

DELLA CREATIVITÀ GIUDIZIALE NEL (MICRO)SISTEMA IBRIDO DELLA LOUISIANA\*

BIAGIO ANDÒ\*\*

**Sommario**

1. Premessa. - 2. Ai due estremi della *jurisprudence constante*: *Watson v. Feibel* e *Frost-Johnson v. Saling's Heirs*. - 3. L'idea di vincolo del precedente nel prisma dello *stare decisis*. - 3.1. Traiettorie evolutive dello *stare decisis* in Inghilterra: la teoria dichiarativa e la teorica classica. - 3.2 Un vincolo *soft*: la teoria del precedente negli Stati Uniti. - 4. *Jurisprudence constante* e *stare decisis* a confronto: prassi distinte o assimilabili? - 5. Giurisprudenza come fonte: sua estraneità alla tradizione di *common law* vigente in Louisiana... - 5.1 ...e sua riconduzione nel solco della tradizione *civilian*. - 6. Conclusioni.

**Abstract**

*This paper focuses on the issue of judicial creativity in the framework of a peculiar offspring of the two major legal traditions of common and civil law: Louisiana. According to a widespread representation, courts would enjoy a law-making role within the common law tradition, while they would be caught in the straightjacket of the legislature's will in the civil law one. This writer aims to challenge this picture, shedding light, through the lenses of legal history, on the doctrines of stare decisis and jurisprudence constante in order to have a deeper grasp of the actual role played by courts within the civil law tradition.*

**Suggerimento di citazione**

B. ANDÒ, *Della creatività giudiziale nel (micro)sistema ibrido della Louisiana*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Il presente contributo è la rielaborazione dell'intervento svolto in occasione del convegno su "Crisi della rappresentanza e nuove dinamiche della regolazione. Le prospettive della democrazia pluralista in Europa", Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali, Catania, 4 aprile 2017.

\*\* Professore associato di Diritto pubblico comparato presso il Dipartimento di Scienze politiche e sociali dell'Università di Catania.

Contatto: [biando@unict.it](mailto:biando@unict.it)

### 1. Premessa

Nella riflessione di carattere macrocomparatistico<sup>1</sup>, un elemento cruciale di distinzione fra i mondi di *civil* e *common law* è costituito dalle nette differenze strutturali fra i rispettivi sistemi delle fonti, in particolare per quanto riguarda il rilievo del formante giudiziario rispetto al diritto legislativo. La costruzione di modelli di giudice articolata sull'assunto di una loro specularità di fondo – nel *civil law* “funzionari bocca della legge”, nel *common law* “oracoli del diritto” – renderebbe in modo plastico e assai vivido l'esistenza di una “frattura originaria” fra le due tradizioni.

Si cercherà di valutare la tenuta di questa rappresentazione consolidata dall'angolo visuale di un ordinamento – la Louisiana – in cui il rapporto fra le tradizioni sopra indicate non si dà in chiave oppositiva, quanto piuttosto complementare, assurgendo entrambe ad elementi costitutivi di un ordinamento unitario.

Questa realtà viene solitamente espressa attraverso la qualificazione del diritto *louisianian* come “misto”, in quanto esito di presenze coloniali storiche sul territorio (francesi e spagnole, fra il sedicesimo e il diciassettesimo secolo; statunitensi, dagli inizi del diciannovesimo) che hanno prodotto un sistema giuridico che ancor oggi si colloca al crocevia delle tradizioni di *common* e *civil law*.

Nel presente scritto, si rifletterà sulle condizioni alle quali in Louisiana la giurisprudenza riconosce a sé stessa (e conseguentemente espleta) una funzione “creativa” esercitando un potere di produzione normativa.

Sebbene in Louisiana la giurisprudenza non rientri fra le fonti formali del diritto<sup>2</sup>, già ad uno sguardo sommario l'osservatore intuisce che essa mostra di non attribuire all'enunciato legislativo né il carattere di vincolo assoluto

<sup>1</sup> *Ex multis*, R. DAVID, C. JAUFFRET SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Cedam, Padova, 2004, pp. 304 ss.; K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato. Volume I: Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 220 e ss.

<sup>2</sup> Tale *status*, come si vedrà *infra*, spetta solo alla legge e alla *custom*. Proprio perché non ricompresa in tale elenco, v'è chi in Louisiana propone una definizione della giurisprudenza quale fonte “di fatto”. In questi termini, V.V. PALMER (ed.), *Mixed jurisdictions worldwide. The third legal family*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 55, nt. 114, che così ne individua gli estremi: “[a] *de facto* source would be one which, though it may not figure among the official sources, is an empirically observed source of normative constraint in the everyday operation of the law”. Sulla stessa lunghezza d'onda, M. GARVEY ALGERO, *The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation*, 65 *La. L. Rev.* 774, che rileva che “[j]udicial decisions [...] are not a primary source of law in Louisiana according to the Louisiana Civil Code, though in practice appellate court judicial decisions are persuasive as to what the law is, and Louisiana Supreme Court decisions are considered to be “binding” on the appellate and trial courts” (p. 798). Una qualificazione della giurisprudenza come fonte “di fatto” sembra esprimere l'idea che la giurisprudenza non possa essere qualificata fonte *in senso proprio* e dunque una riduzione delle fonti del diritto vigenti in Louisiana alle fonti *formali*. Sulla posizione di Palmer si tornerà *sub par.* 4.

(posto) al suo operato né quello di condizione necessaria della sua “libertà”. Le rappresentazioni offerte dalla giurisprudenza in merito alle proprie prassi operative mettono chiaramente in luce che *nemmeno sul piano declamatorio* essa intende il proprio operato assorbito dalla dimensione dell’applicazione del diritto legislativo; al contrario, essa tendenzialmente individua propri spazi di autonomia non fondati su (o, meglio, non ricavati in via interpretativa a partire da) previsioni del legislatore.

Il problema della “creatività” giurisprudenziale verrà in questo contributo affrontato nel prisma dei presupposti alla luce dei quali giudici chiamati a pronunciarsi su questioni analoghe a quelle su cui esistono precedenti pronunce riconoscono l’esistenza di un obbligo, su di loro gravante, a conformarsi ad esse.

Poiché l’obbligo di seguire i precedenti non presuppone di necessità una sua declinazione in senso assoluto – e dunque esso non si riduce all’alternativa secca esistenza/inesistenza, quanto piuttosto (il più delle volte) nella modulazione del suo grado di cogenza operata su una scala idonea a esprimerne le (possibili) variazioni d’intensità – occorre individuare un parametro esterno al sistema al fine di comprendere, nel quadro dell’ordinamento prescelto, in *quale misura* sia riconosciuto carattere di vincolo al precedente, e in ultima analisi *quanto stringente* sia l’obbligo della sua osservanza gravante sui giudici.

In questo studio, verranno considerate metro di valutazione le teorie elaborate in seno alla tradizione di *common law* attraverso cui si riconnette portata normativa – e dunque natura di fonte – alle pronunce giudiziali. A favore di tale scelta milita un duplice ordine di fattori: da una parte, la sopra menzionata complessità caratterizzante l’ordinamento *louisianian*, che riconosce proprio alla tradizione richiamata da ultimo rango di *constituent*; dall’altra, la raffigurazione consolidata del *common law* quale emblema di tradizione che riconosce al diritto giudiziale *status* di fonte.

All’operato delle corti in Louisiana si riconosce valore normativo quando esso assume la veste di *jurisprudence constante*<sup>3</sup>.

Con questa locuzione, si suole di regola far riferimento a quell’insieme di sentenze che governano nel *medesimo* modo – attraverso, cioè, regole di decisione<sup>4</sup> la cui reiterazione<sup>5</sup> è indice inequivoco della stabilità della loro presen-

<sup>3</sup> La *Supreme Court of Louisiana* riconosce alla *jurisprudence constante* un ruolo cruciale nel caso in cui la questione sottoposta alla cognizione giudiziale non trovi disciplina nel diritto posto dal legislatore. Nel caso *Johnson v. St. Paul Mercury Ins.*, 236 So. 2d 216 (1970) si afferma che “where a question is not regulated by statute, the law is what the Louisiana Supreme Court has announced it to be”.

<sup>4</sup> Dalla *jurisprudence constante* nell’accezione, sopra delineata, di pratica produttiva di diritto va tenuta distinta l’omonima procedura, osservata in misura variabile negli ordinamenti che si richiamano alla tradizione di *civil law* nei casi di vaghezza/ambiguità dell’enunciato legislativo (che ne

za nel sistema – questioni *medesime* (o che comunque esibiscono un forte grado di somiglianza). Mentre in Louisiana si riconosce portata normativa a questa “catena di sentenze”, la pronuncia giurisprudenziale considerata a sé stante – “uti singula” – non è considerata fonte.

Ad un primo esame, essa si presenta come prassi<sup>6</sup>, avallata, al livello più alto della giurisdizione statale, dalla Corte Suprema dello Stato<sup>7</sup>, volta ad individuare il punto d'equilibrio fra l'istanza di stabilità dell'orientamento giurisprudenziale creatosi a margine di una determinata questione (ed alla quale si riconosce una funzione cruciale nel perseguimento dell'obiettivo della certezza del diritto<sup>8</sup>) e quella di adattamento del diritto vigente alle mutevoli esigenze della vita sociale<sup>9</sup>. Perché si creino le condizioni per la formazione della *jurisprudence constante*, occorre appunto una sequela di sentenze conformi a una pronuncia che per la prima volta introduce una determinata regola.

Anche se una regola è costante, essa non costituisce un vincolo insuperabile<sup>10</sup> per il giudice che ne rileva l'esistenza; pertanto, può essere accantonata. La possibilità del suo superamento è ancorata al presupposto della dimo-

rende possibili molteplici interpretazioni), volta a rendere stabile una *data* interpretazione della legge. Per considerazioni su questa seconda prassi, si veda, ad esempio, M. DEVINAT, *La règle prétorienne en droit civil français et dans la common law canadienne. Etude de méthodologie juridique comparée*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2005, pp. 27-28.

<sup>5</sup> In *Smith v. Smith* 13 La. 441 (1839), questo requisito è enunciato con chiarezza: il giudice Martin afferma che “more than one decision of the supreme judicial tribunal is required to settle the jurisprudence on any given point or question of law”.

<sup>6</sup> Si impiega il termine nell'accezione individuata da G. ALPA, voce *Prassi*, in *Dig. disc. civ.*, XIV, 2003, p. 139, il quale rileva che “nel linguaggio comune l'espressione «prassi» è sinonimo di «pratica» e significa, riassuntivamente, complesso di pratiche osservate da operatori; è contrapposta a «teoria», che invece significa complesso di elaborazioni concettuali e astratte; sicché la prassi, oltre che comportamento osservato, significa anche tecnica impiegata da operatori, cioè da chi applica le teorie nella vita concreta (per l'appunto il «pratico»)”.

<sup>7</sup> Un *leading case* che in epoca risalente riconosce questa *doctrine* è *Griffin v His creditors*, 6 Rob. 225 (La. 1843).

<sup>8</sup> Per una lettura di “legal certainty” e “flexibility” quali valori non contrapposti, ma complementari, J.A. LOVETT, *On the principle of legal certainty in the Louisiana civil law tradition: from the Manifesto to the Great repealing Act and beyond*, 63 *La. L. Rev.* (2003) 1397, che osserva: “goals often considered to be in competition with legal certainty – flexibility and equity – have also consistently been crucial values in Louisiana's legal culture”. Laddove l'avverbio “consistently” esprime chiaramente una compatibilità dei valori in esame nel tempo. Nello stesso ordine di idee, M. GARVEY ALGERO, *The Sources of Law and the Value of Precedent*, cit., p. 777: “[W]ith its sources of law being enacted law and custom, its great respect for judicial decisions, and yet its flexible doctrine of jurisprudence constante to deal with precedent, Louisiana's legal system is well-equipped to maintain the consistency and predictability valued in a strong legal system while at the same time keeping that law from becoming stale and outdated”.

<sup>9</sup> La mediazione fra le due istanze di cui nel testo non è – ovviamente – funzione assolta in via esclusiva dalla *jurisprudence constante*, come risulterà chiaro dalla disamina condotta a margine della teoria dello *stare decisis*. Peculiari piuttosto sarebbero i modi attraverso cui la giurisprudenza addiuvata alla composizione di queste esigenze attraverso la tecnica che si sta esaminando.

<sup>10</sup> Su questo carattere, si veda *infra*.

zione della sua inadeguatezza a governare in modo soddisfacente la questione alla cui soluzione essa è deputata. Perpetuarne l'osservanza comporterebbe effetti indesiderabili: per questa ragione, è pacifico il riconoscimento della possibilità di affermare un principio *diverso* ritenuto *corretto ed affermato in discontinuità con l'orientamento pregresso*<sup>11</sup>.

La prassi è rivelata dalle coordinate essenziali della *durata* e della *libertà*. Quest'ultima deve intendersi nel senso che la *jurisprudence constante* trova la propria più autentica espressione sul terreno della persuasione; attraverso di essa, si *propone* una determinata soluzione, ma non la si *impone*.

Quanto premesso a mo' di definizione preliminare necessita peraltro di un riscontro puntuale sul terreno di quel che le corti fanno in concreto; la questione teorica della portata vincolante (per i giudizi futuri) di una serie conforme di decisioni a margine di una data questione sarà misurata sullo sfondo di due casi decisi dalla Suprema Corte la cui definizione ha reso necessario interrogare la preesistente *jurisprudence constante*.

## **2. Ai due estremi della *jurisprudence constante*: *Watson v. Feibel* e *Frost-Johnson v. Salling's Heirs***

I due casi rappresentano in modo chiaro la gamma delle possibilità di cui dispongono i giudici nel caso in cui la fattispecie devoluta alla loro cognizione si presti ad essere ricondotta, in virtù di analogie puntuali sotto il profilo fattuale, ad un preesistente quadro giurisprudenziale attestante che la questione è nota ed è stata fatta oggetto di regolazione giurisprudenziale.

Nel primo, la corte adita ha rifiutato di seguire la pregressa *jurisprudence constante*, optando per l'adozione di una soluzione innovativa; nel secondo, è stato fatto ricorso alla *jurisprudence constante* quale fondamento della regola di decisione.

In *Watson v. Feibel*<sup>12</sup>, era in discussione la legittimità del rifiuto opposto dall'attore all'offerta di pagamento tardiva avanzata dal debitore in mora suc-

<sup>11</sup> I fattori che inducono una corte a confermare o a superare una regola vengono ordinati da A.J. REEVES, *The common law state of Louisiana*, 2 TCLF (1974), 6 secondo uno schema concettuale fondato sulla contrapposizione: "If" the courts wants stability in the law, "if" the court wants reasonable certainty, "if" the court wants predictability, "if" it wants simplicity, "if" it wants impersonality in adjudication, "if" it has discovered legislative intention in the law, and "if" the judges' workload is particularly heavy, the rule [...] will prevail. On the other hand, "if" there is general legislative disinterest, "if" there is little reliance, "if" a new rule would be a more just result, "if" a new rule would mean improvement in the laws and accomodation to the times, then the old rule of law is doomed". La possibilità del superamento di una *jurisprudence constante* è chiaramente enunciata in *Miami Corp. v. Louisiana* (Sup. Ct. La. 1936), ove l'esigenza di rimediare ad un (supposto) errore viene riconosciuta prevalente su quella di assicurare un orientamento stabile: "[I]n Louisiana this court has never hesitated to overrule a line of decisions when they establish a rule of property when greater harm would result from perpetuating the error rather than from correcting it".

<sup>12</sup> 71 So. 585 (La. 1916).

cessivamente all'azione di risoluzione giudiziale del contratto; azione che il venditore aveva esperito dopo aver fissato, inutilmente, al debitore un termine per l'adempimento. La questione che si poneva era se fosse o meno preclusiva della domanda di risoluzione di una vendita immobiliare (*real estate*) l'offerta di pagamento tardiva avanzata dal compratore. L'art. 2561 riconosceva al venditore il diritto "to sue for the dissolution of the sale" in caso di mancata corresponsione del prezzo; l'art. 2562 riconosceva alla corte, investita della domanda di risoluzione giudiziale, la facoltà di concedere al compratore – qualora da ciò non fosse derivato un concreto pericolo per il venditore di perdere prezzo e cosa – un termine ulteriore a quello pattuito per l'adempimento, non superiore però a sei mesi. Decorso tale termine, la corte doveva pronunciare la risoluzione<sup>13</sup>. Il codice non regolava espressamente l'ipotesi in cui al mutamento, da parte del venditore, della domanda originaria di adempimento in risoluzione fosse seguita un'offerta tardiva del compratore di eseguire la prestazione pattuita. Esisteva però un orientamento giurisprudenziale consolidato, sviluppatosi a margine del problema (e seguito dalla corte d'appello), che riconosceva il diritto della parte non inadempiente a chiedere ed ottenere la risoluzione quando l'offerta di pagamento fosse stata effettuata tardivamente dal debitore.

La corte aveva argomentato la propria decisione in discontinuità con quanto statuito dal giudice d'appello su un duplice terreno: da una parte, invocando l'opinione di autorevole dottrina francese del diciannovesimo secolo; dall'altra, richiamando precedenti "minoritari" conformi all'approccio francese.

Alla luce di questi elementi Provosty, incaricato di redigere l'*opinion* di maggioranza, argomentava per l'illegittimità del rifiuto opposto dal venditore all'adempimento tardivo del compratore (a meno che tale termine non fosse da ritenersi essenziale). La soluzione adottata in appello che accordava rilievo – nel solco di un orientamento consolidato<sup>14</sup> – alle ragioni del venditore era pertanto superata da una soluzione che traeva legittimazione da "autorità esterne" al sistema del diritto legislativo, ma interne a quella tradizione cultu-

<sup>13</sup> Questo il testo dell'art. 2562: "1. [T]he dissolution of the sale of immovables is summarily awarded, when there is danger that the seller may lose the price and the thing itself. 2. If that danger does not exist, the judge may grant to the buyer a longer or a shorter time, according to circumstances, provided such term exceed not six months. 3. This term being expired without the buyer's yet having paid, the judge shall cancel the sale".

<sup>14</sup> Al fine di aggirare l'ostacolo del preesistente orientamento consolidato, Provosty s'era impegnato a distinguere il caso da decidere rispetto ai casi che avevano formato oggetto della *jurisprudence constante*.

rale che fondava la disciplina codicistica dell'inadempimento, e alla luce delle quali quest'ultima doveva essere ricostruita<sup>15</sup>.

Nel solco della *jurisprudence constante* s'inscriveva invece la decisione del caso *Frost-Johnson v. Salling's Heirs*<sup>16</sup>.

In esso, la questione della qualificazione del diritto all'estrazione di gas e minerali come diritto di proprietà (autonomo dalla proprietà del terreno nel quale erano presenti le sopra menzionate risorse) o, alternativamente, come diritto di servitù rilevava ai fini dell'individuazione dei presupposti per la tutela di terzi interessati in ragione del trasferimento del suddetto terreno<sup>17</sup>. La complessità dei fatti di causa impone lo sforzo di una loro puntuale ricostruzione.

Nell'atto di vendita del fondo, i venditori (d'ora in poi, A) si riservavano la "ownership of all minerals, coal, fossils, and precious stones in upon or underneath the lands below described, together with all mining rights connected therewith", ed anche il diritto esclusivo "to enter upon below described lands, prospect for, dig, and remove any and all minerals...and explore for gas and oil, and to utilize the gas and oil that may be found or discovered upon said lands".

I compratori successivamente costituivano una società alla quale vendevano il fondo, non menzionando tuttavia nell'atto i limiti all'attività di estrazione e sfruttamento dei minerali previsti da A a favore di sé stesso nel primo atto di vendita.

Gli eredi di A concedevano a B lo sfruttamento del terreno, ostacolato tuttavia da C, che aveva frattanto acquistato la società, costituita dai primi ac-

<sup>15</sup> Il punto nevralgico della controversia, secondo la maggioranza, sarebbe rappresentato dalla nozione di "messa in mora" e dai suoi effetti. Quanto a questi, il codice si limitava a statuire che "the debtor owes damages from that moment [la messa in mora, appunto], and that the thing to be delivered is at his risk". Il codice però non statuisce che la messa in mora "shall have the effect of cutting off the debtor's right to perform".

<sup>16</sup> 91 So. 207 (La. 1922). Per un commento sulla pronuncia che ne sottolinea l'impronta *civilian*, F.J. BARRY, *Civility in civilian legal method or Frost-Johnson Lumber Co. v. Salling's Heirs*, in *Tul. Civ. L. For.* 1973, 1, 3, 1-41.

<sup>17</sup> La qualificazione di questo diritto come proprietà o servitù aveva una ricaduta puntuale sull'operare dell'istituto dell'estinzione del diritto per non uso. Il diritto, se qualificato come proprietà, vi era sottratto; se ricostruito come servitù, vi era soggetto (secondo l'art. 3528 vigente al tempo della causa, "[A] right to servitude is extinguished by the nonusage of the same during ten years").

L'art. 646, vigente al tempo dei fatti di causa, distingue fra "personal" e "real" servitudes. "Personal" erano "those attached to the person for whose benefit they are established, and terminate with his life" (a questa tipologia il legislatore riconduceva espressamente "use", "usufruct", e "habitation"). "Real", dette anche "predial" o "landed", erano "those which the owner of an estate enjoys on a neighboring estate for the benefit of his own estate". L'art. 709, nelle parti che qui interessano, prevedeva che "[O]wners have right to establish on their estates, or in favor of their estates [...] servitudes [...]; provided, nevertheless, that the services be not imposed on the person or in favor of the person, but only on an estate or in favor of an estate".

quirenti, che era proprietaria del terreno e che aveva intrapreso per primo l'attività di sfruttamento del sottosuolo. Nella controversia che ne era seguita, in gioco era l'opponibilità del diritto da parte di B a C, la quale dipendeva dalla qualificazione del diritto allo sfruttamento che i primi danti causa si erano riservati.

La Corte si pronunciò a favore di C, affermando che petrolio e gas erano insuscettibili di essere oggetto di proprietà autonoma dal terreno in cui si trovavano sulla base di considerazioni ispirate alle caratteristiche di questi beni<sup>18</sup>. Solo i minerali suscettibili di *possession* potevano esser fatti oggetto di *ownership*. Questa posizione era in linea con una serie di precedenti che costruivano il diritto allo sfruttamento di petrolio e gas come un "personal real right"; e cioè non come servitù prediale costituita a favore del fondo, ma direttamente a favore della persona (*real right in land in favor of persons*). La qualificazione in termini di *servitude* (operante per i casi di "sales" o di "reservation of minerals") legittimava i giudici ad accertare se il non utilizzo del diritto protratto nel tempo ne avesse determinato la prescrizione. La maggioranza dichiarò maturata la prescrizione del diritto, decidendo a favore di C. La posizione adottata dalla maggioranza – fondata su un'interpretazione letterale della disposizione codicistica in materia di *ownership* – potrebbe sembrare, ad un primo sguardo, di retroguardia rispetto alle riflessioni che, già all'indomani della fine della guerra civile, nel diritto statunitense si conducevano a margine di una definizione del diritto di proprietà sempre più "dematerializzata", svincolata cioè dall'elemento fisico ed adattata a ricomprendere forme nuove di ricchezza astratte e intangibili alle quali potesse essere riconosciuto valore di scambio<sup>19</sup>. Questa rinnovata sensibilità in tema di proprietà è testimoniata nell'*opinion* dissenziente di Provosty, che censura la decisione della maggioranza in quanto viziata da *false assumptions*. Provosty caldeggia un apprezzamento nuovo della questione, in quanto "oil and gas were unknown as subjects of ownership at the time of the adoption of our code". Occorre però tener presente che l'ancoraggio ad una visione "tradizionale" del diritto di proprietà era strumentale a garantire le ragioni di chi aveva (più) tempestivamente organizzato le proprie risorse per lo sfruttamento del sottosuolo rispetto agli aventi causa dal venditore che avevano iniziato l'attività di

<sup>18</sup> Questo il principio di diritto sintetizzato nel caso dalla corte: "it is of the very essence of the definition or right of ownership that two or more persons cannot have a joint ownership of corporeal property, unless their respective shares or interests in it are fixed or determinable. If each one of several persons has the right to take and appropriate to his own use, freely and without having to compensate the others, as much as he desires to take of the oil or gas in or under a defined area of land, the right of each of the parties is not joint ownership of the oil or gas, but is a real right or servitude upon the land".

<sup>19</sup> M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano. 1870-1960*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 259-302.

estrazione dopo più di tredici anni dal primo trasferimento del fondo. Sull'*opinion* di maggioranza verosimilmente influiva il timore che l'esclusività propria del diritto di proprietà, ove riconosciuta alla riserva di sfruttamento prevista a favore del primo venditore, ostasse alla massimizzazione dello sfruttamento delle risorse del sottosuolo, favorendo la posizione di un titolare del diritto inerte. L'utilizzo della *jurisprudence constante* aveva assolto alla funzione di argomento "forte" a sostegno di questa visione degli interessi. A partire dagli anni '50, emergeranno posizioni diverse da quelle espresse dalla maggioranza in *Frost*<sup>20</sup>. E ciò conferma quanto sopra osservato in merito alla stabilità assicurata dal richiamo dei precedenti, che non è da intendersi in senso assoluto; è sempre possibile superare una soluzione avallata da una pregressa *jurisprudence constante*.

Nel caso discusso per primo una regola fondata non sul *testo legislativo*, ma su altre *authorithies* (dottrina e giurisprudenza francesi) era servita a superare un orientamento pregresso costante ed a veicolare un principio che si pone in soluzione di continuità con il primo; nel secondo, una data scelta compiuta sul terreno della qualificazione d'una situazione soggettiva determinata – rafforzata da un orientamento costante del formante giudiziario – si riverberava sulla comprensione ed utilizzo delle tassonomie codicistiche in materia di diritti reali, conferendo ad essi caratteri di stabilità<sup>21</sup>. L'elaborazione giurisprudenziale avrebbe inciso sulle scelte legislative successive adottate in materia di *mineral law*.

### 3. L'idea di vincolo del precedente nel prisma dello *stare decisis*

Constatazione ovvia è quella della non configurabilità di un'unitaria, monolitica teoria dello *stare decisis*, dovendosi prendere realisticamente atto

<sup>20</sup> Al riguardo, E.E. VERON, *Mineral law – Prescription of mineral leases*, 19 *La. L. Rev.* (1958) 207, che rileva, quanto all'orientamento espresso in *Frost* che "[T]he non-ownership theory has as its reason the view that control of mineral rights should not be separated from ownership of the soil for more than ten years without user" (p.212). Sulle *policies* giudiziali in materia di sfruttamento minerario, si veda anche G.W. HARDY III, *Public policy and terminability of mineral rights in Louisiana*, 26 *La. L. Rev.* (1966) 731.

<sup>21</sup> Le regole statuite in *Frost-Johnson* sono formulate in modo sistematico in *Petro-Hunt, L.L.C., et al., petitioner v. United States of America, et al.*, 04-190 (2004): "[u]nder Louisiana law, ownership of minerals on real property cannot be held as an estate separate from the land, but the right to enter the land and extract minerals can be held separately in the form of a mineral servitude. [...]. Under Louisiana law, rights of servitude ordinarily prescribe (i.e., revert to the land owner) if not used for a period of ten years [...]. The period of prescription for a servitude begins to run on the date the servitude is created [...] and is interrupted only by "good faith operations" for the "discovery and production of minerals" pursuant to that servitude".

dell'esistenza di due versioni fondamentali, inglese e statunitense, della teoria del precedente vincolante<sup>22</sup>.

Le due versioni sopra menzionate sono di regola distinte – nella letteratura ad esse dedicata – sul piano del diverso valore che nel loro ambito è riconosciuto al precedente. Il grado di cogenza a questo assegnato dipende dal margine più o meno ampio entro il quale esso può essere superato; in altri termini, dalle condizioni entro cui è ammesso l'operare dell'*overruling*.

Nel diritto inglese, lo spazio di rilevanza dell'istituto è più ristretto di quanto avvenga nel diritto statunitense. L'applicazione più rigida del principio del precedente nel sistema inglese è il precipitato essenzialmente del congiunto operare di caratteristiche strutturali del giudiziario – il suo essere accentrato e piramidale – che incoraggiano una rigorosa applicazione del principio della gerarchia, e che si traduce, per ciò che interessa ai fini della presente analisi, in una significativa capacità di resistenza, propria della pronuncia del giudice superiore, all'intento di accantonarla che eventualmente possa ispirare il giudice inferiore.

Nel sistema statunitense, il principio dello *stare decisis* è applicato, per una serie di ragioni su cui si tornerà a breve, in forma più temperata<sup>23</sup>.

Se le distinzioni operate sopra a larghe pennellate consentono una prima messa a fuoco delle differenze, esse tuttavia non sono sufficienti a far emergere compiutamente le differenze profonde intercorrenti fra declinazione inglese e statunitense del vincolo posto dal precedente ai giudici che devono decidere casi futuri.

A tal fine, si rendono necessarie ulteriori puntualizzazioni, di carattere storico, che investano origini ed evoluzioni dello *stare decisis* nei due modelli di riferimento, evitando il rischio che immagini cristallizzate possano indurre a confidare nella fondatezza di rappresentazioni *autentiche e esclusive*. Solo attraverso un'adeguata contestualizzazione storica di certe immagini dello *stare*

<sup>22</sup> U. MATTEI, voce *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv.*, XIV, 2003, p. 149, rileva che “[s]tare decisis [...] si presenta con un contenuto ed una portata assai differente nelle diverse epifanie territoriali”. Chi scrive si propone nel prosieguo di dar conto in termini sintetici delle articolazioni dello *stare decisis* in Inghilterra e USA nei limiti in cui questi cenni sono essenziali ad affrontare il tema centrale del rilievo del precedente in Louisiana.

<sup>23</sup> In questo senso, U. MATTEI, op. ult. cit. In questi termini, anche V. MARINELLI, voce *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, VI, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 883-884, che così coglie il nucleo centrale della teoria del precedente nel contesto giuridico statunitense: “i giudici statunitensi, da quelli di posizione elevata alla corte suprema federale, non sono tenuti a seguire i propri precedenti: possono discostarsene liberamente, se ritengono di dover cambiare giurisprudenza. In questo modo il vincolo risulta molto attenuato anche dal punto di vista complessivo. Infatti, pur non venendo meno, formalmente, l'obbligo dei giudici di uniformarsi ai principi affermati nelle istanze giudiziarie superiori, essi si trovano di fronte a una giurisprudenza che presenta in confronto a quella inglese una maggiore elasticità e variabilità, e consente quindi una ben più ampia libertà di movimento”.

*decisis*, sarà possibile operare una ricognizione dei caratteri comuni e dei tratti distintivi. Per questa ragione, nei due paragrafi che seguono si procederà a delineare la fisionomia che nello specifico la teoria assume in Inghilterra e negli Stati Uniti.

### 3.1. Traiettorie evolutive dello *stare decisis* in Inghilterra: la teoria dichiarativa e la teoria classica

In Inghilterra, possono distinguersi due formulazioni della *doctrine* dello *stare decisis* risalenti ad epoche diverse<sup>24</sup>. La prima – indicata correntemente come teoria dichiarativa – si caratterizza per la rigidità del vincolo ascritto al precedente e può farsi risalire a Blackstone. Secondo questa teoria, il giudice nel pronunciare la decisione non crea diritto. Egli si limita a scoprire il diritto vigente nella veste di consuetudine<sup>25</sup>. La discrezionalità del giudice è pertanto esclusa in radice, essendo esclusa la funzione nomofilattica del giudice. La teoria poggia su due postulati essenziali: una volta scoperta, la consuetudine diviene immutabile; il precedente, non essendo *per se* fattore produttivo di “nuovo” diritto (e cioè fonte del diritto), ma assolvendo semplicemente alla funzione di *prova del diritto*, può essere erroneo nella misura in cui fornisca un’interpretazione non corretta di quest’ultimo. In questo caso, il giudice successivo è legittimato ad ovviare all’errore commesso in precedenza dai suoi “brothers”, addivenendo a una soluzione diversa rispetto a quella consacrata dal precedente. Affermare che la non osservanza di una soluzione consacrata dalla giurisprudenza sia ammessa solo nell’ipotesi di errore equivalente ad una vera e propria finzione, il cui senso preciso è quello di fornire una legittimazione forte al superamento del precedente qualora il giudice percepisca la sua inadeguatezza a governare efficacemente il problema alla cui soluzione esso era preordinato. La sensazione dell’inadeguatezza del precedente può essere dovuta alle ragioni più varie: mutata percezione del problema (prodotta da un cambiamento nella concettualizzazione dello stesso conseguente a modifiche alla normativa preesistente apportate dal legislatore); mutata sostanza del problema (nel senso che esso si presenta in vesti nuove rispetto al passato a causa dell’insorgenza di questioni che si presentano per la prima volta e che ne modificano la fisionomia)<sup>26</sup>. Corollario della teoria

<sup>24</sup> Notizie in U. MATTEI, *Precedente giudiziario*, cit., pp. 150-160.

<sup>25</sup> Secondo A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 107, l’attività del giudice – nell’alveo della teoria dichiarativa – sarebbe preordinata alla “concretizzazione del potenziale nascosto del diritto”.

<sup>26</sup> Al riguardo si legga quanto osserva F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell’economia pianificata*, Il Saggiatore, Milano, 2010, p. 145: “[s]e il giudice trova che una regola, su cui uno dei litiganti si è basato nel formare le proprie aspettative, è falsa [...], ciò avviene perché egli si accorge che in certe circostanze questa entra in conflitto con aspettative basate su altre regole”.

dichiarativa è la “irretroattività”<sup>27</sup> dell'*overruling*. Se il giudice non ha osservato il precedente in quanto erroneo, è necessario considerare tutti i casi governati dalla vecchia regola come decisi *ab iniuria*; poiché decisi in virtù di un “non diritto”, essi devono essere considerati come espunti *ab origine* dall'ordinamento.

È evidente che la teoria dichiarativa veicola la visione di un precedente vincolante in quanto “autorevole”; nella misura in cui cioè esso sia espressione di un'istanza di giuridicità superiore (alla pronuncia del giudice che ne faccia applicazione), in quanto cioè rispondente a quei valori che riflettono l'identità della comunità *ab immemorabile*. La possibilità di consacrarne la natura vincolante in concreto dipende dalla sua “accessibilità”, dall'attestazione ufficiale della sua esistenza ad opera di *reports* accurati<sup>28</sup>. L'esistenza congiunta di fattori che orientano verso l'applicazione del precedente ed elementi che ne limitano la forza “mantiene in equilibrio” la teoria dichiarativa, scongiurando il rischio di una rigidità assoluta del vincolo costituito dal precedente.

Nella cd. teoria classica, il precedente è caratterizzato da una vincolatività maggiore di quella ad esso riconosciuta sotto l'egida della teoria dichiarativa; la forza maggiore ascritta al precedente si accompagna al riconoscimento in capo al giudice della capacità di produrre diritto<sup>29</sup>. Delineatasi in Inghilterra, poi maturata negli Stati Uniti<sup>30</sup>, successivamente approdata nuovamente in Inghilterra essa irreversibilmente conquista terreno sino a scalzare definitivamente la teoria dichiarativa, acquistando una centralità tale da determinare l'identificazione del modello inglese di *stare decisis* con essa.

Il giudice mantiene la possibilità, già ammessa sotto la teoria dichiarativa, di superare il precedente di cui si assume la manifesta erroneità o assurdità. Quanto alle corti inferiori che debbono misurarsi con un precedente sgradito, i margini di cui esse dispongono per discostarsi da esso sono contenuti in modo puntuale; la loro discrezionalità non è però *in toto* annichilita. Quando la corte inferiore ritiene che nel caso sottoposto alla sua cognizione sia in concreto (in virtù della notevole somiglianza dei fatti rilevanti nel precedente e nel caso oggetto della decisione) preclusa la possibilità del ricorso alla tecnica del *distinguishing* e, dunque, di un'interpretazione restrittiva del prece-

<sup>27</sup> La teoria dichiarativa postula che il giudice rimedia ad un errore riaffermando quel che è da *sempre* diritto; ciò che si espunge è allora solo un'interpretazione erronea del diritto, a seguito della quale viene ripristinata l'interpretazione corretta.

<sup>28</sup> Sull'importanza cruciale dei *reports* ai fini del consolidamento della *doctrine* del precedente vincolante, J.P. DAWSON, *Gli oracoli del diritto*, Istituto italiano per gli studi filosofici, Napoli, 2014, pp. 102-112.

<sup>29</sup> Possibilità espressamente riconosciuta per i casi “of first impression”, vale a dire quei casi in cui i giudici statuiscono che un problema si presenta per la prima volta.

<sup>30</sup> Sul punto si rinvia al prossimo paragrafo.

dente (sempre possibile nei casi dubbi), essa è tenuta all'osservanza di quest'ultimo<sup>31</sup>: tuttavia, sempre a questi compete il potere di estrarre dal precedente la *ratio decidendi* (e dunque di perimetrare la forza vincolante di questo)<sup>32</sup>. Il precedente superato è considerato “cattivo diritto”, invece che “non diritto” come accade nell'alveo della teoria dichiarativa. Questa distinta qualificazione del precedente abbandonato in seguito all'*overruling* ha ricadute puntuali sugli effetti di quest'ultimo, necessariamente retroattivi (a differenza di quanto avviene sotto la teoria dichiarativa). Con la conseguenza che, essendo il “nuovo” precedente diritto *ex post facto* si rimuovono gli effetti prodotti nel passato dal “vecchio” accantonato. La portata creativa dell'*overruling*, così come concepito dalla teoria classica, non può essere negata e dunque ne vanno tracciati rigorosamente i confini. Per questa ragione, alcuni ambiti sono sottratti recisamente alla possibilità del superamento del precedente, quali quelli presidiati dalle *rules of property*, dalle *rules of contract*, e da quelle di *procedure*<sup>33</sup>.

La discrezionalità giudiziale nell'alveo di questa teoria sussiste, ma è rigorosamente delimitata.

Se la rilevanza della teoria classica è innegabile dal punto di vista operativo, dal momento che essa ha indiscutibilmente anche caratterizzato una fase della storia giudiziale statunitense e conquistato una posizione di egemonia (tutt'ora sostanzialmente perdurante) in Inghilterra, essa è ancor di più significativa quale fattore caratterizzante uno “stile”, e cioè *nella veste di segno distintivo di un modello giuridico-culturale*.

La declinazione rigida del vincolo derivante dal precedente avrebbe, infatti, una ricaduta puntuale sul procedimento seguito dal giudice nel suo ragionamento, che sarebbe di tipo induttivo (quanto all'attività di “estrazione”

<sup>31</sup> Anche nel caso di una corte gerarchicamente inferiore a quella che ha pronunciato il precedente, tenuta dunque a seguirlo fedelmente, essa comunque potrebbe esprimere critiche penetranti nei suoi riguardi con l'obiettivo d'indurre la corte superiore investita eventualmente dell'impugnazione della decisione conforme al precedente a procedere ad *overruling*.

<sup>32</sup> Un esempio convincente di come una corte possa eludere un precedente (pur formalmente non superandolo) viene individuato da M.A. EISENBERG, *La natura del common law*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 89-92, nei casi *Christensen v. Thornby* (1934) e *Sherlock v. Stillwater Clinic* (1977) decisi entrambi da corti del Minnesota e vertenti entrambi sul problema se chi aveva subito una vasectomia non riuscita (con la conseguenza di una gravidanza non desiderata) potesse agire contro il medico (per i danni discendenti da tale gravidanza). Sulla base della statuizione resa dai giudici nel primo caso (secondo i quali il contratto avente oggetto tale intervento non era contrario ad ordine pubblico), i giudici del secondo pervennero alla conclusione (opposta a quella raggiunta dal precedente) che il danno derivante da una gravidanza indesiderata fosse risarcibile. Il risultato raggiunto dai giudici nel secondo caso poteva essere riconciliato con il primo perché in quest'ultimo – a differenza che nel secondo caso – non era stata addotta la negligenza del medico.

<sup>33</sup> Sul punto, U. MATTEI, *Il modello di common law*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 118-119, che rileva la “maggior facilità di overruling [...] nei casi di decisioni interamente fondate su questioni di *public policy*”.

della *ratio decidendi* dal precedente, e dunque inequivocabilmente distinto dall'approccio deduttivo che viene considerato distintivo del giudice operante nei sistemi romanisti), assurgendo in tal modo a fattore identificativo dello stile di una tradizione – quella di *common law* – nel suo complesso. Diventa allora semplice comprendere perché la teoria classica del precedente sia, per la nettezza dei contorni che la caratterizza e delle conseguenze prodotte dalla sua applicazione, divenuta incarnazione della teoria del precedente *tout court*, restituendo in modo esemplare le peculiarità di un modello e, in ultima analisi, supportando in modo efficace la visione dell'irriducibile diversità – sul piano ontologico – dei mondi di *common* e *civil law*.

### 3.2. Un vincolo *soft*: la teoria del precedente negli Stati Uniti

Se la versione inglese della teoria del precedente vincolante, nella formulazione proposta dalla teoria classica, a tutt'oggi trova la propria chiave di lettura nel principio di autorità, negli Stati Uniti la *doctrine* dello *stare decisis* è declinata – una volta tramontato l'approccio formalistico che fra l'ultimo quarto del diciannovesimo secolo e il primo quarto del ventesimo aveva consacrato la teoria classica<sup>34</sup> – con un grado maggiore di flessibilità per il congiunto operare di una serie di fattori “autoctoni”, fra i quali i più significativi sembrano essere la vigenza di una costituzione scritta, la formazione universitaria del giurista, e la struttura federale dell'ordinamento. Quanto alla prima, può osservarsi che la declinazione rigorosa di un sistema di precedenti rigidi mal si concilierebbe con la necessità di una comprensione “evolutiva” dei principi consacrati nella carta fondamentale preordinata a garantirne la possibilità di adattamento ai mutamenti sociali. La formazione universitaria modella una figura di giurista incline al sapere critico, e dunque fundamentalmente non prono dinnanzi ai *dicta* dei giudici. Infine, la presenza di un duplice livello – federale e statale – comporta che le corti federali rappresentino l'autorità *paramount* nelle materie sulle quali esse esercitano la loro giurisdizione, e che le corti statali abbiano lo stesso rilievo nelle materie sulle quali si dispiega la loro giurisdizione. Il riconoscimento di un principio di “supremazia” delle corti nelle materie che segnano il perimetro della loro giurisdizione produce effetti simmetrici sul terreno della forza normativa delle sentenze da esse rese nel rispettivo ambito di competenza. E ciò in un duplice senso: che i precedenti delle corti federali non sono prevalenti al di fuori del perimetro della giurisdizione federale (e ciò ovviamente vale anche per le cor-

<sup>34</sup> Emblematica l'affermazione di H.C. BLACK, *Law of judicial precedent*, St. Paul, 1912, p. 212 (riportata da U. MATTEI, *Il modello di common law*, cit., p. 117), secondo cui “se le corti dovessero permettersi di deviare dalla regola della stretta aderenza al precedente allevierebbero l'individuo, ma danneggerebbero il *corpus* del diritto. Questo principio è espresso dal comune detto per cui i casi difficili creano cattivi precedenti”.

ti statali)<sup>35</sup>, e che al principio di gerarchia occorre riconoscere efficacia ordinante all'interno degli ambiti federale e statale.

La stabilità del precedente può risultare affievolita per l'azione di una serie di elementi.

Innanzitutto, il principio di gerarchia è declinato con il massimo grado d'intensità in relazione alle pronunce adottate da corti che sono in posizione apicale; il vincolo opera in modo meno stringente per le istanze inferiori.

In secondo luogo, il vigore del precedente può essere messo a repentaglio da argomenti di *policy* diversi da quelli – stabilità, certezza, protezione del ragionevole affidamento, imparzialità nel giudizio – atti a sostenerne la forza. L'osservazione di cambiamenti intervenuti nel *background* politico, economico, sociale che mettono in discussione la perdurante adeguatezza di una regola *judge-made* a realizzare la massima soddisfazione dell'interesse collettivo, può determinare le condizioni per un suo superamento.

Inoltre, vi sono ulteriori elementi di fatto che, a parità di condizioni, possono depotenziare la forza di un precedente. Ad esempio, l'autorevolezza riconosciuta ai giudici che hanno pronunciato una sentenza può conferire a questa una maggiore forza rispetto a quella riconosciuta a una pronuncia di pari grado che sia stata in un momento successivo.

Da queste sintetiche osservazioni, è possibile desumere la conclusione che negli USA viga un approccio moderato alla teoria dello *stare decisis*, attento ad un'interpretazione evolutiva del precedente, ovvero ai mutamenti socio-economici, che ne eviti l'irrigidimento prodotto da una visione meccanicistica di esso. Il contesto statunitense rappresenta lo sfondo naturale nel quale collocare (e alla luce del quale valutare) la teoria del precedente per come è stata specificamente osservata in Louisiana.

#### **4. *Jurisprudence constante* e *stare decisis* a confronto: prassi distinte o assimilabili?**

La descrizione proposta in chiusura del par. 1 della fisionomia della prassi della *jurisprudence constante* va ulteriormente raffinata mettendola a raffronto con la teoria dello *stare decisis* che assolve la funzione di metro di misura del valore rivestito dal precedente giudiziale; più precisamente, con la versione di questa recepita nell'ordinamento indagato.

L'analisi delle due articolazioni, inglese e statunitense, della suddetta teoria e la possibilità, ammessa all'interno della tradizione di *common law*, di modulare l'intensità del vincolo impone di individuare la specifica versione

<sup>35</sup> Il che implica una diversità sostanziale dell'ordinamento federale da quelli statali. Al riguardo, M. TARUFFO, *Institutional factors influencing precedents*, in D.N. MACCORMICK, R.S. SUMMERS, A.L. GOODHART, *Interpreting precedents*, Routledge, Oxford, 1997, p. 441, rileva che "federal law is in a limited sense the fifty-first "common law" jurisdiction in the USA in matters of federal law".

dello *stare decisis* che funge da *alter ego* della *jurisprudence constante* in Louisiana. Sembra di poter dire che essa è rappresentata dalla teoria classica sopra esaminata. Un indice in tal senso sembra potersi ricavare dalle riflessioni condotte da Ireland<sup>36</sup>, il quale intende il vincolo del precedente come fonte di un obbligo dal quale per i giudici è difficile deflettere. Il riferimento al pensiero di uno specifico autore molto risalente nel tempo è frutto della rilevanza che nel dibattito dottrinale interno all'ordinamento ad esso si riconosce. Le sue osservazioni hanno innescato una *querelle* molto vivace in merito alla possibilità di considerare il sistema *louisianian* come definitivamente (ed esclusivamente) acquisito alla tradizione di *common law*. Ad esse ancor oggi riconoscono qualità di punto di partenza obbligato tutti coloro che rilevano la compiuta trasformazione dell'ordinamento *louisianian* in un diritto a pieno titolo parte della famiglia giuridica anglo-americana.

Se lo *stare decisis* è in Louisiana fatto coincidere con una declinazione rigorosa del vincolo, la comprensione maggioritaria della *jurisprudence constante* sembra riferirsi, già sulla base di quanto osservato in chiusura del primo paragrafo, a un fenomeno sostanzialmente diverso.

Secondo una recente ricostruzione<sup>37</sup>, che riflette la visione largamente consolidata, la prassi in esame si distingue da quella del precedente sotto un duplice profilo. Da una parte, una sola pronuncia non è sufficiente ad integrare gli estremi della *jurisprudence constante* (e dunque ad orientare i giudici dei casi futuri a margine della questione definita), occorrendo a tal uopo una sequenza omogenea di pronunce conformi, laddove ai fini dell'operatività del vincolo associato allo *stare decisis* sarebbe sufficiente la presenza di un singolo precedente<sup>38</sup>; dall'altra, questa dottrina presenta un grado maggiore di flessi-

<sup>36</sup> G. IRELAND, *Louisiana's legal system reappraised*, 11 *Tulane L. Rev.* 585 (1936-1937).

<sup>37</sup> V.V. PALMER, H. BOROWSKI, *Louisiana*, in V.V. PALMER (ed.), *Mixed Jurisdictions worldwide*, cit., pp. 304-308. Nello stesso senso anche, H.L. DAGGETT et al., *A Reappraisal Reappraised*, cit., pp. 16-18.

<sup>38</sup> Improntata a questo criterio distintivo è la descrizione della *jurisprudence constante* effettuata nel citato *Johnson v. St. Paul Mercury Ins.Co.* dal giudice Summers: "in Louisiana, courts are not bound by the doctrine of stare decisis, but there is a recognition in this State of the doctrine of jurisprudence constante. Unlike stare decisis, this latter doctrine does not contemplate adherence to a principle of law announced and applied on a single occasion in the past. However, when, by repeated decisions in a long line of cases, a rule of law has been accepted and applied by the courts, these adjudications assume the dignity of jurisprudence constante; and the rule of law upon which they are based is entitled to great weight in subsequent decisions". Nel caso di specie, il riconoscimento della responsabilità dell'autore del fatto dannoso dipendeva dalla soluzione, in via preliminare, di una questione di giurisdizione. L'autore del fatto dannoso non era – a differenza dell'attore – residente in Louisiana; lo Stato in cui era residente il convenuto riconosceva l'immunità del danneggiante quando il danno era stato compiuto con semplice colpa, contrariamente a quanto previsto in Louisiana. In appello, la corte aveva riconosciuto (in virtù della *doctrine* del *minimum contacts*) la propria giurisdizione, condannando l'autore del fatto dannoso al risarcimento. La Corte Suprema

bilità rispetto al principio del precedente vincolante, in quanto consentirebbe alla corte margini di libertà più ampi di quelli di cui godono i giudici nei sistemi in cui quest'ultimo è osservato. La maggiore flessibilità caratterizzante questa prassi rispetto allo *stare decisis* risulta dalla possibilità per le corti di adottare soluzioni in discontinuità con regole consacrate da un orientamento consolidato formatosi a margine di casi anteriori che sotto il profilo fattuale mostrano somiglianze con quello sottoposto alla decisione, non essendo configurabile a carico delle corti un obbligo gravante sui giudici di conformarsi ad una soluzione costante e stabile; per cui sarebbe sempre possibile superare il precedente, ovvero non darvi seguito<sup>39</sup>. Secondo la *doctrine* dello *stare decisis*, invece, il precedente non vincola solo se il giudice successivo sia legittimato a discostarsene espressamente; e cioè entro i limiti, in fatto, del *distinguishing*<sup>40</sup> e, in diritto, dell'*overruling*. Alle due prassi, pertanto, corrisponderebbero modalità tutt'affatto diverse di “neutralizzare l'effetto di propagazione delle pronunce anteriori”<sup>41</sup>.

Secondo un orientamento maggioritario, dunque, la frontiera fra *jurisprudence constante* e *stare decisis* sarebbe segnata dall'esistenza di *constituents* nettamente differenziati<sup>42</sup>. Non mancano, tuttavia, voci minoritarie più sfu-

aveva confermato la decisione di primo grado, applicando la *lex loci delicti*, invocando al riguardo l'autorità di una *jurisprudence constante*.

<sup>39</sup> Nel già citato report sulla Louisiana, Palmer e Borowski individuano l'elemento caratterizzante della teoria dello *stare decisis* nella “adherence to a principle of law announced and applied on a single occasion in the past”.

<sup>40</sup> Poiché la parte considerata vincolante in una sentenza è il punto di diritto, e non la ricostruzione in fatto, il giudice successivo può disapplicare il precedente nella controversia devoluta alla sua cognizione, allegando sostanziali differenze in punto di fatto al fine di dimostrare che il precedente non contrasta con la sua decisione.

<sup>41</sup> V. MARINELLI, voce *Precedente giudiziario*, cit., p. 889, con riferimento alle tecniche adottate per discostarsi da un precedente.

<sup>42</sup> Per una chiara distinzione fra *stare decisis* e *jurisprudence constante* come riflesso della distinzione fra le tradizioni di *common* e *civil law*, R.L. HENRY, *Jurisprudence constante and stare decisis*, 15 *A. B. A. J.* 11 (1929): “[I]t is clear that the divergence in attitude as to precedents between the Civil law and the Common is still great, and that there is little likelihood of its becoming substantially less for a long time to come”. L'a., tuttavia, ritiene che l'eventuale avvicinamento fra le due tradizioni “will be by the Common Law moving in the direction of the Civil, instead of the movement continuing in the opposite direction, for the Civil Law attitude appears the saner, and produces better results” (p. 12). Le ragioni per cui il *civil law* sarebbe preferibile al *common law* risiederebbero in una maggior semplicità di funzionamento del primo rispetto alla “complexity” e “confusion” del secondo. Elemento caratterizzante della tradizione di *civil law* sarebbe da individuarsi nei “general principles” i quali sarebbero in grado di governare pressoché integralmente la complessità del reale; le controversie non sussumibili nei “general principles” sarebbero minoranza. E proprio con riferimento a questi casi, che sarebbero eccezioni, opererebbe la *jurisprudence constante* che garantirebbe, entro lo spazio accordatogli, sicurezza delle relazioni tra i privati: “one case does not usually establish a practice. It might conceivably have been such a prominent one that business men or the public in general had heard about it and had conformed to its ruling. If that can be shown, it should not be upset; for, the reason why the courts follow their own precedents in certain cases is precisely in order

mate che negano differenze sostanziali fra le due *doctrines*<sup>43</sup>, o che addirittura prospettano una ricostruzione della prassi giudiziale in Louisiana informata all'assunto di una sua fisionomia originale, insuscettibile cioè di essere risolta in nessuna delle due *doctrines* sopra discusse. Secondo quest'ultima posizione, in Louisiana le corti avrebbero optato per una "terza via" – definita "systemic respect for the jurisprudence" – distinta sia dallo *stare decisis* che dalla *jurisprudence constante* perché insuscettibile di essere risolta integralmente nell'una o nell'altra. Terreno appropriato sul quale ricostruire il "peso specifico" di una data sentenza sarebbero ora determinate caratteristiche istituzionali che fanno da cornice ad una data sentenza, quali la posizione della corte nel sistema giudiziario<sup>44</sup>, ora fattori *lato sensu* culturali che ispirano le scelte della corte, quali una comprensione del concetto di fonte del diritto non modellata sul sistema delle fonti formali regolate dal legislatore, ora ancora valutazioni condotte sul terreno della *policy* che inducono ad accordare prevalenza alla flessibilità sulla stabilità o ad una scelta opposta<sup>45</sup>.

Il "systemic respect" avrebbe sostanza di *stare decisis* se riferito a (singole) pronunce della Suprema Corte, di *jurisprudence constante* riguardo alle corti di grado inferiore.

Dal punto di vista "strutturale", *jurisprudence constante* sembra evidenziare una discontinuità netta con la *doctrine* dello *stare decisis*. Quanto sin qui rilevato, tuttavia, non è sufficiente a concludere recisamente nel senso della sua estraneità alla tradizione di *common law*.

*not to unsettle the public, who are presumed to know of a well established court practice*" (enfasi aggiunta, p.12). Dunque la certezza sarebbe garantita dalla conoscibilità dei casi, laddove nell'ambito dello *stare decisis* la miriade di precedenti non garantirebbe analoga certezza in ragione dell'eccessiva frammentazione che ne sarebbe nota caratterizzante.

M. RADIN, *Case law and stare decisis*, 33 *Col. L. Rev* 199-212 (1932), p. 201: "It is quite common to find courts supporting their decision not by one, but by many citations of precedents. Can this be defended on strict principles? If the court is bound, it is bound by one decision. A second decision adds nothing. It may prove that the first decision was binding [...]. If a court is not bound except by a *longa series rerum similiter iudicatarum*, what binds it is not precedent, but estoppel or the force of custom or something like that. We cannot make a rule stronger by adding another rule to it" (p. 201).

<sup>43</sup> Per la tesi della sostanziale assimilazione della *jurisprudence constante* allo *stare decisis*, A.J. REEVES, *The common law state of Louisiana*, cit., pp. 15-16, sulla base di due argomenti: a) "no matter whether the judge looks to a single decision or to a series of decisions of the same genus for precedent, it is the same because it is practically impossible to cite a single case that in and of itself was not decided on other cases"; b) "procedurally [...] when a landmark decision is made [...] the lawyer has few clues as to what in fact constitutes the ratio decidendi of the case, let alone the aspect of the case or aspect of the case being overruled".

<sup>44</sup> Un singolo precedente della Corte Suprema potrebbe avere un peso maggiore di una "long line of cases": M. GARVEY ALGERO, *The Sources of Law*, cit., *passim*, ove casi in cui una determinata pronuncia della Supreme Court è stata considerata "binding" dalle corti inferiori.

<sup>45</sup> In questo senso, M. GARVEY ALGERO, *The Sources of Law*, cit., p. 781.

Se è pur vero che *stare decisis* è una figura chiave del panorama concettuale di *common law*, tanto che essa più o meno consapevolmente è identificata senza residui con quest'ultima, chi scrive ritiene che essa non ne assorba per intero la ricchezza culturale.

Occorre spostare l'attenzione dal prodotto dell'attività delle corti (la sentenza) alla figura del giudice (ovvero al suo autore). L'ipotesi che va considerata nelle pagine che seguono è se la normatività riconosciuta alla *jurisprudence constante* sia un riflesso della capacità del giudice di creare diritto (che rappresenta il presupposto, più o meno esplicitato, della prassi *louisianian*). Più precisamente occorre vedere a quale modello culturale, fra quelli operanti in Louisiana, possa farsi risalire il paradigma del giudice creatore.

### 5. Giurisprudenza come fonte: sua estraneità alla tradizione di *common law* vigente in Louisiana...

In talune indagini sul modo in cui le corti percepiscono la loro funzione, si sottolinea che la rappresentazione che i giudici danno del loro operato è frutto dell'influenza del modello di giudice operante in *common law*.

Potrebbero infatti rilevarsi somiglianze non occasionali fra il modello di giudice operante nei "sistemi misti" e quello presente nelle corti di *common law*<sup>46</sup>, nella misura in cui il primo non avrebbe un ruolo meramente servente (rispetto all'atto del legislatore), quanto piuttosto "creativo". Tale creatività sarebbe manifestata in maniera inequivocabile dall'esercizio, da parte dei giudici operanti in "giurisdizioni miste", di poteri "inherent", così qualificati perché il loro esercizio non presupporrebbe a monte una delega del legislatore<sup>47</sup>. Attraverso tali poteri i giudici definirebbero, con le loro decisioni, vere e proprie norme generali atte a conformare la condotta (presente e futura) delle parti in ambito processuale, e non solo: in sostanza, "rules follow judges", e non viceversa<sup>48</sup>. Tali poteri, in quanto espressione di una visione del processo come ambito entro il quale il giudiziario è sovrano, essendo sottratto

<sup>46</sup> Questo paradigma sembra essere alla base delle osservazioni di V.V. PALMER, H. BOROWSKI, *Louisiana*, cit., pp. 290 e ss., che osservano che "[T]he Louisiana judiciary is cut from the common law mold, and operates within an American constitutional scheme that separates and protects its powers, and guarantees its independence [...] By and large, the institution of the Louisiana judge was the product of the environment within which it had to operate. A crucial factor was the influence of the law of the surrounding jurisdictions. In the formative period of Louisiana law, the local judiciary faced a much more onerous task in shaping the law than judges on the continent would face, and was expected to play a much more active role in state government" (p. 290).

<sup>47</sup> Una puntuale definizione del fondamento degli *inherent powers* si trova in una pronuncia della Suprema Corte canadese, *R v. Caron* (citazione tratta da R. JUKIER, *Inside the Judicial Mind: Exploring Judicial Methodology in the Mixed Legal System of Quebec*, 6 *J. Comp. L.* 54, 69 (2011)), che ne individua l'origine nella "very nature of the court as a superior court of law and not from statute".

<sup>48</sup> Al riguardo, V.V. PALMER (ed.), *Mixed jurisdictions worldwide*, cit., p. 44, considera quali esempi di norme di derivazione giudiziale quelle relative al "contempt power" e le "internal rules covering procedure and evidence".

all'ingerenza del potere politico, sarebbero connaturati al *common law*, parte del suo patrimonio genetico<sup>49</sup>.

L'individuazione di affinità fra la figura del giudice dei sistemi misti e gli omologhi operanti in sistemi di *common law* s'inserisce nella costruzione delle "mixed jurisdictions" – o meglio del loro funzionamento – come sistemi le cui aree normative sono conformate dalle tradizioni di *common* e *civil law* in modo tendenzialmente costante, secondo cioè una stabile ripartizione delle sfere d'influenza delle tradizioni. Secondo questo approccio, il diritto processuale sarebbe da ricondurre alla tradizione di *common law* non solo in virtù dell'introduzione (in un passato oramai lontano) di alcuni istituti "caratteristici" del diritto anglo-americano, ma anche perché il modo che i giudici hanno d'intendere il proprio operato sarebbe chiaramente ispirato alla figura del "common law judge".

Ammettere che i poteri "inherent" non presuppongano a monte un riconoscimento da parte del legislatore, e che dunque il giudice, nell'ambito entro cui questi poteri possono essere esercitati, sia tutto fuorché "bocca della legge", è rilevante ai fini della presente analisi della *jurisprudence constante*.

Se è poco plausibile sostenere che gli effetti del ricorso a tali poteri possano essere in modo assoluto circoscritti all'ambito processuale, che ne rappresenta il contesto originario, dovendosi più realisticamente ammettere che il loro esercizio non possa non produrre effetti sul terreno del diritto sostanziale<sup>50</sup>, ancora meno realistico sarebbe ritenere che le corti non operino in modo tale da garantire la vigenza del diritto sostanziale così prodotto<sup>51</sup>. Garanzia efficace dell'autonomia delle corti sarebbe proprio la *jurisprudence constante*.

<sup>49</sup> Per una ricostruzione in chiave storica della *ratio* sottostante al riconoscimento di poteri "inherent" alle corti in Inghilterra, L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 392-408. L'a. mette in evidenza che il riconoscimento della "sovranità" dei giudici nella disciplina della procedura è il portato della concezione medievale della procedura come "ordo iudiciarius", inteso nel senso del "complesso di regole logiche di delimitazione delle questioni rilevanti e di selezione delle prove ammissibili [...], e, insieme, quale proiezione di valori etici e dei relativi principi di giustizia naturale connessi all'ideale di uguaglianza".

<sup>50</sup> Con riferimento al Quebec, R. JUKIER, *Inside the Judicial Mind*, cit., pp. 61-62, rileva che, sebbene l'esistenza di *inherent powers* fosse intesa dalle corti superiori come originariamente circoscritta alla materia processuale, sì da consentire loro la possibilità di autogovernarsi e in tal modo garantire un efficiente svolgimento del processo, il loro esercizio ha nel tempo comportato la creazione di "new legal institutions", e dunque modifiche del diritto sostanziale: "this residual source of powers goes beyond mere technical matters or those limited to pure court administration".

<sup>51</sup> La lettura dell'autonomia delle corti come prodotto della cultura giuridica di *common law* potrebbe percepirsi affine ad un filone ben preciso di *jurisprudence* di stampo positivista che trova chiara espressione nelle riflessioni dedicate da Hart alla norma di riconoscimento (H. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002). Com'è noto, Hart distingue fra norme primarie – e cioè quelle che impongono obblighi – e norme secondarie, che conferiscono poteri. Fra queste, rilievo principale ha appunto la norma di riconoscimento, la cui funzione è quella di "riconoscere" validità a tutte le altre norme che compongono il sistema. La regola di riconoscimento di cui parla lo studioso è una regola realmente esistente come regola sociale, e, come tale, "si manifesta nel modo in cui ven-

In astratto, una lettura della *jurisprudence constante* come riflesso della *common law* (intesa quale categoria concettuale svincolata da una specifica epifania territoriale e storica) non sarebbe inficiata dalla circostanza che questa prassi si ricostruisce come non vincolante, posto che, come rilevato sopra, la teoria che declina il vincolo discendente dal precedente in senso forte non sarebbe idonea ad esprimere integralmente l'essenza di questa tradizione, dovendosi intendere alla stregua di una sua articolazione storicamente determinata.

L'essenza del *common law reasoning*, inteso nella sua dimensione diacronica di "practice of common practical reasoning", sarebbe da cogliersi nel suo essere "pragmatic", "nonsystematic", "contextual", "discursive", "analogical"<sup>52</sup>.

Ebbene, non può certo dirsi che la *jurisprudence constante*, sotto il profilo del suo concreto dispiegarsi in Louisiana, sia *a priori* incompatibile con quei filoni interni alla teoria generale del diritto anglo-americano che riconoscono implicitamente la creatività del giudice (a condizione che essa non manifesti semplicemente la sensibilità individuale del giudicante, ma sia espressione e sintesi di una "sensibilità collettiva"), pur non declinando il carattere vincolante delle sue pronunce come effetto "naturale" di questa.

Tuttavia, il criterio sulla cui base in Louisiana si opera la distinzione fra le tradizioni di *civil* e *common law* è rappresentato dalla capacità della pronuncia giudiziale di produrre effetti vincolanti, eletto a segno identificativo d'un approccio "di" *common law*. Alla luce di questa specifica, "situata" comprensione della *common law*, non sembra allora che in Louisiana la prassi della *jurisprudence constante* possa considerarsi un "germoglio" della tradizione di *common law*, non riconoscendosi a suddetta prassi, alla stregua di un orientamento largamente consolidato, la capacità di costituire un vincolo per i giudizi futuri.

gono individuate le norme particolari da parte dei tribunali o di altri funzionari privati o dei loro consiglieri" (H. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 120). L'esistenza della norma di riconoscimento è una questione di fatto che implica l'esistenza di un'accettazione effettiva da parte di coloro che Hart chiama "funzionari" (*officials*). L'applicazione della nozione di norma secondaria di matrice hartiana a giustificazione dell'autonomia dei poteri giudiziari (a prescindere cioè da un loro riconoscimento da parte del legislatore) ne presupporrebbe una fondazione "dall'alto", laddove storicamente l'idea di "inherent powers" sembra invece trarre fondamento dall'esistenza di pratiche sociali diffuse di natura "customary", dunque una legittimazione proveniente dalla comunità (dunque sembra postulare una ricostruzione "dal basso").

<sup>52</sup> La letteratura sulla natura del (e cioè su ciò che stabilmente distingue il) *common law* è sterminata. Ci si limita a rinviare a G.J. POSTEMA, *Philosophy of the common law*, in J.L. COLEMAN, K.E. HIMMA, S.J. SHAPIRO (eds.), *Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 1 e ss., ove si procede alla ricostruzione dei tratti costitutivi del *common law* nel senso proposto sopra nel testo.

### 5.1. ...e sua riconduzione nel solco della tradizione *civilian*

Un'alternativa consiste nell'appurare se la *jurisprudence constante* possa essere letta come istituto che trae il proprio senso specifico dalla tradizione di *civil law* (della sua epifania storica concretamente realizzatasi in Louisiana), rappresentandone un prodotto in senso proprio. Si articolerà, a tal fine, la verifica in due fasi<sup>53</sup>:

- a) si tenterà innanzitutto di vagliare la possibilità di ricondurre la *jurisprudence constante* alle fonti previste dal legislatore del codice civile;
- b) si cercherà poi di vedere da quale contesto tragga legittimazione il sistema codicistico delle fonti di diritto.

a) Il codice civile vigente in Louisiana colloca la legge al vertice del sistema delle fonti, del quale fa parte anche la consuetudine<sup>54</sup>, in posizione subordinata alla prima<sup>55</sup>.

Il legislatore, come già si è avuto modo di osservare, non riconosce espressamente alla giurisprudenza il rango di fonte del diritto.

Occorre vedere se da questo silenzio possano trarsi conseguenze puntuali in ordine alla questione della qualificabilità della giurisprudenza come fonte, e cioè se l'omessa previsione possa intendersi come indice della precisa volontà del legislatore di precludere al giudiziario il potere di produrre con le proprie decisioni effetti che trascendano i casi da esse regolati; o se, al contrario, l'omessa considerazione della giurisprudenza *ex professo* quale fonte del diritto non abbia siffatto significato, non potendosi pertanto escludere *a priori* che le pronunce giudiziali abbiano una portata non circoscritta alla controversia sulla quale intervengono.

Alla circostanza che nelle diverse codificazioni del diritto privato introdotte in Louisiana non sia stata mai adottata una disposizione di contenuto analogo all'art.5 del codice civile francese che, come è noto, inibisce alle pronunce giudiziali la capacità di produrre effetti trascendenti il caso da esse deciso<sup>56</sup>, non può riconoscersi valore dirimente, non potendosi trarre dall'inesistenza di una norma siffatta argomenti univoci a sostegno di una delle due opzioni sopra delineate<sup>57</sup>. Occorre verificare se vi siano previsioni che riconnettano a "fatti" altri dalla legge il potere di produrre norme, e cioè di conformare a li-

<sup>53</sup> W.T. TÊTE, *The code, custom and the court: notes toward a Louisiana theory of precedent*, in 1 *Tul. L. Rev.* (1973) 1.

<sup>54</sup> L'art. 1 prevede infatti che "[T]he sources of law are legislation and custom".

<sup>55</sup> Ciò risulta chiaro dalla formulazione del vigente art. 3, così come modificato nel 1987, che dispone che "[C]ustom may not abrogate legislation". Sul testo dell'art. 3 si ritornerà fra breve.

<sup>56</sup> L'art. 5 del codice civile statuisce che «il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises».

<sup>57</sup> In senso opposto a quanto osservato nel testo, C. GIRARD DAVIDSON, *Stare decisis in Louisiana*, 7 *Tul. L. Rev.* 100 (1932).

vello generale le condotte dei consociati; a tal fine, va rivolta l'attenzione agli artt. 3<sup>58</sup> e 4<sup>59</sup>, che definiscono rispettivamente la già menzionata consuetudine e i presupposti per l'esercizio da parte dei giudici dei poteri di *equity*.

Se l'art. 4 investe in modo diretto l'attività di giudizio espletata dalle corti legittimandone la creatività in caso di assenza di regole ricavabili da legislazione o consuetudine, la connessione fra consuetudine e attività di *adjudication* delle corti non è altrettanto immediata. L'art.3 definisce il contenuto della consuetudine e le condizioni per il riconoscimento del suo *status* di fonte del diritto, ma non chiarisce se e in che modo la giurisprudenza incida sulla sua formazione, e, dunque, in ultima analisi, sia fattore di produzione del diritto vigente.

Occorre chiedersi se da una lettura "congiunta" delle due previsioni sia possibile argomentare la natura di fonte della *jurisprudence constante*, pur in mancanza di un espresso riconoscimento da parte del legislatore della giurisprudenza come fonte.

Gli istituti delle *customs* e dell'*equity* son presenti nel sistema del codice civile sin dalla prima codificazione del diritto privato *louisianian* (nel Digest 1808 essi erano regolati, in modo pressoché identico ad oggi, agli artt. 3<sup>60</sup> e 21<sup>61</sup>).

Secondo una ricostruzione che pare meritevole d'attenzione<sup>62</sup>, gli istituti della *custom* e dell'*equity* sarebbero leggibili come espressioni dell'autorizzazione legislativa, rivolta alle corti, ad andare oltre il vincolo del diritto legislativo, ed in ultima analisi sarebbero manifestazione di una concezione del diritto vigente che non si esaurisce nella sua epifania legislativa. Il sistema delle fonti sarebbe informato ad una gerarchia che potrebbe definirsi "three-tier": fonte primaria sarebbe la "legislative expression"; fonte secondaria la "custom"; subordinate alle prime due, la "natural law", la "reason", i "received usages".

<sup>58</sup> L'art. 3 recita che "custom results from practice repeated for a long time and generally accepted as having acquired the force of law".

<sup>59</sup> L'art. 4 prevede che "[W]hen no rule for a particular situation can be derived from legislation or custom, the court is bound to proceed according to equity. To decide equitably, resort is made to justice, reason, and prevailing usages". Questa previsione – che sarà analizzata *infra* – comunica immediatamente l'esistenza di uno iato, già riconosciuto dal legislatore fra dimensione del diritto applicato ed espressione legislativa dello stesso; nel prosieguo, si cercherà di vedere se da essa possano trarsi conseguenze d'ordine sistematico sul piano delle funzioni istituzionali delle corti.

<sup>60</sup> "Customs result from a long series of actions constantly repeated, which have by such repetition, and by uninterrupted acquiescence, acquired the force of a tacit and common consent".

<sup>61</sup> "In all civil matters, the judge is bound to proceed and decide according to equity. To decide equitably, an appeal is made to natural law and reason, or received usages, where positive law is silent".

<sup>62</sup> W.T. TÊTE, *The code, custom and the court*, cit., 1; M.E. BARHAM, *A renaissance of the civilian tradition*, 33 *La. L. Rev.* (1973) 357.

Quando il giudice agisce *ex aequo et bono*, dichiara l'esistenza di un principio il cui fondamento è esterno al diritto legislativo. La reiterazione, nella veste di *jurisprudence constante*, della soluzione adottata dal giudice potrebbe essere considerata costituire un vincolo per i giudizi futuri qualora si riconosca in essa la verbalizzazione di una regola che ha status di *custom*.

In altre parole, *equity* e *custom* sarebbero momenti distinti di una sequenza volta alla produzione di una regola (della quale rappresenterebbero, rispettivamente, la fase nascente e il consolidamento), che segnalerebbe la possibilità che le sentenze possano produrre effetti che trascendono il singolo caso concreto.

Le pratiche alle quali la comunità informa la propria condotta *per se* non integrano diritto: esse sono meri *usages*. "Usages" e "customs" non sarebbero differenziabili sotto il profilo del loro contenuto, quanto piuttosto per il diverso valore giuridico che ad essi compete. Il primo termine individuerrebbe una condotta alla quale potrebbe riconoscersi rilevanza giuridica solo quando si consolidi in *custom*; solo cioè quando i giudici ne operino una verbalizzazione attribuendole veste di regola.

La trasformazione d'una pratica in regola giuridica di portata generale si realizzerebbe grazie alla mediazione delle corti. La *custom* di cui all'art.3 individuerrebbe (nelle sue varie forme) un diritto non scritto rivelato dalle decisioni dei giudici.

Attraverso la *jurisprudence constante*, cioè, le corti assolverebbero ad una funzione precisa, quella di attestare l'esistenza di regole che, pur non traendo origine da una previsione legislativa, governano la condotta della comunità; la "codificazione" della regola osservata in modo stabile dalla comunità attraverso una sua verbalizzazione ne *crystallizzerebbe il contenuto*; la sua sistematica reiterazione ne determinerebbe la giuridicizzazione, e cioè la sua appartenenza all'ordinamento giuridico<sup>63</sup>. Ma se il presupposto per il riconoscimento di questo status alla regola spontanea è l'esistenza di una giurisprudenza "costante", *sembrerebbe imporsi la conclusione che la giurisprudenza sia fonte quando essa si presenti in quest'ultima forma*. La qualificazione di una regola alla stregua di una *custom* conferirebbe ad un "diritto in divenire" (qual è tipicamente quello di produzione giudiziale) lo status di diritto "divenuto" (stabile)<sup>64</sup>. Il tentativo di ricondurre il diritto creato in via interpretativa dai giudici al diritto consuetudinario con l'obiettivo di assegnare ad esso una legittimazione forte non è certo nuovo, esprimendo una precisa direttrice interna alla tradizione europea di *civil law* che condivide con la teoria dichia-

<sup>63</sup> W.T. TÊTE, *The code, custom and the court*, cit., *passim*.

<sup>64</sup> Per il ruolo giocato dalla giurisprudenza nella cristallizzazione di un uso diffuso in *custom*, W.T. TÊTE, *The code, custom and the court*, cit., p. 14 (nt. 47), che osserva al riguardo che quest'ultimo integrerebbe "a form of positive law".

rativa del precedente inglese sopra esaminata la medesima idea sulla genesi del diritto: un diritto che sorge da forze interne, tacitamente operanti, e non *sic et simpliciter* dalla decisione del legislatore.

In sintesi, può osservarsi che la *jurisprudence constante* nella comprensione corrente che di essa è proposta in Louisiana segnala la possibilità di produrre, per via giudiziale, regole dotate di fondamento autonomo dal formante legislativo destinate ad essere applicate in presenza di una medesima situazione - tipo fino ad un mutamento successivo dell'orientamento delle corti, peraltro anch'esso da non assumersi come definitivo ed irreversibile<sup>65</sup>.

Con una formula (necessariamente) sintetica, può cogliersi il senso della *jurisprudence constante* nel suo collocarsi in una zona posta fra la produzione legislativa del diritto e la sua applicazione. Essa integrerebbe una "misura intermedia" fra la decisione del singolo caso concreto – che individua il campo proprio del *giudice che applica la legge*, la cui possibilità di "produrre" diritto sarebbe legata all'applicazione di un enunciato legislativo – e l'attività di regolamentazione preventiva, dotata dei caratteri di generalità e vincolatività, di una pluralità di casi dello stesso genere, che rappresenta l'ambito proprio del legislativo. La *jurisprudence constante* opererebbe un'estensione dei confini della creatività giudiziale, che non si darebbe necessariamente ed esclusivamente come ricostruzione del significato (dei significati) di un enunciato legislativo, ma che potrebbe presentarsi nelle vesti di un'argomentazione *immediatamente* produttiva di diritto.

L'attitudine "creativa" che connoterebbe l'operato delle corti non si coglierebbe, quindi, tanto sul versante "quantitativo" del margine di manovra – più o meno ampio – di cui esse godono nell'interpretazione dell'enunciato legislativo, quanto piuttosto su quello "qualitativo" di una loro *autonomia* dal legislativo sul piano dell'individuazione della regola di composizione del conflitto prescelta, e che si manifesterebbe principalmente: α) nella circostanza che la decisione giudiziale non debba darsi necessariamente, quale esito di un procedimento di carattere sillogistico, nella forma di deduzione da una previsione legislativa; β) nella possibilità, ricorrendo determinate condizioni, di una portata non circoscritta al caso deciso delle regole veicolate dalla decisione quando esse siano affermate in modo reiterato in una catena di sentenze.

Se il ricorso alla prassi in esame non sembra foriera di conseguenze particolarmente significative nel caso in cui manchi una previsione che regoli il caso specifico (nel qual caso essa è preordinata a colmare un *gap* normativo), una diversa valutazione sembra doversi compiere in merito ai casi in cui attraverso la *jurisprudence constante* sia osservata una regola di contenuto *diver-*

<sup>65</sup> Sarebbe dunque possibile per le corti, dopo aver interrotto un orientamento mantenuto nel tempo invariato, ritornare ad esso.

so – quando non addirittura contrastante con essa, come nel caso della massima *contra non valentem*<sup>66</sup> – da quella veicolata dall'interpretazione letterale dell'enunciato legislativo e non ad esso ricollegata in via d'interpretazione.

b) L'integrazione della *jurisprudence constante* nel sistema codicistico delle fonti, e il riconoscimento del suo statuto autonomo<sup>67</sup>, viene argomentata a partire da una loro concettualizzazione nell'alveo di un preciso orizzonte giuridico - culturale di riferimento, rappresentato dalla tradizione *civilian*, e più precisamente dalla tradizione del diritto spagnolo vigente in Louisiana all'epoca in cui essa era sotto il controllo dell'impero iberico.

Il codice civile, quale strumento attraverso cui il legislatore tipicamente tende ad una regolazione complessiva e organica dei rapporti fra privati, avrebbe sì determinato una compressione dell'ambito entro cui il giudice potrebbe "creare" diritto, non precludendo però in radice tale possibilità<sup>68</sup>.

La lettura della *civil law* quale tradizione che non individua nell'applicazione del diritto (prodotto dal legislatore) l'ambito di rilevanza esclusiva dell'operato del giudice trova una conferma puntuale nelle ricerche condotte da Gino Gorla sul diritto comune europeo<sup>69</sup>.

L'apporto più significativo della sua indagine è la messa in discussione del *cleavage* fra *common* e *civil law* quale riflesso di un'intima diversità dei loro tratti caratterizzanti, rappresentati dal carattere "giurisprudenziale" del primo e "legislativo" del secondo. Proprio nel valore vincolante riconosciuto al precedente giudiziale nel periodo compreso fra il sedicesimo e il diciottesimo secolo, Gorla troverebbe la chiave di volta su cui fondare la tesi della

<sup>66</sup> Si ricorre a questo brocardo in casi, diversi da quelli espressamente previsti dal legislatore (che dispone all'art. 3467 che "[P]rescription runs against all persons unless exception is established by legislation"), in cui si riconosce al titolare d'un diritto il potere di farlo valere oltre il termine entro il quale esso poteva essere esercitato, paralizzando in tal modo gli effetti estintivi normalmente legati al decorso della prescrizione. Nel conflitto che oppone chi è intenzionato ad esercitare un determinato diritto a colui che ha l'interesse d'evitare le conseguenze dell'attuazione di quest'ultimo, la massima in questione dunque è invocata per tutelare il primo. Il brocardo è impiegato allo scopo d'introdurre un elemento di flessibilità nella disciplina legislativa della prescrizione, mitigandone la rigidità. L'osservanza di questa massima è garantita appunto grazie ad una consolidata *jurisprudence constante* che ne riconosce la vigenza in Louisiana. In dottrina, si segnalano i lavori di V.V. PALMER, *The many guises of equity in a mixed jurisdiction: a functional view of equity in Louisiana*, 69 *Tul. L. Rev.* 1994, 23 nt. 44; D. NICHOLS, *Contra non valentem*, 56 *La. L. Rev.* (1995) 337; B.W. JANKE, *Revisiting Contra non valentem in light of hurricanes Katrina and Rita*, 68 *La. L. Rev.* (2008) 497; B.W. JANKE, F.-X. LICARI, *Contra non valentem in France and Louisiana: revealing the parenthood, breaking a myth*, 71 *La. L. Rev.* (2011) 503. Su questa ipotesi si ritornerà nelle conclusioni.

<sup>67</sup> W.T. TÊTE, *The code, custom and the court*, cit., p. 22: "[D]espite Thomas Jefferson and Edward Livingston, the medieval Spanish concept that the judge may participate in the creation of law has not been expelled from Louisiana".

<sup>68</sup> "The existence of a true civil code circumscribes the judge's power to promote the creation of law, but it does not eliminate it entirely" (ibid.).

<sup>69</sup> G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981.

sostanziale omogeneità fra diritto continentale europeo e diritto inglese in ragione di percorsi evolutivi paralleli<sup>70</sup>.

Gorla ha individuato nell'esperienza della giurisprudenza dei Tribunali Supremi operanti negli Stati italiani in età premoderna<sup>71</sup> una vicenda esemplare di produzione del diritto per via giudiziale (non in via di fatto, ma istituzionale in senso proprio), realizzatasi attraverso una circolazione delle soluzioni per il tramite (per utilizzare un'espressione di grande attualità) del "dialogo fra le corti", il cui esito è l'integrazione dei principi elaborati a livello statale in una dimensione normativa transnazionale. Un diritto giurisprudenziale dotato, ricorrendone i presupposti, di carattere vincolante<sup>72</sup>.

Le indagini del comparatista italiano tese a dimostrare che i *dicta* delle corti superiori avevano statuto di fonte in un'esperienza – interna alla tradizione di *civil law* premoderna – quale quella italiana, mettono in discussione la fondatezza di un'immagine, storica e cristallizzata, di questa tradizione "appiattita" sulla dimensione del diritto legislativo. Essa tutt'al più può corrispondere ad una sua parte, corrispondente in età moderna all'epoca inaugurata dalla rivoluzione francese.

## 6. Conclusioni

La possibilità d'individuare il fondamento della *jurisprudence constante* nella tradizione *civilian* è un chiaro indice che il rilievo accordato alla giurisprudenza nel sistema delle fonti non è segno inequivocabile di un'influenza determinante della tradizione di *common law*.

Nella versione operante in Louisiana, questa prassi coniuga i caratteri della normatività, nella misura in cui ad essa si riconosce l'idoneità a produrre regole generali (e dunque non semplici interpretazioni consolidate del diritto

<sup>70</sup> G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur.*, XXVI, 1991, pp. 4-5.

<sup>71</sup> G. GORLA, *I tribunali supremi degli Stati preunitari italiani quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati*, in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., pp. 543-617.

<sup>72</sup> Con riferimento alle *consuetudines iudicandi* dei Tribunali Supremi le cui decisioni rivestivano valore vincolante nel caso di cd. doppia conforme (altrimenti detta *binæ iudicaturae*), e cioè nell'ipotesi in cui fosse stata decisa due volte nello stesso senso la medesima questione, G. GORLA, *I tribunali supremi degli stati italiani preunitari quali fattori della unificazione del diritto nello stato e della sua uniformazione fra stati*, in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., pp. 589-594. Il vincolo poteva essere superato per gravi ragioni quali il mutamento delle condizioni economico-sociali (ivi, pp. 593-594). Secondo G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, cit., p. 4, la doppia conforme sarebbe storicamente all'origine della cd. *doctrina legal* in Spagna (oggi superata), in virtù della quale era riconosciuto valore vincolante alle pronunce del *Tribunal Supremo* quando una soluzione a margine della medesima questione fosse stata confermata in almeno due decisioni (l'esistenza della doppia conforme costituiva motivo d'impugnazione delle sentenze pronunciate da corti inferiori).

legislativo) e flessibilità, assicurata tanto dalla necessaria molteplicità delle sentenze quanto dalla “superabilità” dell’orientamento consolidato<sup>73</sup>.

La connessione fra *custom* e *jurisprudence constante* mette in evidenza un’ambiguità irrisolta nella ricostruzione dell’apporto della giurisprudenza alla formazione della *custom*. Da una parte, sembra che le corti “dichiarino” l’esistenza di una regola che preesiste alla loro rilevazione; dall’altra, non v’è dubbio però che essi la “creino” nella misura in cui le conferiscono un contenuto puntuale mediante la sua verbalizzazione<sup>74</sup>. Esse si pongono rispetto alla regola in una posizione non sostanzialmente dissimile a quella configurata dalla teoria dichiarativa del precedente. Con la differenza che ai fini dell’applicazione della doctrine della *jurisprudence constante* è necessaria una pluralità di sentenze. La flessibilità del vincolo costituito dall’esistenza della *jurisprudence constante* è coerente con la premessa per cui i giudici si limiterebbero a rilevare una regola, e non a porla d’imperio.

Rilevazione o creazione? Questa ambiguità irrisolta riecheggia un’ambiguità forse meno evidente, ma a parere di chi scrive sottesa alle disposizioni attualmente vigenti del codice civile consacrate alle fonti del diritto: artt.1 e 3.

Secondo la prima, “sources of law are legislation and custom”. Per la seconda, “custom may not abrogate legislation”. Se il legislatore si fosse limitato solo alla statuizione di cui all’art.1, si sarebbe potuto sostenere che le fonti hanno pari forza. Ma l’art. 3 precisa che una consuetudine non può abrogare la legislazione. Orbene, una lettura congiunta delle disposizioni può legittimare la conclusione che, poiché la consuetudine non può abrogare la legislazione, la prima è subordinata all’ultima. Da cui deriva che se la giurisprudenza costante esprime la *custom*, la soggezione alla legge che si predica per la *custom* si deve estendere anche alla *jurisprudence constante*.

E pur tuttavia esistono ipotesi in cui attraverso la *jurisprudence constante* si veicolano soluzioni che contrastano con puntuali previsioni legislative: è il caso sopra accennato della massima *contra non valentem*.

La circostanza che si tratti di ipotesi rigorosamente tipizzate dal giudiziario non toglie che esse rappresentino eccezioni riconosciute da questo, ma non dal legislativo. E pur tuttavia, esse non sono qualificate come *custom contra legem* dalle corti. Il giudiziario non percepisce (sembra non percepire) la

<sup>73</sup> Caratteri presenti nella declinazione francese della *jurisprudence constante* e assenti o meno marcati nelle due declinazioni più recenti dello *stare decisis* sopra esaminate.

<sup>74</sup> Lo stesso W.T. TÊTE, *The code, custom and the court, cit.*, p. 10, ricorda che “the thrust of this provision – that both the judiciary and the people as a whole play a role in the creation of custom – is necessary to an understanding of art. 3” (disposizione che regolava, al tempo in cui l’a. scriveva, la *custom*). Più avanti (p. 12), ricorda che la decisione *ex aequo et bono* del giudice contribuisce a creare “the formation of common belief that the disposition was reflective of the law and suggests a practice to conform with that disposition”.

loro contrarietà a una nitida previsione del legislatore che riserva a sé stesso la competenza di individuare eccezioni alla regola generale del decorso della prescrizione, come se fosse pacifica la conformità a legge di queste eccezioni individuate dal giudiziario.

Una possibile spiegazione di questo comportamento può essere forse ricercata nelle radici romanistiche della tradizione spagnola, sopra ricordata, che riconosce efficacia normativa alla *custom*.

Una recente indagine di un autorevole studioso del diritto romano<sup>75</sup> ha messo in evidenza che nel diritto romano classico era riconosciuta un'eguale forza della "consuetudine" e della "legge".

Solo l'opera di Giustiniano avrebbe successivamente subordinato la prima alla seconda, operando una soluzione di continuità rispetto ad un pregresso assetto delle fonti, in virtù del quale la posizione di leggi e consuetudini su un piede di parità ricavava la propria ragion d'essere dalla condivisione di un fondamento comune ad esse, da rinvenirsi nella sovranità del popolo.

In sostanza, una decisione politica aveva imposto un equilibrio diverso, a tutto vantaggio del potere politico<sup>76</sup>. La svolta impressa da Giustiniano non sarebbe riuscita, però, nell'intento di eliminare del tutto una comprensione, risalente ad un tempo precedente al suo intervento, dei rapporti fra intervento legislativo e diritto spontaneo che riconosceva a quest'ultimo la stessa forza della legge; per usare una metafora, questo corso d'acqua avrebbe continuato a scorrere nonostante un intervento umano abbia cercato d'arrestarne il flusso.

L'atteggiamento mostrato dai giudici in Louisiana sul terreno della *jurisprudence constante* potrebbe interpretarsi come un residuo storico di una comprensione del rapporto fra legge e consuetudine risalente al diritto romano classico (che ha continuato silenziosamente ad operare nonostante gli interventi imperiali sopra ricordati), e che infine è giunto in Louisiana attraverso la mediazione del diritto spagnolo<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> F. GALLO, *Carattere ideologico della soggezione del giudice alla legge*, Giappichelli, Torino, 2014.

<sup>76</sup> Quanto detto nel testo, è un tentativo di sintetizzare una questione molto complessa sorta a margine di un'antinomia fra fonti giustinianee; il tentativo di composizione di tale antinomia ha impegnato generazioni di romanisti. Se D.1.3.32 ammetteva la possibilità di un'abrogazione delle leggi non solo ad opera del legislatore, ma anche per "desuetudine", C.8.53.2, pur riconoscendo rilievo alla "longa consuetudo", inibiva ad essa di prevalere sulla "legge". W.T. TÊTE, *The code, custom and the court*, cit., p. 21 (nt. 79), rileva l'esistenza di un'antinomia analoga nell'ambito delle fonti spagnole, fra *Partida 1.2.5*, che statuisce che, perché un "uso" possa nel tempo attingere allo *status* di "consuetudine", non deve essere contrario alla "legge", e *Partida 1.2.6*, che consentiva la contrarietà della "consuetudine" alla legge, purché fosse accettata dal sovrano.

<sup>77</sup> Interessante il rilievo sviluppato al riguardo da W.T. TÊTE, *The code, custom and the court*, cit., p. 21: "[U]ndoubtedly some custom contra legem exists in every legal system. There is a tendency to give effect to practices that people consider binding, whatever the statute may say. *But courts do not*

Si tratta al momento evidentemente solo di una suggestione, nella consapevolezza che si rende necessario un approfondimento della riflessione sul punto.

*generally characterize a practice that they sanction as a custom contra legem because the power to repeal is legislative, not judicial. As article 22 indicates, laws are to be repealed by other laws”* (enfasi aggiunta). Considerazione che sembra potersi leggere come al tempo stesso ossequiosa della sovranità del legislatore ed aperta alla possibilità di una *consuetudo contra legem*, perpetuandosi nel presente l’ambiguità che l’a. coglie nelle Partidas sopra ricordate.