneo si è aperto alla società, in modo da inglobarla nella sua complessità. I sistemi, come abbiamo detto prima, sono dotati di regole flessibili, che contengono concetti vaghi, clausole generali, e i principi giuridici sono sempre più presenti nel ragionamento giuridico.

(rights). E si sentono più a loro agio a parlare di *rimedi (remedies)* che di *diritti (rights)*» (P. S. ATIYAH, *Pragmatism and Theory in English Law*, Londra, 1987, p. 21)].

Cosa è rimasto (stabilito da) di questo caso: un produttore di beni ha il dovere di prendere precauzioni per non causare danni (= *duty of care*) al consumatore finale. Quindi, si noti che il fatto che si trattasse della produzione di bevande, che si trattasse di bottiglie opache, che la bevanda fosse stata consumata in un bar, sono stati tutti ignorati come fatti essenziali integranti della decisione. In altre parole, se fossero stati altri, la decisione sarebbe stata la stessa.

Quanto sarebbe stato rilevante, ci si potrebbe chiedere, che qualcuno avesse avuto l'opportunità di ispezionare e verificare la sicurezza d'uso dell'articolo in questione? E sarebbe stato rilevante il fatto che si trattasse di una riparazione e non di una produzione? Molte di queste questioni sono state sollevate in casi successivi, in cui si è discusso se il precedente *Donoghue v. Stevenson* dovesse essere applicato. (G. MARSHAL, *What is binding in a Precedent*, in N. MACCORMICK, R. S. SUMMERS (a cura di), *Interpreting Precedents: a Comparative Study*, Aldershot, 1997, pp. 503-517, in particolare p. 505).

Questo precedente è stato applicato a un caso in cui l'attore chiedeva un risarcimento a seguito della caduta di un ascensore. Il proprietario dell'edificio aveva incaricato una società di ingegneri di riparare l'ascensore e la caduta era avvenuta a causa di una riparazione mal eseguita. La regola generale del caso *Donoghue* è stata applicata a questo caso (*Haseldine v. Daw*) anche se avrebbe potuto esserci una *distinzione*, dato che i convenuti non erano produttori, ma avevano semplicemente riparato l'ascensore. Inoltre, dopo la riparazione avrebbe potuto essere effettuata un'ispezione, cosa che nel caso *Donoghue* non sarebbe stata possibile, poiché la bottiglia era opaca (*Haseldine v. Daw* [1941] 2KB 343).

Questi parametri più nebulosi compromettono la prevedibilità e possono arrivare a rendere impraticabile la forma sistematica del diritto, idea tanto cara alla visione del diritto nei paesi di *civil law*.

Per questo motivo, anche in Brasile i precedenti sono vincolanti per la *ratio decidendi*, che è adeguata ai casi che non possono essere trattati collettivamente perché non *identici*. È da questo metodo più raffinato di interpretazione delle decisioni che si estrae il *nucleo*, come fanno i popoli di *common law*.

Sapere *quando* i casi sono uguali, o determinare *quali criteri* dovrebbero farci considerare uguali determinati casi, è un problema che si pone in modo acuto, proprio quando si pensa al vincolo dei precedenti non come metodo per risolvere problemi legati al contenzioso di massa, ma per *identità essenziale*, per il *nucleo*, per la *holding*, per la *ratio*. Questo tipo di collegamento deve avvenire quando i tribunali decidono i conflitti sulla base di standard flessibili di decidibilità, come ad esempio concetti vaghi, principi giuridici o clausole generali.

È una forma di collegamento che parte dall'identificazione delle situazioni attraverso un metodo che si avvicina notevolmente a quello utilizzato nei paesi di *common law* quando si interpreta un precedente: cercare la *ratio decidendi*. Abbiamo visto che in questi paesi il giudice crea il diritto, *crea la regola*. Ora, è innegabile che quando il giudice brasiliano applica a un caso concreto la norma che contiene, ad esempio, la previsione della *funzione sociale della proprietà*, anche questo giudice, in una certa misura, sta *creando* diritto, "riempiendo" la norma già esistente con le peculiarità della situazione fattuale alla base della decisione.

Ma, in realtà, trovare la *ratio* è un processo raffinato che porta a stabilire *l'essenza* dei casi, consentendo di metterli a confronto e di decidere allo stesso modo, quando i fatti non sono uguali⁴².

Più un sistema è attrezzato per riconoscere *l'identità essenziale* tra casi i cui fatti non sono assolutamente identici, più il sistema sarà armonioso e maggiore sarà la prevedibilità che si otterrà.

⁴² Mantenere la coesione e la coerenza, e non risolvere o gestire contenziosi di massa, è l'obiettivo del collegamento *tramite la ratio*: «la tecnica del precedente non ha come obiettivo la riduzione di procedimenti identici nella struttura dell'amministrazione della giustizia civile, al fine di rendere più efficiente la gestione dei contenziosi ripetitivi. Naturalmente questo effetto può e deve essere raggiunto con l'uso della tecnica del precedente, ma come conseguenza di questo sistema e non come causa che lo fonda. La giustificazione del precedente, come già detto più volte, sta nell'offrire razionalità all'attività decisionale e, di conseguenza, legittimità al potere giudiziario nell'esercizio della giurisdizione, che in questo scenario assume natura creativa e reattiva. In altre parole, non è importante il carattere ripetitivo della domanda; è sufficiente un solo caso per l'uso del precedente, anche se la sua possibilità di universalizzazione è minima. Questo perché ciò che ci si aspetta da questa tecnica è la garanzia della correttezza formale attraverso la giustificazione razionale della decisione, che consente uno sviluppo coerente ed egualitario del diritto» (S. C. ARENHART, P. P. PEREIRA, *Precedentes e casos repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa?*, in I. W. SARLET, M. F. JOBIM (a cura di), *Precedentes judiciais: diálogos transnacionais*, Florianópolis, 2018, p. 169 e ss.).

Anche i casi che coinvolgono fatti più complessi, quelli che non si ripetono in modo identico sul piano empirico, possono essere ridotti a un elevato grado di astrazione, che è proprio ciò che consente l'identificazione e il successivo collegamento tramite la *ratio*.

Si pensi, ad esempio, alla discussione sulla responsabilità dello Stato in caso di morte di un detenuto all'interno di un istituto penitenziario. È evidente che non è possibile decidere, in teoria, se la responsabilità sia (sempre) dello Stato o non sia (mai) dello Stato. Non si tratta di una risposta *sì* o *no*. Diverso è il caso quando si tratta di stabilire se una determinata clausola contrattuale (esempio sopra riportato), spesso presente nei contratti bancari, sia nulla o meno. Si tratta di un caso tipicamente “binario”.

Tuttavia, in entrambe le situazioni, le Corti Superiori brasiliane hanno redatto *delle tesi*, figura che assomiglia alle massime della Corte di Cassazione italiana. Sono brevi enunciati in “stile normativo”, che sono serviti da base per molte decisioni, come se queste tesi fossero il precedente stesso. Se questo comportamento determina pochi problemi quando si tratta di *casi identici* (quello che ha generato il precedente e quello che sarà giudicato), quando i casi sono complessi e analoghi, l'uso delle *tesi* genera conseguenze disastrose.

La redazione di queste tesi in tutti i casi è una conseguenza della *forma mentis dell'avvocato di civil law*, concetto a cui abbiamo accennato al punto 1 di questo saggio. L'avvocato, il giudice, il pubblico ministero... ecc. nei sistemi di *civil law* sono abituati a trattare enunciati normativi ed è più facile identificare il precedente con una *tesi* più breve e che “assomiglia a un testo di legge” piuttosto che vedere nella decisione stessa e nella sua *ratio* il precedente.

Il Codice di Procedura Civile del 2015 ha creato cinque ipotesi di precedenti vincolanti in senso *stretto*. Si tratta delle decisioni che giudicano:

- a e b) ricorsi ripetitivi, speciali e straordinari;
- c) incidenti di risoluzione di richieste ripetitive;
- d) incidenti di assunzione di competenza;
- e) ricorso straordinario nel regime di ripercussione generale.

A nostro avviso, non vi è dubbio che la *tesi* abbia un ruolo rilevante nei casi ripetitivi⁴³. Si tratta di istituti che hanno tra i loro obiettivi quello di gestire il *contenzioso di massa* e che trattano casi identici dal punto di vista giuridico⁴⁴.

L'espressione *tesi giuridica* compare più volte nel Codice di Procedura Civile, ad esempio negli articoli 12, § 2, II; 927; 955; 976; 978; 979; 984; 985; 986; 987; 988; 1022; 1038; 1039 e 1040. Tuttavia, sebbene questa sia la forma tipica di vincolatività dei precedenti "alla brasiliana", è necessario tener presente che è sempre la *ratio* a vincolare, essendo la *tesi* utile soltanto in alcune circostanze specifiche.

7. L'importanza del nuovo ruolo delle Corti Superiori nel *civil law*, in particolare in Brasile – L'interpretazione

La consapevolezza che il potere giudiziario svolge una funzione rilevante nella costruzione del diritto, avendo un ruolo realmente creativo in molte circostanze, tema strettamente legato ai precedenti vincolanti, ci porta a riconoscere che le Corti Superiori hanno, al giorno d'oggi, una nuova funzione.

Il giudice ha modificato la sua funzione nel corso del tempo, passando dall'essere un mero applicatore della legge ai fatti, in modo quasi automatico, a essere, in una certa misura, *un creatore* di norme giuridiche. In altre parole, nel corso della storia si è compreso che il potere giudiziario ha iniziato a partecipare attivamente alla costruzione del diritto stesso (come si è visto al punto 4 di questo saggio).

Ciò perché, come abbiamo visto al punto 4, le società sono diventate più complesse; il diritto ha rivelato la sua vocazione a disciplinare la vita sociale *in modo sempre più ampio*; sono

⁴³ Riferendosi all'IRDR, Sérgio Cruz Arenhart e Paula Pessoa Pereira affermano: «Pertanto, non è necessario analizzare i fatti, poiché il diritto può essere individuato solo esaminando 'in astratto' la regola da applicare. Di fronte a ciò, queste tecniche si preoccupano proprio di astrarre (e rendere irrilevanti) i fatti di ciascun caso, consentendo, *in anticipo*, la creazione di una *tesi*, che deve essere obbligatoriamente applicata da tutti gli altri organi giurisdizionali. Non occorre molto sforzo per notare la distanza da ciò rispetto alla logica che presiede al sistema dei precedenti anglo-americani.

Si prenda ad esempio l'incidente di risoluzione delle richieste ripetitive. Di fronte all'esistenza di ripetizioni di procedimenti che contengono la stessa controversia su una questione di diritto, che può comportare un rischio per l'isonomia e la certezza del diritto (art. 976), è autorizzata la provocazione di tale incidente, che trasferirà al *tribunale di revisione* la decisione sulla questione ripetitiva. Una volta che la questione è stata decisa da tale tribunale, la soluzione ivi adottata diventa vincolante per tutti i giudici subordinati alla giurisdizione del tribunale; e, in caso di ricorso a un tribunale superiore, la decisione allora presa sul merito della questione si estende, con lo stesso grado di vincolatività, a tutto il territorio nazionale (artt. 985 e 987, CPC)» (S. C. ARENHART, P. P. PEREIRA, *Precedentes e casos repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa?*, in I. W. SARLET, M. F. JOBIM (a cura di), *Precedentes judiciais: diálogos transnacionais*, Florianópolis, 2018, p. 169 ss.).

⁴⁴ Da qui la formulazione della tesi. Spiegano Sérgio Arenhart e Paula Pessoa Pereira: «L'incidente di risoluzione delle richieste ripetitive opera, come già visto, e come del resto è tipico di tutti gli strumenti simili previsti dal codice, una vera e propria astrazione dai fatti della causa» (S. C. ARENHART, P. P. PEREIRA, *Precedentes e casos repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa?*, in I. W. SARLET, M. F. JOBIM (a cura di), *Precedentes judiciais: diálogos transnacionais*, Florianópolis, 2018, p. 169 ss.).

cambiate le tecniche legislative e si è diffuso l'uso di un linguaggio aperto; inoltre, le Costituzioni sono diventate il centro degli ordinamenti giuridici, irradiando un'influenza basata sui principi a tutto il sistema.

Tutte queste considerazioni ci rimandano inevitabilmente *all'attività dei Tribunali Superiori*, come *luogo* in cui tutto ciò si rifletterebbe. È evidente che, di fronte a tutti questi cambiamenti, non sarebbe possibile per i Tribunali Superiori mantenere esattamente e precisamente le stesse funzioni che svolgevano al momento della loro creazione.

I nostri tribunali superiori non sono più solo tribunali di "controllo" della legalità o della costituzionalità delle decisioni degli altri organi del potere giudiziario.

È certo che la Corte di cassazione francese ha influenzato la struttura dei tribunali superiori dei paesi del continente europeo. Originariamente era stata concepita come organo di controllo delle decisioni giudiziarie, con l'obiettivo di indurre i giudici ad astenersi dalle loro "pretese decisionali" e a mantenere le loro decisioni entro i limiti della stretta legalità⁴⁵.

Si sa che la Corte di cassazione è nata come organo non facente parte del potere giudiziario, con il compito fondamentale di mettere a confronto il testo della legge con quello della decisione del giudice. Dal confronto tra questi due testi si sarebbe verificato se la decisione fosse corretta o meno⁴⁶. La funzione della Corte era quindi puramente di *controllo*.

Ciò che si voleva ottenere con l'attività della Corte di cassazione era, in realtà, mantenere i giudici al "loro posto". Pertanto, come riferiscono gli autori, non si considerava errata la decisione che interpretava un concetto vago, attribuendogli *uno* dei *possibili* significati: dopotutto, in quel caso non si rilevava alcuna "offesa" al potere legislativo⁴⁷.

Si riponeva nella legge, in cui si credeva fosse contenuta la volontà del popolo, tutta la fiducia possibile.

Con il passare dei secoli, la fiducia delle società ha iniziato a ruotare attorno alle Costituzioni. Diversi cambiamenti strettamente legati al tema centrale di questo saggio possono essere

⁴⁵ P. CALAMANDREI, *Opere Giuridiche v. VI – La cassazione Civile (Parte Prima)*, Roma, 2019, p. 391.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 381.

⁴⁷ Insegna Habscheid: «In seguito, si è passati a rifiutare il concettualismo basato sulla distinzione tra nozioni precise e nozioni vaghe. Ma la tendenza originaria della Corte a limitare il proprio controllo strettamente ai giudizi di merito è stata favorita da un'altra teoria, sviluppata principalmente da M. Chenon. Il punto di partenza di questa teoria è la distinzione tra nozioni giuridiche che hanno un significato preciso e determinato dalla legge e quelle che comportano una certa flessibilità di valutazione. Secondo questa teoria, i magistrati di cassazione non potrebbero controllare la legalità della qualificazione dei fatti se non nel primo caso. Per i concetti imprecisi, al contrario, si nega la possibilità di un'operazione logica: l'attribuzione della qualificazione è considerata come il risultato di una *valutazione morale* insieme all'insieme delle circostanze della causa; la qualificazione, in questo caso, è inseparabile dalla constatazione dei fatti e, di conseguenza, non suscettibile di controllo» (M. W. J. HABSCHEID, *Les cours supérieures en République Fédérale d'Allemagne et la distinction du fait et du droit devant les juridictions suprêmes en France et en Allemagne*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1968, p. 88; traduzione libera). Lo stesso vale per la Corte di Cassazione italiana, che non riteneva che le decisioni pronunciate sulla base di una "legge oscura" dovessero essere cassate (P. CALAMANDREI, *Opere Giuridiche v. VI – La cassazione Civile (Parte Prima)*, Roma, 2019, p. 426).

attribuiti alla trasformazione dello Stato Legislativo in Stato Costituzionale. Tutti, a nostro avviso, interconnessi.

I principi hanno acquisito rango normativo e si è cominciato a riconoscere che l'interpretazione non è *dichiarativa* – poiché non esiste un unico significato nel testo della legge che deve essere “scoperto” dall'interprete – ma *costitutiva*, poiché l'interprete *ricostruisce* il significato della norma scritta alla luce della realtà circostante. Questa caratteristica, allora percepita nell'attività interpretativa, si riflette evidentemente nella funzione delle Corti Superiori. Esse, come abbiamo detto, invece di essere solo tribunali di controllo, diventano gradualmente e visibilmente tribunali che, attraverso l'interpretazione, *partecipano attivamente alla creazione del significato delle norme e, quindi, alla creazione del diritto*⁴⁸.

Così, l'idea che il *diritto fosse la legge* e che questa dovesse essere applicata, se esistente e valida, ha ceduto il passo alla necessità che, prima di tutto, essa fosse conforme ai valori costituzionali. Il diritto ha iniziato ad essere visto dal punto di vista della Costituzione.

A questo proposito, è importante citare Paolo Grossi: «La vecchia mistica liberale della legge, la vecchia mistica che vede nel parlamento (cioè nell'organo normale di produzione della legge) una sorta di Zeus onnipotente e onnisciente, insomma la vecchia mistica statalista, cede il passo al nuovo protagonismo della società e dei suoi valori»⁴⁹.

Al potere giudiziario è stato chiesto di costruire un diritto che rispondesse in modo soddisfacente alle aspirazioni sociali.

I tribunali che si limitavano a controllare la correttezza/erroneità delle decisioni degli organi inferiori si sono trasformati in organi che, oltre che della decisione del caso, si occupano soprattutto di emettere decisioni *paradigmatiche*, che orientano la condotta dei giurisdizionali nel loro complesso: i precedenti.

⁴⁸ Si veda il testo didattico di Mitidiero: «Il primo cambiamento riguarda la teoria delle norme. Nello Stato Legislativo, si presumeva che ogni norma fosse sinonimo di regola. I principi erano intesi come fondamenti delle norme, ma mai come norme. Nello Stato costituzionale, la teoria delle norme si articola in tre grandi specie: le norme possono essere inquadrate in principi, regole e postulati. I principi acquisiscono forza normativa, vincolando i loro destinatari. Accanto ai principi e alle regole, si teorizza anche a partire da norme che mirano a disciplinare l'applicazione di altre norme: i postulati normativi. (...) La terza riguarda il significato dell'interpretazione giuridica e, in fondo, la comprensione stessa della natura del diritto. Si parte dal presupposto che l'attività giurisdizionale costituisca un'attività di ricostruzione del significato normativo delle proposizioni e delle affermazioni fattico-giuridiche, in considerazione del carattere non cognitivista e logico-argomentativo del diritto. (...)»

A partire da questo passaggio, il processo civile ha iniziato a rispondere non solo della necessità di risolvere casi concreti mediante l'emanazione di una decisione equa per le parti, ma anche della promozione dell'unità del diritto attraverso la formazione di precedenti. Da qui deriva che il processo civile nello Stato costituzionale ha la funzione di tutelare i diritti mediante l'emanazione di una decisione equa per il caso concreto e la formazione di un precedente per la promozione dell'unità del diritto per la società in generale» (D. MITIDIERO, *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, 4a ed., San Paolo, 2022, p. 19-22 - enfasi nostra).

⁴⁹ P. GROSSI, *Primeira lição sobre direito*, Rio de Janeiro, 2005.

Da tempo i nostri tribunali supremi hanno smesso di essere corti che si limitavano a controllare la legalità o la costituzionalità delle decisioni degli organi giurisdizionali inferiori, mettendo a confronto i due testi: quello del diritto positivo e quello della decisione impugnata.

Naturalmente questo processo di controllo esiste ancora, trattandosi di tribunali che giudicano *i ricorsi*, ma certamente non è questa la funzione più importante o principale di questi tribunali.

Nel controllare, essi interpretano. Ed è proprio questo il loro ruolo principale: interpretare il testo della legge vigente, *attribuendogli un significato* e, sulla base di tale significato, confermare o infirmare la decisione impugnata. La meccanicità del confronto tra i *testi della legge* e della decisione è impossibile da replicare al giorno d'oggi, data la diversità dei parametri interpretativi, derivanti in gran parte dalla pluralità e dalla complessità delle società stesse e dalle attuali caratteristiche del diritto.

Si tratta quindi, come abbiamo già detto, e su questo insistiamo, di Corti che partecipano attivamente e per eccellenza alla costruzione del diritto stesso.

L'adozione di filtri come la *ripercussione generale* (*Supremo Tribunal Federal*) e la *rilevanza* (*Superior Tribunal de Justiça*) è, a nostro avviso, strettamente correlata a questa nuova funzione prevalentemente paradigmatica delle Corti Superiori: decidere casi che, in base ad alcuni criteri, sono considerati rilevanti, al fine di contribuire, attraverso tali decisioni, alla costruzione del diritto stesso.

I tribunali superiori costruiscono il diritto, decidendo in modo da adeguare l'interpretazione della legge ai principi costituzionali fondamentali. Un esempio importante è il caso in cui la Corte Suprema Federale ha riconosciuto, nel 2019, il diritto delle persone *transgender* di cambiare il proprio nome e sesso nel registro civile⁵⁰.

Dal voto del Ministro Luiz Edson Fachin si estrae il seguente passaggio rilevante: «La soluzione alla presente questione giuridica deve passare, invariabilmente, attraverso il filtro della dignità della persona umana (art. 1, III, della CRFB) e della clausola materiale di apertura prevista dal § 2 dell'art. 5. In tal senso, il caso in esame trascende l'analisi della normatività infra-

⁵⁰ «AZIONE DIRETTA DI INCOSTITUZIONALITÀ. DIRITTO COSTITUZIONALE E REGISTRALE. PERSONA TRANSGENDER. MODIFICA DEL NOME E DEL SESSO NEL REGISTRO CIVILE. POSSIBILITÀ. DIRITTO AL NOME, AL RICONOSCIMENTO DELLA PERSONALITÀ GIURIDICA, ALLA LIBERTÀ PERSONALE, ALL'ONORE E ALLA DIGNITÀ. NON RICHIEDIBILITÀ DI INTERVENTI CHIRURGICI DI TRANSGENITALIZZAZIONE O DI TRATTAMENTI ORMONALI O PATOLOGIZZANTI. 1. Il diritto all'uguaglianza senza discriminazioni comprende l'identità o l'espressione di genere. 2. L'identità di genere è una manifestazione della personalità stessa dell'essere umano e, in quanto tale, spetta allo Stato solo il ruolo di riconoscerla, mai di costituirla. 3. La persona transgender che dimostri la propria identità di genere dissonante da quella che le è stata assegnata alla nascita mediante autoidentificazione confermata in una dichiarazione scritta della propria volontà ha il diritto fondamentale soggettivo di modificare il proprio nome e la classificazione di genere nel registro civile per via amministrativa o giudiziaria, indipendentemente da procedure chirurgiche e perizie di terzi, poiché si tratta di una questione relativa al diritto fondamentale al libero sviluppo della personalità. 4. Azione diretta giudicata fondata» (Supremo Tribunal Federal, ADI 4275, Tribunale Plenário, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para sentença Ministro, Edson Fachin, j. 01.03.2018, *DJe* 07.03.2019).

costituzionale che disciplina i registri pubblici, essendo meglio compreso e risolto alla luce dei diritti fondamentali, della loro efficacia orizzontale e dei diritti della personalità.

La Costituzione, nel suo art. 5, *caput*, stabilisce l'inviolabilità del diritto alla vita, alla libertà, all'uguaglianza, alla sicurezza e alla proprietà, mentre nei suoi commi si possono vedere garantiti: i) l'uguaglianza tra uomini e donne (comma I), nonché ii) l'inviolabilità dell'intimità, della vita privata, dell'onore e dell'immagine delle persone, garantito il diritto al risarcimento del danno materiale o morale derivante dalla sua violazione (comma X).

Come ho già affermato, tali disposizioni non possono essere lette separatamente dalla clausola di tutela generale della personalità fondata sul principio della dignità della persona umana, motto della ripersonalizzazione del diritto privato. Questo perché 'i diritti della personalità non si fondano sul dato astratto della personalità giuridica, ma sulla personalità come dato inerente al soggetto concreto' [...].

In virtù della clausola materiale di apertura prevista dal § 2 dell'art. 5 della CRFB, essi non possono essere considerati separatamente dalla prospettiva della prevalenza dei diritti umani, principio che regola anche le relazioni internazionali della Repubblica, come stabilito dall'art. 4, II, della CRFB. Quando si legge la clausola di uguaglianza tra uomini e donne prevista dalla Costituzione della Repubblica, non si possono trascurare i più svariati obblighi che il Brasile ha assunto in ambito internazionale in materia di tutela dei diritti umani».

Un altro buon esempio di interpretazione costruttiva del diritto è stata la decisione scaturita dalla discussione che ha avuto luogo in Brasile nel 2012 sulla possibilità di non considerare *reato* l'aborto di feti anencefalici. L'aborto è vietato in Brasile, tranne nei casi eccezionali stabiliti dalla legge, tra i quali non c'è il caso del feto anencefalico.

È ovvio che il semplice confronto tra i testi – quello della decisione e quello della legge – non sarebbe sufficiente a chiarire una questione così difficile. Non si tratta qui di un semplice aborto. L'invivibilità di un feto anencefalico era certamente uno dei fatti che dovevano essere dimostrati. Un altro era evidentemente il concetto stesso di vita: cosa definisce effettivamente la vita?

Molti gruppi sociali sono stati ascoltati come *amici curiae*, ad esempio la Chiesa cattolica, l'Associazione nazionale pro-famiglia e pro-vita, la Federazione brasiliana dei ginecologi, ecc.⁵¹ Questo esempio ci mostra anche che, al giorno d'oggi, è impossibile per una Corte, la cui funzione è quella di interpretare il testo del diritto positivo, ignorare i fatti. Di solito non si tratta di fatti relativi alla causa: sono fatti *legislativi* o fatti *costituzionali*.

In primo luogo, perché a volte una profonda comprensione della realtà è assolutamente necessaria per interpretare il testo della legge, ad esempio nel caso in cui sia necessario chiarire *fatti scientifici*.

⁵¹ Questa è stata l'ADPF 54, decisa il 12/04/2002.

In secondo luogo, perché la legge deve essere compresa e interpretata in accordo con l'*ethos dominante*, ovvero in accordo con gli standard dominanti che riguardano i valori *sociali e morali*⁵². Questi fatti non possono essere ignorati nemmeno dai tribunali superiori.

Il giudice crea attraverso l'interpretazione. Interpretare, come abbiamo già detto, non significa *scoprire l'unico* e vero significato della norma⁵³. In realtà, interpretare significa *ricostruire* il significato del testo.

È importante sottolineare con forza che l'uso della parola *ricostruzione* ha un significato e uno scopo molto chiari: non si può perdere di vista il fatto che *esiste già* una costruzione, realizzata dal legislatore, e il compito del giudice è quello di darle *continuità*: egli non “butta via” ciò che è già stato fatto.

Pertanto, è essenziale sottolineare che esiste un testo e che la *ricostruzione* del diritto deve essere effettuata *a partire da esso*. Ovviamente c'è almeno un embrione di significato che deve essere “elaborato” dal giudice. Egli non parte dal *nulla*.

Pertanto, l'interpretazione del testo normativo non può avere *un significato qualsiasi*⁵⁴.

I limiti dei risultati delle interpretazioni risiedono nei significati incorporati nell'uso linguistico comune dei termini utilizzati dal legislatore. Chiaramente, questa affermazione non ha il potere di risolvere tutti i problemi, allo stesso tempo interessanti e complessi, generati dalla necessità di valutare quando l'interprete si è spinto “troppo oltre”, trascurando completamente il testo interpretato: *costruendo* e *non ricostruendo*. Questo, a nostro avviso, è inaccettabile⁵⁵.

Il compito di ricostruire il diritto⁵⁶ deriva necessariamente dall'interpretazione dei *testi normativi*. Il significato della legge non è, come è comodo pensare, *scoperto* dall'interprete,

⁵² In questa linea di pensiero, osserva Luís Roberto Barroso: «La giurisdizione costituzionale acquista importanza proprio nei momenti in cui è necessario contrastare le maggioranze in nome dei valori fondamentali di una determinata società o addirittura del processo di civilizzazione» (*Prudências, ousadias e mudanças necessárias no STF*, in *Conjur*, Disponibile su: <https://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>, Accesso il: 02 mar. 2023).

⁵³ D. MITIDIERO, *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, 4a ed., San Paolo, 2022, p. 69.

⁵⁴ H. ÁVILA, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 15a ed., San Paolo, 2014, p. 53.

⁵⁵ Come osservano Georges Abboud e Gilmar Ferreira Mendes: «Non è stato per nessun altro motivo, infine, che abbiamo fatto ricorso qui all'ermeneutica integrativa che, come abbiamo già avuto modo di annotare, ‘rende possibile la ricostruzione ermeneutica dell'unità del diritto brasiliano estendendo l'incidenza del CPC, 489, § 1º alle altre aree del diritto’.

Bernd Rüthers insegna da tempo che il testo è fondamentale per l'attività interpretativa. Allo stesso tempo, non esiste interpretazione che non sia arricchimento dell'entità interpretata. Ogni comprensione del testo determina un'attività produttiva e non riproduttiva.

Esiste quindi una circolarità tra l'interpretazione – che arricchisce l'entità interpretata – e l'influenza che l'entità interpretata esercita sull'interprete. Tale circolarità dovrebbe contribuire al consolidamento dell'unità del diritto» (*Da monocratização à deferência ao plenário: um ensaio sobre os critérios para a concessão de medidas liminares no controle abstrato de constitucionalidade*, in *Revista de Processo*, 2021, p. 8).

⁵⁶ Nelle parole di Daniel Mitidiero: «In questo arco teorico, che va dalla determinazione preventiva – in cui l'interpretazione era vista come una dichiarazione statica del diritto preesistente – all'indeterminazione del diritto – in cui l'interpretazione è

ma *ricostruito*⁵⁷. Per questo alcuni sostengono che l'interpretazione della legge non sia dichiarativa, ma *costruttiva*⁵⁸.

I nostri tribunali superiori giudicano i ricorsi senza perdere di vista lo *jus litigatoris*, ma soprattutto rivolgono la loro attenzione allo *jus constitutionis*. Decidono sì il caso, ma tenendo sempre presente la loro funzione di decidere, in un certo senso, per tutta la società.

In questo senso – quello di essere Corti Supreme – si stanno muovendo i nostri due Tribunali di vertice.

È necessario osservare che negli ultimi tempi si è verificato in Brasile un certo abuso, consistente nel fatto che le Corti Superiori, in particolare la Corte Suprema Federale, hanno deciso varie volte su questioni che vanno oltre quelle contenute nei ricorsi. *Ciò è inaccettabile, poiché emettere sentenze che costituiscono precedenti vincolanti non è da confondersi con il legiferare.*

Si vede, quindi, che la linea di condotta del soggetto sottoposto alla giurisdizione è il risultato delle attività “interconnesse” del legislatore e del giudice – nel caso specifico, dei magistrati che decidono nelle Corti Superiori.

8. L'importanza della stabilità della giurisprudenza dei tribunali superiori - Il vincolo orizzontale

Le considerazioni strettamente legate alla nuova funzione dei tribunali superiori non possono esimersi dall'affrontare il tema molto rilevante della necessità di *stabilità di tali tribunali*. Il potere giudiziario svolge spesso un ruolo di primo piano nella storia *dell'evoluzione* del diritto. Tuttavia, uno dei suoi ruoli principali è anche quello di mantenere la *stabilità* della sua giurisprudenza, dei suoi precedenti vincolanti, delle sue sentenze, perché *garantire la certezza*

vista come una ricostruzione dinamica dell'ordine giuridico vigente – si aprono le prospettive appropriate non solo per *l'intreccio delle diverse tradizioni giuridiche che hanno come punto di confluenza la teoria dell'interpretazione*, ma anche per una teorizzazione analitica *su cosa significhi esattamente questa indeterminazione del diritto* e in che modo la teoria dell'interpretazione possa collaborare alla sua *sicura densificazione*. È proprio in questo filone che si inseriscono gli sforzi della dottrina legati allo studio dell'interpretazione e dell'argomentazione» (*A relevância no recurso especial*, San Paolo, 2022, p. 35).

⁵⁷ Ricostruendo, ad esempio, alla luce della Costituzione, come afferma Roberto Conti: «All'esigenza di mantenere un costante e vivo rapporto di coerenza fra leggi e valori incarnati dalla Costituzione è seguito, dunque, un accresciuto 'potere' dell'interpretazione, del quale hanno dato atto molti studiosi (e lo stesso Paolo Grossi che qui si è ricordato). Un potere che, dunque, contribuisce ad *inverare* la *verità* della legge rispetto al caso concreto. Potere che, d'altra parte, suscita aspre contrapposizioni nell'Accademia, tra cui c'è chi descrive l'attuale contesto in termini decadenti parlando apertamente di 'crisi del diritto'». Traduzione libera: «L'esigenza di mantenere un rapporto costante e vivo di coerenza tra le leggi e i valori incarnati dalla Costituzione ha come conseguenza un 'potere' di interpretazione, percepito da molti studiosi (e proprio da Paolo Grossi, che qui abbiamo ricordato). Un potere che, quindi, contribuisce a rendere *vera* la legge rispetto al caso concreto. Potere che, d'altra parte, suscita aspre critiche da parte del mondo accademico, con alcuni professori che descrivono il contesto attuale come se ci fosse una decadenza e come se si potesse parlare apertamente di 'crisi del diritto'» (*Appunti su alcuni aspetti della verità nel diritto*, in *Rivista de Diritti Comparati*, 2022, p. 829).

⁵⁸ S. NOJIRI, *A interpretação judicial do direito*. San Paolo, 2005, p. 25.

del diritto è una delle sue ragioni d'essere. I tribunali superiori che cambiano frequentemente la loro giurisprudenza senza giustificare adeguatamente le ragioni di tali cambiamenti sono tribunali che non hanno compreso, in modo genuino ed efficace, l'importanza della loro funzione nel Paese.

Esistono aree del diritto in cui la magistratura svolge, fortunatamente, un ruolo molto più attivo, poiché il cambiamento della legislazione è molto spesso più lento. Ciò avviene in Brasile, ad esempio, in tutte le norme che disciplinano la *protezione dei minori*: sono state create nel corso di molto tempo dall'attività stessa del giudice, fino a quando, alla fine, sono state trasformate in diritto positivo. Si tratta di aree che definiamo più flessibili o più "permissive", in cui il valore della prevedibilità non è preso così sul serio come in altri settori. Questi altri settori dove esiste il principio della stretta legalità, e dove la prevedibilità è un valore irrinunciabile sono, ad esempio, il diritto penale e il diritto tributario. Non spetta al potere giudiziario e, in particolare, alle corti superiori, la cui funzione è quella di avere *l'ultima parola* su ciò che è diritto, innovare in questi settori del diritto, più rigidi. Tali modifiche, se desiderate, devono essere lasciate al potere legislativo.

Il sistema dei precedenti, introdotto dal Codice di Procedura Civile del 2015, è ancora una novità per tutti noi: giudici delle Corti Superiori, giudici d'appello, magistrati di primo grado, avvocati, membri del Pubblico Ministero ecc... Insomma, tutti coloro che si occupano di diritto nella pratica. Questo sistema, oltre a non essere incostituzionale, è in grado di generare un diritto unico, coeso, un ambiente di rispetto dell'uguaglianza, prevedibilità, insomma, certezza del diritto. In realtà, contrariamente a quanto sostiene una parte minoritaria della dottrina brasiliana, questo sistema è del tutto conforme alla Costituzione Federale e ha, inoltre, la funzione di *razionalizzare il modo di agire del Potere Giudiziario*.

Tuttavia, la stabilità della giurisprudenza dei tribunali superiori è un presupposto affinché il sistema produca gli effetti desiderati nel mondo empirico⁵⁹.

Si tratta, in questo caso, di ciò che gli autori chiamano vincolatività orizzontale.

Michele Taruffo⁶⁰ insegna che, stante la necessità che casi uguali siano trattati allo stesso modo dallo stesso giudice, una Corte che, su una stessa questione, cambiasse opinione ogni

⁵⁹ Aspetti evidenziati da Rafael Lippman: «In un articolo pubblicato più di due decenni fa, Calmon de Passos già intravedeva questa irradiazione orizzontale (e verticale) che emanano i precedenti delle Corti supreme, affermando che, nel decidere un caso concreto, 'il tribunale impone delle linee guida per i propri giudizi e necessariamente le impone anche ai giudici di grado inferiore'.

Questa necessità di osservanza dei propri precedenti è stata anche evidenziata in una sentenza paradigmatica della Corte Suprema di Giustizia, dalla cui stessa sintesi è possibile ricavare le caratteristiche di affidabilità, solidità e prevedibilità inerenti a un sistema in cui le orientazioni di una Corte sono rispettate, prima di chiunque altro, dalla Corte stessa. Nella sentenza sul ricorso regolare in appello per divergenza 228.432, è stato affermato che "se noi - i membri della Corte - non rispettiamo le decisioni che abbiamo contribuito a formare, daremo un segnale affinché gli altri organi giudiziari facciano lo stesso» (R. K. LIPPMANN, *Precedente judicial*, Disponibile su [<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/455/edicao-2/precedente-judicial>]. Accesso il: 03 mar. 2023 – enfasi nostra).

⁶⁰ M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 718-719 – enfasi nostra.

giorno, avrebbe scarsa autorità e violerebbe ogni principio di uguaglianza dei cittadini davanti alla legge.

La “proposta” introdotta dal sistema dei precedenti, prevista dal Codice di Procedura Civile del 2015, finirebbe per crollare se non esistesse questa stabilità, che, come è noto, non va confusa con l'immutabilità!⁶¹

I cambiamenti nella giurisprudenza, quando avvengono lentamente, in modo da non sorprendere il cittadino, non compromettono la stabilità. La stabilità convive bene con i cambiamenti, che oggi chiameremmo “organici”, ossia quelli che avvengono al ritmo di tutto ciò che accade agli organismi viventi. La società è di fatto un organismo vivente e, a rigore, gli unici cambiamenti di giurisprudenza che devono essere visti di buon occhio sono quelli il cui senso e funzione sono l'adattamento del diritto alle nuove esigenze della società. Pertanto, evidentemente, la stabilità non implica un irrigidimento del diritto. Ciò che non è compatibile con la stabilità è il cambiamento brusco, improvviso e drastico.

A nostro avviso, sia i cittadini, che manifestano la loro perplessità, sia la comunità giuridica, hanno percepito che spesso le *modifiche della giurisprudenza delle Corti Superiori non sono state precedute da fasi che sarebbero state assolutamente indispensabili prima che l'orientamento fosse effettivamente modificato*.

A nostro avviso, è necessario prestare maggiore attenzione alla discussione sull'opportunità di superare un precedente, non essendo sufficiente che esso sia considerato, semplicemente, “errato”⁶². Lo stesso Codice di Procedura Civile ci fornisce elementi chiari che dovrebbero indicare ai ministri che il cambiamento della giurisprudenza non deve essere effettuato in modo banale.

Si richiama in particolare l'attenzione sull'art. 927, § 2, in cui il legislatore afferma che la modifica di una *tesi giuridica* adottata in una sintesi o in una sentenza su casi ripetitivi *può essere preceduta da audizioni pubbliche e dalla partecipazione di persone, organi o enti che*

⁶¹ Nelle parole di Victor Miranda: «È che non c'è razionalità in un sistema in cui il tribunale che emana decisioni paradigmatiche per i tribunali inferiori non costituisce un vincolo per le decisioni dei propri giudici. (...) la rispettabilità del tribunale nei confronti delle proprie decisioni è una condizione necessaria per la compatibilità con il sistema dei precedenti, poiché dal punto di vista dell'amministrazione della giustizia non è possibile concepire il rispetto per chi non rispetta se stesso» (V. V. MIRANDA, *Precedentes judiciais: construção e aplicação da ratio decidendi*, San Paolo, 2022, pp. 38-44 – enfasi nostra).

⁶² Randy J. Kozel osserva che può sembrare ovvio che gli errori non debbano essere ripetuti. Tuttavia, afferma, la questione non è così semplice: «A prima vista, la risposta potrebbe sembrare ovvia: i giudici non dovrebbero ripetere consapevolmente gli errori del passato. Ma il calcolo finisce per essere più complicato. Le persone potrebbero aver fatto investimenti e modificato il proprio comportamento a seguito di decisioni giudiziarie passate. C'è anche la preoccupazione che se le decisioni giudiziarie vengono modificate troppo rapidamente, il diritto perderà la sua durata e impersonalità e finirà per essere ridotto a qualsiasi cosa possa dire il giudice di oggi. Questo è sempre possibile, nonostante la convinzione contraria dei giudici di oggi, che le decisioni precedenti rappresentino effettivamente il modo più corretto di interpretare il diritto. Alla luce di possibilità come questa, forse è meglio - almeno alcune volte - lasciare le cose come stanno». (*Settled versus right: a theory of precedent*, New York, 2017, p. 3, traduzione libera).

possano contribuire alla ridiscussione della tesi precedentemente adottata. Questa disposizione mostra chiaramente che il cambiamento di un orientamento fermo già esistente significa normalmente un *cambiamento nel diritto*! E che, quindi, gli *amici curiae* possono partecipare, così come deve esserci una *manifestazione di tutta la società*, proprio in queste udienze pubbliche.

Si può citare anche il § 4 dello stesso articolo, in cui si afferma che se il Tribunale vuole davvero abbandonare una posizione precedentemente adottata, deve tenere *conto del principio della certezza del diritto e della tutela della fiducia*: ciò significa, in altre parole, che i magistrati devono chiedersi: dobbiamo davvero abbandonare il precedente?⁶³

Tuttavia, sembra che queste disposizioni giuridiche non siano state sufficienti⁶⁴. Sono molto comuni in Brasile i cambiamenti bruschi e improvvisi nella giurisprudenza dei tribunali superiori, senza la minima giustificazione: molto spesso sono il risultato di un cambiamento nella composizione della corte⁶⁵, il che porterebbe, per così dire, a una sorta di cambiamento di “voto”... O della semplice constatazione che il precedente anteriore era, puramente e semplicemente, sbagliato.

Il cambiamento deve essere eccezionale e non può, ovviamente, derivare dalla modifica della composizione umana della Corte.⁶⁶

⁶³ Rilevanti e opportuni i commenti di Randy J. Kozel sul pensiero dei giudici della Corte Suprema americana: «Questi sentimenti provengono occasionalmente dagli stessi giudici. Il giudice Scalia una volta ha criticato un parere della maggioranza per aver utilizzato la dottrina dello *stare decisis* come un ‘espediente orientato al risultato’ piuttosto che come un principio coerente. Un decennio prima, il giudice Marshall aveva rivolto una critica simile a un parere della maggioranza che aveva sconvolto la dottrina consolidata. Ha concluso che ‘[n]é la legge né i fatti’ erano cambiati; ‘[s]olo il personale di questa Corte’. Per il giudice Marshall, la lezione era chiara: ‘Il potere, non la ragione, è la nuova valuta del processo decisionale di questa Corte’». Traduzione libera: “Questo sentimento proviene occasionalmente dagli stessi ministri. Il giudice Scalia una volta ha criticato un parere della maggioranza per aver utilizzato la dottrina dello *stare decisis* come qualcosa di pragmatico, cioè qualcosa che potesse generare buoni risultati, piuttosto che come un principio coerente. Un decennio prima, il giudice Marshall aveva rivolto una critica simile a un parere della maggioranza che aveva ribaltato una dottrina consolidata. Egli concluse che ‘né i fatti né il diritto erano cambiati: solo la composizione umana della Corte’. Per il giudice Marshall la lezione era chiara: ‘il potere, non la ragione, è la nuova base delle decisioni della Corte’» (*Settled versus right: a theory of precedent*, New York, 2017, p. 4).

⁶⁴ L’instabilità della giurisprudenza delle Corti Superiori è oggetto di riflessione e di molte critiche da parte di Marcelo Ornellas Marchiori: «Questi sono aspetti che hanno normalizzato pratiche che inducono al mancato rispetto dei precedenti, poiché la fragilità nella risoluzione delle questioni giuridiche da parte del potere giudiziario autorizza il proseguimento delle discussioni in tutte le istanze, poiché non viene trasmesso alla società che la discussione su un determinato tema è stata chiusa» (*A atuação do Poder Judiciário na formação de precedentes definitivos – experiências e desafios*, San Paolo, 2022, p. 55).

⁶⁵ Randy J Kozel sottolinea che la giurisprudenza di una Corte Suprema non può essere personale, non può essere il prodotto di un’istituzione, e quindi è giustificata la deferenza ai precedenti. In *verbis*: «Nonostante il costo, il mantenimento del precedente è giustificato dall’idea che la Corte Suprema sia un’istituzione duratura e non un prodotto contingente di predilezioni individuali» (*Settled versus right: a theory of precedent*, New York, 2017, p. 17, traduzione libera).

⁶⁶ Chiarificatore il testo di Guilherme Thofehn Lessa: “La prima interpretazione è legata al vincolo tra l’attuale Corte e la stessa Corte nel passato, ovvero è legata al dovere della Corte Suprema di osservare i propri precedenti. Per questo motivo, la dottrina fa talvolta riferimento al vincolo orizzontale come autoprecedente. La necessità che le Corti Supreme rispettino i propri precedenti è direttamente collegata alla necessità di stabilità del sistema di fronte al cambiamento dei giudici che le

Teresa Arruda Alvim
Associato della Pontificia Università Cattolica di San Paulo

compongono, e non propriamente a un rapporto di gerarchia. Si tratta della necessità di non turbare ciò che è stato deciso. È naturale, tuttavia, che, per evitare l'immobilismo del diritto, sia autorizzato il superamento dei precedenti di fronte a determinati presupposti eccezionali, come l'assenza di congruenza sociale e coerenza sistemica. Tuttavia, poiché solo le Corti Supreme possono formare precedenti, solo queste stesse Corti possono superarli". (*Precedentes judiciais e raciocínio jurídico: aplicação, analogia e distinção*, San Paolo, 2022 – enfasi nostra).