



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



IL PRECEDENTE VINCOLANTE IN COMMON LAW

Le tecniche di mitigazione del precedente vincolante: overruling e distinguishing.

di **Annamaria Di Clemente**
IUS/15 - DIRITTO PROCESSUALE CIVILE
Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile
Raffaele Giaquinto

Publicato, Lunedì 18 Giugno 2018

Sommario: 1. Introduzione; 2. Stare decisis orizzontale; stare decisis verticale; 3. Il precedente giudiziario: ratio decidendi e obiter dictum; 4. Overruling e distinguishing; 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Preliminarmente occorre chiarire cosa si intende per precedente giudiziario ai fini che qui rilevano.

Il precedente giudiziario postula la sussistenza di una pronuncia emessa da un giudice, generalmente secondo la forma di sentenza, per la risoluzione di una fattispecie sottoposta al suo esame in epoca antecedente a quella in cui identica fattispecie sia all'esame di un giudice per la decisione; identità, naturalmente, sotto il profilo dell'astrattezza altrimenti si incorrerebbe nel divieto del ne bis in idem, ipotesi, questa, del tutto diversa.

In linea di principio tutti gli ordinamenti attribuiscono una certa importanza al precedente giudiziario quale espressione del più generale principio di certezza del diritto laddove fattispecie uguali devono trovare uguali decisioni.

Detta importanza, tuttavia, va ad atteggiarsi diversamente a seconda che il precedente sia giuridicamente vincolante o meno - se pure in tale ultima ipotesi lo stesso non potrà essere, appunto, ignorato tout court - così da operare un distinguo tra gli ordinamenti di common law e quelli di civil law.

Negli ordinamenti di common law i precedenti desunti dalle sentenze anteriori operano come fonte del diritto, di guisa che, a tutt'oggi, la maggior parte delle norme è prodotta proprio da tale fonte.

A ben vedere, però, come più volte affermato dalla dottrina processualistica, le differenze tra gli ordinamenti di common law e di civil law sono meno evidenti di quanto sembri, laddove qualsiasi schematizzazione e netta contrapposizione si presenta del tutto semplicistica e riduttiva.

La differenza fondamentale tra i due sistemi che tuttora permane è da ravvisare, più che altrove, nel diverso iter logico seguito dal giudice nell'esaminare il fatto giuridico.

Invero, il giurista degli ordinamenti di civil law partendo dal principio di diritto generale esamina il caso concreto applicando ad esso la norma, per raggiungere una conclusione e

suggellare, così, il sillogismo, laddove il giurista degli ordinamenti di common law, seguendo un percorso induttivo, parte dall'analisi della fattispecie concreta al suo esame e, una volta focalizzati tutti gli aspetti, considera le regole di diritto applicabili. Diverso, quindi, il modo di considerare il diritto, ancorato alle norme scritte, nel sistema di civil law, mentre essenzialmente non scritto ed aperto, nel sistema di common law.

Si può affermare che l'ordinamento inglese rappresenta il modello di sistema a precedente vincolante e, quindi, di common law, anche detto dello stare decisis, mutuando parte dell'antico brocardo "stare decisis et non quieta movere".

Invero, proprio in Inghilterra per effetto di un lungo e lento processo evolutivo il diritto consuetudinario si trasformò in diritto giurisprudenziale.

Tuttavia, solo nella seconda metà del XIX secolo vennero emanati nel Regno Unito i Judicature Acts che fissarono positivamente il principio secondo cui i giudici inferiori sono tenuti a rispettare i precedenti desumibili dalle sentenze dei giudici superiori.

Intanto, il principio dello stare decisis era entrato anche nell'ordinamento degli Stati Uniti e, via via, negli ordinamenti degli ex possedimenti britannici che conseguirono l'indipendenza.

Attualmente il sistema del common law è presente nei seguenti paesi : Regno Unito, ad esclusione della Scozia con sistema misto; Stati Uniti d'America, ad esclusione della Louisiana; Canada, ad esclusione del Quebec, Australia, e Hong Kong.

2. Stare decisis orizzontale; stare decisis verticale

Lo stare decisis orizzontale ricorre tutte le volte in cui il giudice si conforma ad una precedente pronuncia già emanata da un giudice appartenente al suo stesso ufficio, pronuncia, questa, che, però, ha efficacia vincolante solo in alcuni ordinamenti del common law.

Così, ad esempio, la regola dello stare decisis orizzontale opera in modo vincolante in Gran Bretagna e non già negli Stati Uniti dove la Corte Suprema può discostarsi dai suoi precedenti.

Lo stare decisis verticale, per converso, sussiste quando il giudice si conforma ad una precedente pronuncia emanata da un giudice a lui superiore, per competenza o funzione,

di guisa che per il giudice inferiore sussiste il vincolo di conformarsi in tal senso.

3. Il precedente giudiziario: ratio decidendi e obiter dictum

Nei sistemi del common law al fine di definire l'ambito di efficacia vincolante del precedente si distingue la ratio decidendi dall'obiter dictum .

La ratio decidendi - nel diritto americano è più frequente l'espressione holding - è la regola giuridica seguita per la decisione del caso alla luce dei fatti e delle questioni che lo contraddistinguono, secondo un metodo induttivo, ed è proprio detta regola ad avere efficacia di precedente.

L'obiter dictum è ogni altra affermazione contenuta nella sentenza che non enunci il criterio giuridico di decisione del caso, e che, in quanto tale, non è idonea a vincolare le decisioni successive.

In base alla forza coercitiva riconosciuta si distinguono, quindi, due categorie di precedente: il persuasive precedent ed il binding precedent. Il persuasive precedent ha una forza meramente persuasiva, per cui il giudice è obbligato a prendere in considerazione la decisione precedente soltanto quale uno degli elementi da utilizzare per formare la propria decisione.

Il binding precedent, al contrario, ha forza vincolante e, quindi, il giudice è obbligato a decidere allo stesso modo, sempre che non ricorra l'ipotesi dell'overruling, di cui al paragrafo successivo.

L'opera del giudice nel binding precedent è tesa a scorporare dalla sentenza stessa, di cui è elemento necessario, quella parte da applicare ad un caso successivo, divenendo in tal modo vincolante; parte, questa, che, se pure come evidenziato dalla dottrina processualistica, non sempre si presenta di facile individuazione, è rappresentata da ciò che ha determinato la decisione.

Sotto tale ultimo profilo, è appena il caso di osservare che le decisioni della House of Lords, la corte inglese gerarchicamente superiore, costituiscono, a tutt'oggi, precedenti vincolanti, non solo per la stessa, ma anche per tutte le altre corti, nel cui sistema gerarchico civile si colloca la County and Magistrates' Courts, avente limitata giurisdizione sui casi di prima istanza, la High Cour, di cui fanno parte le Divisional Courts, e la Court of Appeal.

4. Overruling e distinguishing

Come accennato nel superiore paragrafo, nei sistemi di common law l'overruling consente al giudice superiore di revocare un precedente vincolante di un giudice inferiore nonché, nei casi in cui non operi lo stare decisis orizzontale, di un giudice appartenente al suo stesso ufficio, determinando in tal guisa l'esclusione retroattiva del precedente dall'ordinamento e la sua sostituzione con quello diverso e nuovo.

L'overruling, attesa la natura del precedente vincolante, deve essere puntualmente motivato con riferimento, ad esempio, ad una mutata e più accurata analisi della fattispecie o al mutamento dell'interpretazione ovvero, più in generale, quando il precedente è divenuto, per mutate esigenze, del tutto irragionevole.

L'overruling può essere modulato in prospective overruling, in tal caso il giudice enuncia una nuova regola applicabile alla fattispecie solo in futuro, con esclusione, quindi, di quella in esame che decide attenendosi al precedente vincolante, limitando in tal guisa l'effetto retroattivo tipico dell'overruling.

Altra modulazione dell'overruling è rappresentata dall'anticipatory overruling, è il caso in cui una corte inferiore si sottrae al rispetto del precedente di una corte superiore quando risulti ragionevolmente certo che quest'ultima non seguirà più quel particolare precedente, anticipando così l'overruling vero e proprio di un precedente ormai obsoleto.

La vincolatività del precedente può inoltre essere superata con il distinguishing, consentito anche ai giudici inferiori, laddove il giudice esclude l'applicabilità di uno specifico precedente al caso di specie dimostrando che l'identità tra la fattispecie portata al suo esame e quella del precedente è solo apparente.

Il procedimento logico inverso al distinguishing è denominato harmonizing, infatti, in tal caso il giudice reputa irrilevanti le differenze tra la nuova controversia e quella decisa dal precedente, che, pertanto, viene applicato.

5. Conclusioni

Il sistema di common law presenta, come evidenziano i suoi fautori, vari aspetti positivi che possono così riassumersi. Il primo aspetto positivo è rappresentato dalla natura stessa del diritto la cui continua evoluzione consente al giudice, quale "creatore di diritto" di rispondere ed adeguarsi al diritto vivente.

Il secondo è rappresentato da una maggiore flessibilità di tale sistema rispetto a quello basato su norme scritte, atteso che queste ultime possono presentarsi lacunose rispetto alle innumerevoli declinazioni delle fattispecie concrete.

Il terzo è rappresentato dalla maggiore certezza del diritto laddove i casi uguali devono essere decisi in modo esattamente uguale, pur con la possibilità di mitigare il sistema del precedente vincolante in virtù delle tecniche di cui al superiore paragrafo.
