

LA RILEVANZA DEL FATTO NEL PRECEDENTE GIUDIZIARIO

Differenze nella teoria fra i profili di FATTO e quelli di DIRITTO

Nel **XIX** secolo vi furono grandi trasformazioni nel diritto processuale inglese.

COMMON LAW PRINCIPLE-ORIENTED

Osservanza di **principi generali** e caratterizzanti dell'ordinamento giuridico inglese

Judicature Acts 1873-1875 riorganizzano il sistema della giustizia inglese rimasto in vigore sin dal Medioevo.

Alla base vi furono gli interessi industriali, commerciali e finanziari del Paese che, per la soluzione di casi complessi, necessitavano di provvedimenti adottati in differenti corti giudiziarie.

Nel 1873, le vecchie corti superiori furono abolite e creata una Corte Suprema di Giustizia (**Supreme Court of Judicature**) suddivisa nella

High Court of Justice e nella **Court of Appeal**.

L'Alta Corte (High Court) è stata divisa in cinque sezioni specializzate sulla base delle vecchie corti centrali (King's Bench, Common Pleas, Exchequer, e Chancery), con l'aggiunta della nuova competenza in materia di successioni, il divorzio e la Corte dell' Ammiragliato.

La giurisdizione assorbe le corti di Common Law e di Equity

Si rafforza l'idea del precedente vincolante e della funzione dello stare decisis

Rispetto dei precedenti e **certezza del diritto**

NOVEL CASES

Nuove questioni di diritto non coperte da precedenti, nuove circostanze che mettono in discussione la forza di un precedente

La particolarità del FATTO si rende condizione per la modifica del precedente

Ogni sentenza va letta in rapporto ai fatti accertati in giudizio, la **regula iuris** applicata è coerente con questi fatti

Attenzione della dottrina sul concetto di **RATIO DECIDENDI**

Corrispondenza del precedente al nuovo fatto. Nessun caso è eguale a un altro (1934)

A.L. Goodhart, Yale Law Journal 1930

Questa tesi ha suscitato un grande dibattito verso la fine degli anni Cinquanta.

TRIPLICE prospettiva nel rapporto fra fatto e diritto all'interno del precedente giudiziario:

- A) La posizione del criterio per la qualificazione come **rilevanti** dei fatti di un caso precedente;
- B) La determinazione del grado di **incidenza delle circostanze di fatto** sull'espressione del principio di diritto;
- C) L'identificazione dell'organo giudiziario competente a pronunciarsi nelle due questioni sulla rilevanza dei fatti

Individuazione del FATTO giudizialmente provato in un caso precedente (**MATERIAL FACT**) che può spiegare i suoi effetti in un caso successivo.

Domanda che nel dibattito scientifico si è posta:

L'infinità varietà dei fatti analizzati nei casi giudiziari e la varietà delle decisioni adottate dai giudici può compromettere l'enucleazione di principi giuridici validi per il futuro?

ISOLAMENTO dei fatti di assoluta rilevanza che limitano il perimetro operativo della RATIO DECIDENDI

Teoria strutturalista

La RECEZIONE del *Common Law* nelle colonie nord-americane

Le prime Colonie inglesi nascono nel XVII secolo, per diverse ragioni, sia commerciali che religiose.

Original 13 British Colonies



Ricordiamo i principali avvenimenti della storia americana che interessano il diritto costituzionale:

Con il **Boston Tea Party** (inizialmente chiamato **the Destruction of the Tea in**

Boston) – atto di rivolta politica dei coloni di Boston contro il Tea Act del 10 maggio 1773

– ha inizio la guerra e dell'indipendenza delle 13 colonie (16 dicembre 1773).
L'Inghilterra

aveva imposto alle colonie l'importazione del tè dalle Indie e ne aveva demandato la commercializzazione al minuto direttamente alla Compagnia delle Indie.

Gli Stati Uniti d'America dichiararono la loro indipendenza il 4 luglio 1776, dopo aver sconfitto la Gran Bretagna, anche per l'alleanza con Francia e Paesi Bassi.

La Convenzione di Filadelfia si riunì tra il 25 maggio ed il 17 settembre 1787 nell'*Independence Hall* di Filadelfia, con lo scopo di riformare gli articoli della Confederazione. I delegati erano in totale 55 e provenivano da tutti i 13 Stati federati ad eccezione del Rhode Island assente.

Fra i delegati, erano presenti Benjamin Franklin, George Washington, James Madison e Alexander Hamilton, mentre Thomas Jefferson era in Francia e John Adams in Gran Bretagna.

La Costituzione degli Stati Uniti d'America fu completata il 15 settembre 1787 e sottoposta alla ratifica di convenzioni dei singoli Stati.

Della battaglia politica fra federalisti e antifederalisti si parlerà successivamente, affrontando il tema della forma federale dello Stato.

Ritorniamo alla recezione del diritto inglese

Il **DIRITTO INGLESE** era l'unico conosciuto dai giuristi americani post-rivoluzionari.

Le uniche FONTI disponibili erano quelle inglesi, fra cui Blackstone e Coke. Non esistevano trattati di diritto americano o raccolte di Case law.

I primi giuristi inglesi arrivarono in America, dopo l'esecuzione di Carlo I in Inghilterra

(30 gennaio 1649) e furono protagonisti del riscatto della loro classe sociale.

Il principale problema che in America i giuristi si posero fu quello di dover creare **un sistema giuridico nuovo**.

La domanda che i giuristi si rivolsero era sull'opportunità di prendere in blocco il diritto inglese, lasciando al successivo apporto delle Corti eventuali cambiamenti. Ma non vi furono risposte adeguate, neppure in sede di stesura della Costituzione.

L'unico dogma accettato fu quello secondo cui il governo federale dovesse costituire un organo dotato di poteri limitati, dovendo tutti gli altri poteri essere di competenza degli Stati, e che in merito alla competenza giudiziaria non si poteva riconoscere una common law degli Stati Uniti, ma soltanto una common law dichiarata dai tribunali federali

Qual era il rapporto con l'Inghilterra?

La Rivoluzione aveva provocato nella maggior parte degli americani un'avversione per l'Inghilterra e le sue consuetudini

Vi furono leggi che proibirono l'uso di qualsiasi materiale giuridico inglese nei tribunali e nel New Jersey fu promulgata una legge nel 1799 (abrogata nel 1819) che vietava di citare decisioni inglesi anteriori al 1776 ma anche commenti, dottrina, trattati, o altra esposizione o spiegazione della Common Law (GILMORE)

Anche nel New Jersey, nonostante non vi fossero leggi in tal senso i giudici e gli avvocati evitavano di utilizzare qualunque richiamo che potesse suonare come indebita deferenza alla common law inglese.

Intorno al 1820, il **diritto americano** divenne opera di professionisti, si cominciano a pubblicare i reports delle corti statali e federali, opere di diritto americano e inglese, con annotazioni relative al diritto americano.

Dal 1820, non ha più senso una recezione totale del modello inglese, si era costruita una base indigena per i futuri sviluppi del diritto nord-americano.

Si affermano figure di giuristi come i giudici della Corte Suprema **John Marshall** (1755-1835) e **Joseph Story** (1779-1845).

La circolazione delle decisioni dei giudici si avvantaggiò della istituzione di reporters ufficiali che avevano il compito di editing , con risultati che variavano da stato a stato anche a seconda della qualità delle sentenze.

Fra le opere più importanti

il Manuale di **David Hoffman**, *A Course of Legal Study, addressed to Students, and the Profession generally* (1817), utilizzato dagli student americani.

Il Manuale di **Nathan Dane**, *A general abridgment and digest of American law, with occasional notes and comments* (1823).

Uno degli obiettivi che i giuristi americani si erano posti era quello della uniformità nazionale, una sorta di codificazione limitata, che si espresse attraverso la pubblicazione di letteratura specificamente americana, di grande originalità e solidità accademica.

Da questo momento la produzione della dottrina nord-americana supererà quella inglese.

Per quanto riguarda i Law Reports americani, il loro sviluppo prese l'avvio con la sentenza

Caso **Wheaton and Donaldson vs Peters and Grigg** (1834)

Dal 1816 al 1827, la Corte Suprema affida al giurista Henry Wheaton, il compito di raccogliere e divulgare le proprie decisioni, che quest'ultimo pubblica annualmente presso l'editore newyorkese Donaldson.

Per prassi, la Corte non riconosce alcun compenso al reporter, il quale può però negoziare con l'editore il diritto di sfruttamento economico dell'opera riconosciuto dal copyright.

Richard Peters, il giurista che nel 1828 succede a Wheaton, aveva notato il costo elevato dell'intera serie dei precedenti pubblicati e decide di realizzare dei “**Condensed Reports**” in modo da rendere la giurisprudenza della Corte più accessibile al grande pubblico.

Il successo dei sei tomi, dati alle stampe con l'editore Grigg e venduti al prezzo di un quinto dell'edizione precedente è immediato.

Wheaton e il suo editore Donaldson citano Peters e Grigg di fronte alla Corte

Federale della Pennsylvania, accusandoli di violare il proprio copyright in base al Copyright Act e alla Common Law. Peters e Grigg reagiscono articolando la propria difesa in tre punti: 1) Wheaton e Donaldson non possono giovare della normativa federale perché non hanno espletato tutte le formalità richieste dalla legge;

2) il copyright non è riconosciuto dalla Common Law, bensì è una creazione del legislatore;

3) inoltre, per la loro funzione e natura, le decisioni giurisprudenziali non possono godere della tutela del copyright.

La sentenza apre una competizione fra editori che ancora oggi rappresenta una caratteristica dell'ordinamento statunitense.

LA COSTITUZIONALIZZAZIONE DELLA COMMON LAW

L'atto di fondazione degli USA si è materializzato nella prima **Costituzione scritta e rigida della storia** e ha dato avvio a un'impresa ambiziosa, che punta a integrare costituzionalismo e democrazia, garanzie di libertà e istanze di autogoverno.

Per identificare i **valori politico-filosofici** alla base della Costituzione e specificare, a partire dagli stessi, i tratti distintivi dell'ordinamento concepito dai Padri Fondatori, bisogna leggere la Costituzione degli USA andando oltre il dato testuale e coglierne il sostrato concettuale e i suoi obiettivi.

Si tratta di un'operazione teorica impegnativa sotto due profili:

- a) **sul piano dell'analisi storiografica**, essa esige il confronto con una costituzione scritta a più mani e frutto di una mediazione tra visioni diverse della politica e del diritto;
- b) **sul piano dell'analisi concettuale e normativa**, richiede l'inquadramento di una grammatica costituzionale che combina democrazia e costituzionalismo, tenendo insieme ideali potenzialmente confliggenti, cioè l'ideale democratico della sovranità popolare e l'ideale costituzionalistico del governo delle leggi.

Rule of the people e **rule of law** sono i due poli concettuali di una costituzione che assorbe in sé le ragioni dell'uno e dell'altro, per fondare su di esse la propria supremazia e porle alla base dell'ordinamento.

Questo “doppio” registro costituzionale, e il suo background filosofico, sono contraddistinti da un eccezionalismo che non può essere colto solo con strumenti o categorie concettuali mutuati da altri contesti: «gli americani hanno preso in prestito molto dai pensatori antichi, ma hanno costruito un **modello costituzionalistico assolutamente peculiare**

Tale modello, infatti, si ispira a diversi paradigmi filosofici e ce ne offre una sintesi originale.

Alle origini del “doppio” registro della Costituzione americana, vi è l’aspirazione dei *Founding Fathers* a realizzare, congiuntamente, due obiettivi: la **protezione dei diritti, delle libertà e delle proprietà dei singoli** e il rafforzamento della **cornice politico-democratica** entro cui si svolgeva la vita dell’Unione, data l’insoddisfazione rispetto al sistema di governo creato con gli Articoli della Con-federazione dopo la conquista dell’Indipendenza.

Con la Costituzione federale, i Fondatori hanno inteso soddisfare, per un verso, l’esigenza di garantire ai singoli cittadini un ampio grado di protezione e autonomia rispetto al nuovo governo e, per altro verso, il bisogno concreto di un **governo democratico centrale** più forte di quello preesistente.

A tal fine, i costituenti americani hanno fondato un ordinamento democratico-costituzionale, cioè hanno combinato il principio della garanzia costituzionale con il principio della sovranità popolare per legittimare la democrazia “nel” diritto e, quindi, creare un sistema di governo rappresentativo della volontà politica dei cittadini, ma anche soggetto a **limiti** posti, in via originaria, dal patto costituente.

In quest’ottica, i Founding Fathers hanno **rifondato** la logica della sovranità e la visione del diritto assimilate dalla tradizione costituzionale britannica

.

L’esperienza politica maturata nel periodo coloniale e post-coloniale, infatti, aveva messo in luce le **debolezze dell’assetto monarchico-costituzionale** del Commonwealth che, tradizionalmente, assegnava la sovranità al King in Parliament, ossia alla corona co-me “istituzione rappresentata in Parlamento” e non come persona.

L’ente sovrano, quindi, era un corpo politico “sdoppiato”, che rappresentava sia il monarca sia il parlamento e, insieme con essi, i

valori, le regole e i costumi che costituivano il nucleo dell'Ancient Constitution

Non vi erano, tuttavia, **formali vincoli esterni o freni istituzionali** alla volontà politica e normativa del King in Parliament che poteva emanare o modificare qualunque tipo di legge, non soltanto le leggi ordinarie, ma anche quelle

“fondamentali” riguardanti i diritti dei sudditi.

Come possiamo ricordare, le decisioni giudiziali integravano o modificavano il sistema di norme riguardanti i diritti, per arricchirlo o correggerlo in chiave di garanzia.

Su questo terreno, pesavano soprattutto due “debolezze” del sistema giuridico e politico del Commonwealth

A) **un deficit democratico**, che creava un'incolmabile distanza tra la volontà politica dei coloni americani e quella espressa dal Parlamento e dalla corona inglesi.

B) **le insufficienti garanzie per i diritti fondamentali**: erano affidate a un corpus di leggi, decisioni giudiziali e costumi che non connotava in termini formali e

“certi” l'inviolabilità dei diritti, ma l'assumeva come intrinseca a un “ordine” giuridico connaturato alla common law

L'ordinamento britannico si caratterizzava per un sistema di poteri autoreferenziale, privo di freni o regole esterni ad esso: su questo terreno, si è prodotta la profonda frattura, storica e teorica, tra il costituzionalismo anglosassone e quello americano, in un ambiente culturale ricco di spinte all'assimilazione e al superamento della cultura politica e giuridica del Com-monwealth.

Il costituzionalismo americano ha mutuato da quello britannico la visione della sovranità come potere istituzionale e non “personale” e del potere giudiziario come potere indipendente di garanzia.

I **Founding Fathers** hanno preso le distanze dal vero punto debole del sistema di common law inglese, ossia la flessibilità delle leggi fondamentali e dei diritti, per fondare un sistema giuridico che stabilisce un ordine gerarchico tra le norme e, al suo vertice, colloca una costituzione, non modificabile con gli strumenti della legislazione ordinaria, che afferma il primato dei diritti individuali e allo stesso tempo, definisce la struttura e le modalità d'azione del sistema di governo.

Il costituzionalismo “di rottura” dei Founding Fathers ha uno sfondo ideologico complesso, che combina il pensiero di Locke e

Montesquieu con quello di Sidney ed Harrington, il liberalismo e il repubblicanesimo civico con l'utilitarismo e lo storicismo.

La ricostruzione del processo di assimilazione e rielaborazione di modelli teorici così diversi è estremamente controversa ed è al centro di un dibattito molto ampio, caratterizzato, negli ultimi decenni, dalla contrapposizione tra tesi di stampo liberale, storicamente prevalenti, e tesi di stampo repubblicano

cosiddetta **interpretazione "economica"** delle origini della costituzione proposta da Charles Beard, secondo cui questa sarebbe stata concepita come strumento per la composizione di interessi prevalentemente patrimoniali, primo fra tutti quello alla difesa degli assetti proprietari.

Il modello costituzionalistico proposto da Edmund Burke rifugge dall'astrazione concettuale per privilegiare la dimensione concreta del diritto, della politica e della vita istituzionale, in cui riconosce il motore della storia costituzionale degli USA nonché l'ambito entro il quale devono prender forma, e trovare giustificazione, le trasformazioni dell'ordinamento.

In quest'ottica, l'ordinamento USA è il prodotto di una prassi che si è definita grazie alla progressiva stratificazione e al costante arricchimento di un patrimonio di tradizioni e "pratiche" che sono la linfa vitale della common law americana.

La tradizione, così, diventa la leva teorica di un progetto costituzionalistico che punta a uno sviluppo lineare, per escludere o limitare le soluzioni di continuità rispetto al passato.

L'idea di un'evoluzione dell'ordinamento nel solco della continuità con la tradizione, declinata in chiave più o meno conservatrice, infatti, è "diffusa" nella teoria costituzionale e, in modo più o meno incisivo, è presente nelle tesi che la dominano, d'ispirazione liberale come repubblicana.

Liberalismo e repubblicanesimo avanzano tesi costituzionalistiche, che rinviano a due diverse tendenze interne alla realtà costituzionale e tra loro concorrenti: se nella prospettiva liberale l'ordinamento USA tende alla tutela dell'autonomia individuale, in quella repubblicana, invece, esso promuove innanzitutto la virtù civica e, con essa, le libertà strumentali alla sua espressione.

In quest'ottica, i liberali promuovono un paradigma costituzionalistico costruito intorno al primato dei diritti individuali

e i repubblicani un paradigma fondato sull'ideale del self-government inteso come cittadinanza "attiva".

Il dibattito costituente e gli scritti dei Founding Fathers rivelano che sia il pensiero liberale sia quello repubblicano hanno esercitato una notevole influenza sulle diverse correnti politiche della Philadelphia Convention, finendo per ispirare aspetti differenti dell'accordo tra la corrente federalista e quella anti-federalista.

Queste, infatti, portavano avanti idee diverse sulle libertà individuali e il loro statuto costituzionale, sulla politica democratica e il suo ruolo nell'ordinamento, sulla costituzione e i limiti che questa pone al potere.

Il programma politico dei **Federalisti** era fortemente influenzato dalla tradizione del repubblicanesimo civico, soprattutto per quanto riguarda la concezione della

politica democratica come strumento di autodeterminazione individuale e promozione della virtù civica

il programma **anti-federalista** era d'ispirazione prevalentemente liberale e poneva l'accento sull'assoluta priorità dei diritti e dell'autonomia dei privati rispetto all'interesse pubblico

.
Il divario tra queste due visioni ha segnato l'acceso confronto politico nell'assemblea costituente per ricomporsi, poi, entro una costituzione che, "mediando" tra istanze federaliste ed anti-federaliste, ha fondato un sistema politico e giuridico ispirato a valori liberali, per quanto concerne lo status normativo riconosciuto ai diritti fondamentali dell'individuo, ma anche a valori repubblicani, per quanto riguarda l'organizzazione del sistema politico e lo status di cittadinanza.

Liberalismo e repubblicanesimo, cioè, hanno fornito ai Fondatori americani gli strumenti concettuali per trasfondere nella costituzione sia l'esigenza di tutelare le libertà dei cittadini sia la volontà di renderli egualmente partecipi della vita pubblica.

Il tessuto normativo della carta costituzionale, infatti, combina tecniche di limitazione del potere, a vantaggio dei diritti, con strumenti di legittimazione democratica del potere e del suo esercizio.

L'ambivalenza ideologica della Costituzione americana, così, trova riscontro nella sua ambivalenza strumentale: essa **istituisce un sistema democratico**, ma lo vincola al rispetto dei diritti; si tratta, cioè, di una costituzione che fonda il potere e poi lo disciplina, ne articola l'assetto e lo bilancia, lo sottopone a limiti e dà uno scopo al suo esercizio.

Sul piano concettuale, le **tecniche di limitazione del potere** presuppongono l'ideale costituzionalistico del **rule of law**, cioè del governo delle leggi, articolato in più principi, dal primato normativo della costituzione alla separazione dei poteri; gli strumenti di legittimazione democratica, invece, presuppongono l'ideale del **rule of the people**, cioè della **sovranità popolare**, declinato in una versione che "dissolve" la sovranità del popolo entro la costituzione per legittimare i poteri fondamentali dell'ordinamento e "autorizzare" il loro esercizio.

Rule of the people e **rule of law**, quindi, fondano e giustificano una trama normativa che, da una parte, **vincola** e, dall'altra parte, **autorizza** il potere; il nesso tra queste due sponde normative passa attraverso una compenetrazione tra diritto e politica che rende la costituzione strumento giuridico e politico insieme: sul piano

giuridico, essa funge da norma di chiusura e da legge “suprema” dell’ordinamento mentre, sul piano politico, istituisce e regola la struttura e le dinamiche del governo democratico.

Questa **doppia prospettiva**, ideologica, strumentale, normativa, è il frutto di quel **compromesso** costituente che ha messo d’accordo le tante anime della Philadelphia Convention ne ha incanalato le tensioni ideologiche, liberali e repubblicane, verso la realizzazione di un progetto comune, a partire da una convergenza “minima” sui nodi problematici di maggior rilievo: diritti, politica democratica e garanzie costituzionali.

