

LA TEORIA DEL PRECEDENTE

Corti di Common Law e di Equity come **sistemi normativi** di un unico sistema giuridico.

PRECEDENTE

Dobbiamo distinguere fra **TEORIA DEL PRECEDENTE** e **STARE DECISIS**

La teoria del **PRECEDENTE** indica la considerazione per le decisioni dei giudici e la loro utilità per l'elaborazione di **DECISIONI FUTURE**.

Invece, lo **STARE DECISIS**

- è invece una tecnica decisionale elaborata dai giudici per garantire stabilità, una sorta di «gerarchia» tra le fonti giurisprudenziali.
- Esprime il carattere vincolante del precedente giudiziario.
- Si afferma definitivamente nel XVIII secolo e si impone nel XIX, quando in Inghilterra il sistema delle Corti viene riorganizzato in modo piramidale con i *Judicature Acts* del 1873-75, rendendo così il **rispetto del precedente un fattore strutturale** della unitarietà dell'interpretazione, essenziale alla natura di fonte formale riconosciuta alla giurisprudenza.
- In base alla **teoria dichiarativa del diritto**, il giudice non crea il diritto, lo scopre. Poiché nulla garantisce che il giudice non possa sbagliare a scoprire il diritto, esistono naturalmente diverse possibilità di derogare al precedente.

DOBBIAMO DISTINGUERE ALLORA fra

- **Dottrina del precedente**: le regole sono tratte da principi contenuti in precedenti decisioni rese dagli organi giudiziari (**RES IUDICATA**);
- **Stare decisis (o binding precedent)**: esprime il principio della "vincolatività del precedente". Obbligo di attenersi alle precedenti decisioni (**DIRITTO OBIETTIVO**). Autorevolezza e forza del precedente vincolante che si afferma nel XIX secolo.

GRADO DI VINCOLATIVITA'

Orizzontale: il precedente vincola la **stessa corte** (e le sottostanti) che ha pronunciato la sentenza (precedente "interno"), che dovrà attenersi a quanto da essa statuito in casi anteriori (la corte perpetua la propria influenza ed esercita una funzione nomofilattica). **SI RIVOLGE ALLA COLLETTIVITA'**

Le Corti di pari grado (es. le tre Divisions della High Court) non sono vincolate REFUSAL TO FOLLOW A PRECEDENT

Si verifica un **conflitto** che solo una corte superiore potrebbe dirimere

- **Verticale:** le corti di grado inferiore sono obbligate ad attenersi ai precedenti delle corti gerarchicamente superiori: precedente "esterno" (corollario del rapporto gerarchico nell'organizzazione giudiziaria). **GERARCHIA DELLE CORTI**
- **In senso verticale.** La *House of Lords* (dal 2009, la *Supreme Court*) vincola le corti inferiori: *Court of Appeal*, *Divisional Court of the High Court*, *High Court*, *Crown Courts*, *County Courts*, *Magistrates Courts*).

Tuttavia, la Supreme Court ha stabilito nel 2016 (*Willers v. Joyce*) una deroga per le decisioni rese dal Judicial Committee del Privy Council possono vincolare le altre corti anche se in contrasto con le decisioni della Supreme Court se i giudici si rendono conto che il precedente è erraneo o è destinato ad essere abbandonato in futuro dalla Supreme Court.

I giudici del Privy Council sono gli stessi della Supreme Court.

- **In senso orizzontale:** l'unica corte che non è vincolata a precedenti propri o a precedenti di corti di pari grado è la *House of Lords* (dal 2009, la *Supreme Court*).

DIRITTO COSTITUZIONALE COMPARATO 13 APRILE 2017

- **Orizzontale:** mentre la *U.S. Supreme Court* non si sente vincolata ai propri precedenti, le corti inferiori applicano lo *stare decisis*.
- **Verticale:** vincolante.
- *A livello statale:* trial, municipal courts and justices of the peace (courts at nisi prius); appellate courts; supreme court.
- *A livello federale:* 95 district courts, U.S. courts of appeal (circuit courts), Supreme court
- **Australia:** molto rigorosa l'applicazione dello *stare decisis* in senso verticale (district courts supreme courts statali; High Court federale). Non si applica in senso orizzontale (**ma cauto l'uso dell'overruling**)
- **Canada:** analogo al Regno Unito
- **India:** Session Courts, High Courts Statali, Supreme court federale. Opera in senso verticale e anche in parte orizzontale (ogni High court statale è vincolata ai propri precedenti). È in costituzione: art. 141. Tutte le corti sono vincolate alle decisioni della Corte suprema.
- **Irlanda:** District courts, Circuit courts, High Court/Central criminal Court, Supreme court. Vincola in senso verticale e orizzontale.

Perché non opera il precedente orizzontale a livello di corti di vertice?

1898: *London Street Tramways Ltd v London City Council* (A.C. 375). La *House of Lords* affermò il principio per il quale essa era obbligata ad applicare le precedenti proprie decisioni.

1966: *Practice Statement* (1966, 3 All ER 77). La Corte si riconosce il diritto di discostarsi dai propri precedenti “quando appaia giusto farlo” (ferma restando, per la generalità dei casi, l'obbligatorietà dei precedenti).

Persuasive Precedent e In point

- **Precedente persuasivo.** Non v'è obbligo di conformità al precedente, almeno a livello formale. E tuttavia la decisione, per il caso che tratta, per l'autorevolezza o dei giudici che l'hanno

DIRITTO COSTITUZIONALE COMPARATO 13 APRILE 2017

resa (anche se gerarchicamente inferiore), o dei tribunali (Corti europee, Corte suprema USA, ecc.) si vede conferire un peso superiore a quello suo proprio.

- Affinché scatti l'obbligo dello **stare decisis** debbono sussistere i **seguenti presupposti**:
 - 1) Precedente reso **in point**. Non devono essere riscontrate rilevanti differenze in fatto e in diritto tali da determinare l'impossibilità di assoggettare il caso da decidere al precedente giudiziario.
 - 2) La decisione deve provenire da un giudice sovraordinato (o vi deve essere autovincolatività del precedente).
 - 3) **Ratio decidendi** (ragione di decidere): parte vincolante della precedente decisione, nucleo normativo della decisione, elemento determinante ai fini della decisione, regola giuridica a base della sentenza, giustificazione espressa nella decisione.

VALUTAZIONE DEL GIUDICE (estensiva, restrittiva)

- 4) Vi concorrono necessariamente due elementi: tanto i fatti di causa, quanto l'argomentazione in diritto. La **ratio decidendi è infatti la risultante dell'uno e dell'altro, in una complessa interazione fra principio di diritto e aspetti della controversia ritenuti qualificanti ed essenziali**.
- 5) **Obiter dictum**: è tutto ciò che nella sentenza non forma la ratio decidendi. Le affermazioni del giudice non collegate ai fatti di causa, argomentazioni che, pur connesse, non vengono assorbite nella sentenza definitiva, motivazioni ridondanti, un puro passaggio su questioni non entrate nella discussione.
- 6) Ma possono anche essere **dissenting opinions**.
- 7) **Efficacia: meramente persuasiva**.

Eccezioni allo stare decisis

Quando si avverte l'esigenza di un mutamento nella giurisprudenza entrano in gioco una serie di meccanismi che paralizzano in via definitiva o provvisoria l'efficacia del precedente.

DIRITTO COSTITUZIONALE COMPARATO 13 APRILE 2017

- **Ab origine** (precedente viziato nella struttura e nel procedimento che ne ha determinato l'emanazione)
- **Distinguishing** (non pertinenza con il caso di specie: non è in point)
- **Overruling** (se ne nega la sopravvivenza)

Ab origine

- Presenza di un vizio oggettivo, comprovabile, intrinseco alla decisione, che la priva di vincolatività (contrarietà a norma imperativa, difetto di contraddittorio, ratio oscura, ecc.)
- Il vizio è **in re**: il giudice si limita a prenderne atto.
- Decisioni rese: **per incuriam** (mancata applicazione di atto legislativo o precedente autoritativo sul punto: **ignorantia legis che incide sul legal reasoning**); **sub silentio** (la ratio non è stata pienamente discussa nel processo per colpa del giudice o per assenza di contestazione da parte delle parti); **cessante ratione cessat ipsa lex** (mutamento delle circostanze e del substrato logico su cui poggiava la ratio: non ha più senso mantenerla in vita); rationes contrarie a principio implicito nel sistema o troppo ampie o in conflitto con altre emesse da corti di pari grado, ecc.

Distinguishing

- Operazione in base alla quale il giudice dichiara di non voler applicare un precedente vincolante al caso che deve decidere perché non sussistono i presupposti di fatto e di diritto che hanno giustificato l'adozione della regola che egli sarebbe tenuto ad applicare.
- Si evidenzia che l'elemento di identità del fatto nei due casi non è in point: il precedente sarà così **distinguished** e da **binding** declasserà a **persuasive**.
- **L'opposto (USA) del distinguishing è il precedente harmonized**: si fanno scomparire le differenze che sarebbe sufficienti per esercitare il distinguishing.

Genuine e Restrictive Distinguishing

DIRITTO COSTITUZIONALE COMPARATO 13 APRILE 2017

- **Genuine (non restrictive) distinguishing:** tra precedente da applicare e caso da decidere si danno (in point) delle differenze significative che rendono il precedente stesso non applicabile perché non pertinente.
- **Restrictive distinguishing (limited precedent negli USA):** il precedente autoritativo da applicare esprime una ratio decidendi troppo ampia rispetto alla fattispecie che le ha dato origine. **Interpreterà la ratio in maniera più restrittiva e più aderente alla fattispecie originaria.** La ratio già vincolante non comprenderà più una situazione esattamente corrispondente a quella originaria. E si aggirerà il precedente.
- **Overruling**
 - Cancellazione per sempre di una determinata ratio: è una sorta di abrogazione sostitutiva. A un precedente se ne sostituisce un altro.
 - Effetto sostanzialmente retroattivo: può ovviamente frustrare le aspettative delle parti.
 - Anticipatory and Prospective Overruling (USA)
- **Anticipatory (decisione assunta sulla base non di decisioni precedenti, ma di probabili decisioni future):** coinvolge stare decisis nella portata verticale. In presenza di una Corte suprema che non si sente vincolata ai propri precedenti (i giudici inferiori sì, si attengono anche agli obiter), quale precedente seguire se due sono in conflitto? **Una corte inferiore si rifiuterà di applicare un precedente della Corte suprema se sia ragionevolmente certo che, sulla base delle sue pronunce, può dirsi che la Corte suprema stessa non seguirà più quel dato precedente.**
- **Prospective:** opera a livello di Corte suprema. Essa modifica il precedente non più adeguato a regolare una fattispecie, per i casi futuri, decidendo quello su cui deve pronunciarsi in base alla regola superata. **Bilancia due interessi: la tutela dell'affidamento e della certezza del diritto (caso da decidere) con la necessità di mutare una ratio sbagliata (casi futuri).**

