

UNIVERSITA' CATTOLICA DEL SACRO CUORE

MILANO

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

LA REGOLA DELLO " STARE DECISIS "

NELLA TRADIZIONE GIURIDICA DELLA COMMON LAW.

LA STORIA DEL PROBLEMA DELLA VINCOLATIVITA'
DEL PRECEDENTE GIURISPRUDENZIALE IN DIRITTO INGLESE.

RELATORE:

TESI DI LAUREA

Chiar.mo Prof.

MATRICOLA n.1971293

Filippo Ranieri

Adabella Gratani

ANNO ACCADEMICO 1990 - 1991

INDICE

INTRODUZIONE.....	pag. I
PRINCIPALI ABBREVIAZIONI.....	XVI

CAPITOLO I

LA TRADIZIONE GIURIDICA DELLA COMMON LAW.

PAR. 1. IDEA DI DIRITTO SOTTOSTANTE LA REGOLA DEL PRECEDENTE GIURISPRUDENZIALE.....	1
PAR. 2. LA REGOLA DEL PRECEDENTE GIURISPRUDENZIALE NELLA TRADIZIONE GIURIDICA INGLESE.....	13
PAR. 3. LA REGOLA DEL PRECEDENTE TRA COMMON LAW ED EQUITY.....	19
PAR. 4. L'EQUITY NELLA REGOLA DELLO "STARE DECISIS".....	30
PAR. 5. LA COMMON LAW TRA DIRITTO CONSUETUDINARIO E DIRITTO GIURISPRUDENZIALE : DUE TESI A CONFRONTO.....	37

CAPITOLO II

" STARE DECISIS " : LA NATURA DELLA REGOLA.

PAR. 1. IL DIRITTO CREATO ED ELABORATO DAI GIUDICI: LA NATURA GIURISPRUDENZIALE DELLO "STARE	
---	--

	DECISIS".....	pag. 51
PAR. 2.	LA FONTE PRIMARIA DEL DIRITTO INGLESE: LA NATURA GIURIDICA DELLO "STARE DECISIS".....	58
PAR. 3.	UNA SOLUZIONE ALLA CERTEZZA DEL DIRITTO: LA NATURA ISTITUZIONALE DELLO STARE DECISIS...	64
PAR. 4.	PARTICOLARI PROFILI DELLA DOTTRINA DEL PRECEDENTE: LA NATURA LEGGENDARIA DELLA REGOLA.....	72
PAR. 5.	"STARE DECISIS" E DIRITTO VIGENTE: LA NATURA QUOTIDIANA DELLA REGOLA.....	84
PAR. 6.	LA NATURA DOTTRINALE DELLA REGOLA: ASPETTO DESCRITTIVO DEL SISTEMA GIURIDICO INGLESE.....	86
PAR. 7.	LA REGOLA DEL PRECEDENTE VISTA AL COMPUTER.....	89

CAPITOLO III

LA REGOLA DELLO "STARE DECISIS" NELLA TRADIZIONE GIURIDICA DELLA COMMON LAW.

PAR. 1.	" STARE DECISIS " : LA REGOLA DAL PRECEDENTE GIURISPRUDENZIALE AL PRECEDENTE VINCOLANTE.....	102
A.	"STARE DECISIS" E LE DIFFICOLTA' DI ATTENERSI ALLA REGOLA DEL PRECEDENTE VINCOLANTE.....	111

	pag.
B. LO "STARE DECISIS" E IL PERICOLO DI IMPORRE IL VINCOLO DEL PRECEDENTE.....	117
C. "STARE DECISIS": I PRECEDENTI GIURISPRUDENZIALI GUIDANO IL DIRITTO. L'IMPORTANZA DEL LEADING CASE.....	123
PAR. 2. "STARE DECISIS": LA REGOLA E LE RISERVE: Judge made law, legislazione parlamentare, e scienza giuridica.....	133

CAPITOLO IV

LA REGOLA DELLO " STARE DECISIS " .

PAR. 1. INTRODUZIONE ALLO STUDIO DELLE FONTI NEL DIRITTO INGESE: IL PRECEDENTE SI AFFERMA TRA ECCEZIONALITA' E ABITUALITA'.....	144
PAR. 2. IL METODO GIURIDICO PER "STARE DECISIS". LA VERBALIZZAZIONE DEL SISTEMA GIURIDICO E L'IMPORTANZA DEL LAW REPORTING.....	156
PAR. 3. IL PRECEDENTE GIURISPRUDENZIALE E GLI YEAR BOOKS.....	165
PAR. 4. "STARE DECISIS" COME REGOLA FORMALE: L'IMPORTANZA DI DATARE LA REGOLA.....	174

CAPITOLO V

ESEMPI DEL LAVORO SUL PRECEDENTE
DA PARTE DEL GIURISTA INGLESE.

	pag.
PAR. 1. PRIMO ESEMPIO. ANALISI DELLA RELAZIONE TRA LA TEORIA E LA PRASSI. IL PRECEDENTE GIURISPRUDENZIALE OVE PREDOMINA LA LEGGE SCRITTA.....	194
CASI:	
REGINA v. ALLEN. Court of Appeal (1982).....	194
REGINA v. SAGOO. Court of Appeal (1975).....	205
R. v. TREANDR. Court of Criminal Appeal (1939)	
R. v. TAILDR. Court of Criminal Appeal (1950)...	208
PAR. 2. SECONDO ESEMPIO. IL PRECEDENTE IN UNA MATERIA MAI DISCIPLINATA PRIMA: LA RESPONSABILITA' PROFESSIONALE.....	215
CASI:	
BOLAM v. FRIEN QWEEN'S BENCH DIVISION (1957)...	215
SIDWAY v. BETLEM R.H.G. and O.E. (1984-1985)....	224
PAR. 3. PERCHE' IL CASO SIDWAY 1985, RAPPRESENTA IN INGHILTERRA LA FONTE GIURIDICO-NORMATIVA IN MATERIA DI RESPONSABILITA' CIVILE PROFESSIONALE.....	228
CONCLUSIONI.....	230
NOTE BIBLIOGRAFICHE. (AUTORI).....	i
NOTE BIBLIOGRAFICHE. (RIVISTE).....	xi

INTRODUZIONE.

Il lavoro da me intrappreso, si propone di esaminare la regola dello stare decisis nella tradizione giuridica della Common Law, con particolare riferimento alla storia del problema della vincolatività del precedente giurisprudenziale nel diritto inglese.

Il principale obbiettivo di questa ricerca è comprendere, come nell'ambito della tradizione giuridica inglese, la dottrina del precedente vincolante, denominata più precisamente "stare rationibus decidendis" or "to keep to decision of the past cases", possa rappresentare il fulcro di un sistema giuridico, in cui parlare di Common Law significa parlare del ruolo delle Corti.

La Common Law, è stata definita da più autori come lo studio dei precedenti giurisprudenziali unito ad una lunga consuetudine praticata nelle Corti di

Giustizia (es. Varano...). E' in questo ambito, che la regola dello "stare decisis et quietia non movere" si pone, per la sua funzione di fonte primaria del diritto nel suo aspetto rigido e coercitivo, all'interno dei paesi di Common Law, come principio basilare e caratteristico dello stesso sistema giuridico inglese,

La regola dello stare decisis, quale regola iuris che decide i casi simili in modo analogo, risulta essere una risposta istituzionale ad una domanda che in ogni sistema giuridico si fa sentire in modo diverso: la certezza del diritto. In questo contesto, il lavoro da me intrappreso, oltre a proporsi di analizzare come il sistema giuridico inglese, possa contemporaneamente privilegiare i dati effettivi della pratica giudiziale secondo il criterio del verum ipsum factum, senza ridurre il diritto a mero dato processuale, presenta un altro obbiettivo. Tende a

verificare e stabilire: 1. se è possibile individuare una data precisa a partire dalla quale si può parlare della regola dello stare decisis in senso formale, 2. se è possibile individuare una definizione precisa della regola dello stare decisis. Individuare questi fattori, non soddisfa solo una ricerca storico dottrinale della regola dello stare decisis, ma, consente a giudici di casi successivi di identificare, la sussistenza di quei "criteri" che permettono di qualificare, una decisione giudiziale come precedente vincolante. Il presente studio, sul sistema giuridico inglese, tende soprattutto ad un'analisi pratica delle judicial decisions, a rilevare quale sia il reale, e quotidiano lavoro che un giurista inglese deve compiere quando si trova ad operare con i precedenti giurisprudenziali con valore vincolante. Affinchè l'argomento si configuri rispondere ai più elementari requisiti di scientificità, faccio presente,

che le fonti di documentazione e di cognizione, qui analizzate, vertono principalmente sulle riviste giuridiche straniere, (L.Q.R., Corn.L.Q.R.,...), ma non mancano, riviste italiane(Riv.Trim.Dir.Proc.), notizie tratte da Atti di Congressi Nazionali e Internazionali tenutisi in Italia, e infine, testi di autori italiani e stranieri.

L'attenzione che i giuristi di Common Law e di Civil Law, dedicano alla materia del precedente giurisprudenziale nei suoi aspetti più vari, emerge maggiormente, quando, si guarda al precedente come fonte normativa, amministrativa e giudiziaria allo stesso tempo. In un'ottica comparativa, è dato riscontrare, come "la sentenza, mantenendo a cavalcioni delle frontiere la natura costante di atto giudiziale, assuma connotati diversi nei paesi a diritto precedenziale e in quelli a diritto legale". Se questa visione comparativa del diritto, sottende

una lunga disputa tra i giuristi di Common Law e Civil Law, l'analisi del diritto inglese, evidenza, quanta poca verità sostanziale, racchiudono etichette come Civil Law a diritto legale e Common Law a diritto giurisprudenziale. Infatti, la regola dello stare decisis, opera anche nell'ambito di quegli ordinamenti che non riconoscono, esplicitamente o formalmente, al precedente, quella funzione di tessuto connettivo dell'ordinamento, che è dato riscontrare negli altri paesi. Considerando, che la caratteristica generalmente nota del judicial process nei paesi di Common Law, è l'importanza e l'influenza del precedente giurisprudenziale, e che meno nota è invece, l'articolazione che assume la regola dello stare decisis, nell'applicazione giudiziale, nel suo complesso, il lavoro da me intrappreso, è stato suddiviso in cinque capitoli.

Nel CAPITOLO 1., ho inteso illustrare come un

giurista inglese, è solito, impostare il "suo" diritto a chiunque chiede di conoscerlo. In questo capitolo, due sono gli aspetti che vengono maggiormente trattati: l'idea di diritto sottostante il precedente giurisprudenziale, e la sua configurazione, nell'ambito della tradizione giuridica della Common Law. E' noto, che l'espressione "law" e "common law", in una visione comparatista, può dar luogo a diversi significati. Forse, meno conosciute, sono le definizioni che, un giurista inglese può offrire, del "suo" diritto, a secondo dell'aspetto che vuole evidenziare (amministrativo, giudiziale, normativo). Questo dato, emerge soprattutto, se il precedente giurisprudenziale, quale fonte normativa del diritto inglese, è visto nel suo aspetto atemporale, che permette di evidenziare un legame stretto tra la storia del diritto inglese e lo stesso diritto.

E' curioso vedere come il principio del precedente

si "autoimpone" nelle Corti di Common Law e di Equity, e come nella Common law, da diritto consuetudinario, il diritto vivente dichiarato dai giudici (oracles of the law), si riveli essere un diritto prettamente giurisprudenziale, anche nella sua veste creativa (judges make law).

Nel CAPITOLO 2., ho inteso illustrare la natura della regola dello stare decisis. Quando si discute sulla natura del ruolo del precedente in un sistema giuridico, si è consapevoli che il discorso viene affrontato in termini di studiosi continentali, in termini di categorie astratte che mirano a definire e qualificare un fenomeno, sia pur esso giuridico. Un tale argomentare giuridico, si presenta, ben lungi dal habitus mentale di un common lawyer, abituato a vedere il diritto come una sequenza di casi importanti, di cases law.

Nel CAPITOLO 3., ho inteso illustrare, il

precedente giurisprudenziale nel suo lato processuale, da semplice dato decisionale, a dato normativo allorchè si veste del suo valore vincolante. Cercando di delineare quando un precedente è "vestito della forza vincolante", si nota, che la presente problematica è sconosciuta alle Corti inglesi, che applicano giornalmente la regola dello stare decisis, e ci si accorge che, solo quando i giuristi inglesi tentano di spiegarne l'operatività, scoprono le difficoltà del loro lavoro. Affrontare queste problematiche, è un dato utile anche per gli stessi giudici, soprattutto, in presenza di precedenti iniqui, che conducono ad una violazione della regola dello stare decisis. E' in questo contesto, che gli stessi giudici inglesi, scoprono quanto in realtà sia difficile seguire la regola dello stare decisis sia nel suo aspetto formale, sia nel suo aspetto più ampio di "guida" ai casi successivi. Nel suo rigore, la

regola presenterebbe il pericolo di esentare i futuri giudici ad elaborare o analizzare il caso concreto sottoposto loro. Questo pericolo, è connaturato con il presupposto che sta alla base della regola dello stare decisis. La regola, poggia sulla convinzione, che sussista sempre un qualche precedente giurisprudenziale, che abbia già disciplinato un caso analogo alla fattispecie concreta. La conseguenza del cases in all fours, condurrebbe a presentare il precedente come un semplice modello di imitazione da dover essere seguito. Dall'altro lato, la regola dello stare decisis, invece, nel suo aspetto più ampio, si presenterebbe come una semplice guida per i casi futuri, ed il pericolo di essere facilmente adeguata ai casi di specie e quindi nel perdere la sua funzione normativa e istituzionale. Accanto alla configurazione di questi aspetti estremi della regola dello stare decisis, si presentano, anche numerose

riserve. Le riserve, si basano soprattutto, sul persistere della forza del precedente giurisprudenziale, in un sistema giuridico ove il dato legislativo prende sempre più campo e s'impone in quasi tutti i settori del diritto. In questo ambito, fa meraviglia notare come, la riserva mentale dei giudici inglesi, (che sogliono ancora nell'Ottocento basare una sentenza su Blackstone, che a sua volta ha ricavato il caso da Coke e questi, da Littleton fino a risalire al Brecton), sia testimonianza di un ripiudo nei confronti del dato legislativo, e come anche in presenza di questo, il precedente giurisprudenziale riesca per molteplici motivi ad imporsi. Inoltre, è noto che la tradizione giuridica inglese, ha basato fin dalle sue origine l'insegnamento del diritto sul case law, nonostante che oggi, una scienza giuridica si sia stabilizzata attraverso un insegnamento accademico. E' noto che i dottori in legge hanno poco

peso, considerando anche il fatto che pochi sono i giudici laureati in legge, (per non contare quelli che non lo sono affatto).

Nel CAPITOLO 4., analizzo l'origine storica della regola dello stare decisis, la portata del precedente giudiziale, nelle prime fasi del diritto, e il metodo che permette ancora oggi l'operatività della regola; l'importanza essenziale del law reporting. Non mancando di sottolineare la ricerca di una "data" da attribuire alla regola dello stare decisis nel suo aspetto formale. Aperti sono i contrasti tra chi vede approdare un vincolo nei termini odierni della regola, nel XVIII secolo e chi invece, palesando un orientamento contrario propende per il XIX sec. Sebbene si sia dimostrato, la irrilevanza di uno studio sulla regola dello stare decisis, affrontato in chiave di evoluzione storica, ed invece si sia tesi ad intravedere una definizione completa, Si sottolinea

come né il Parlamento, né le Corti abbiano approvato a ciò, e tuttavia molteplici sono i disaccordi su un tal comportamento omissivo.

In ultima analisi, nel CAPITOLO 5., miro ad analizzare la relazione che sussiste tra la regola del precedente vincolante, affrontato in chiave teorica-dottrinale, e il suo combinarsi con la pratica quotidiana delle Corti giudiziarie inglesi. Per evidenziare meglio il lavoro delle Corti inglesi sul precedente, la scelta delle fattispecie esaminate, è caduta (per il primo esempio), in primo luogo in una materia civilistica-penalistica, che nel sistema giuridico inglese, presenta la "peculiarità" di essere disciplinata da un testo scritto: la disciplina del matrimonio e il reato di bigamia. Nel secondo esempio, la scelta riguarda una materia che non ha avuto mai una sua disciplina, né legislativa, né giurisprudenziale: la responsabilità civile del

professionista. Questo caso, che rappresenta un iceberg in tema di responsabilità civile, riguarda particolarmente il campo medico. E' attraverso l'analisi giuridica di questo caso, che si può ben comprendere come la presenza di un precedente, riveli che "there is a gap in the system", e contemporaneamente come il precedente attui la sua funzione normativa.

Desidero ringraziare il mio relatore, prof. Filippo Ranieri, che mi ha dato l'opportunità per un approfondimento delle tematiche giuridiche affrontate, ed inoltre per gli insegnamenti impartiti al fine di operare una valutazione critica del materiale dottrinale e giurisprudenziale raccolto. Ho avuto, modo così, di accostarmi all'esperienza giuridica inglese nel suo formarsi, di porre attenzione all'analisi dei procedimenti cognitivi e valutativi degli organi giurisdizionali inglesi,

istituzionalmente deputati alla sussunzione del fatto in una regula iuris quale la regola dello stare decisis, "that is foreign to the spirit of civil law systems and always by way of exception is given any notable degree of practical success".

Ho avuto l'opportunità di prepararmi al contatto con il difficile binomio fatto-diritto, di cogliere la problematicità e le non lievi difficoltà applicative di un bagaglio concettuale appreso in termini inevitabilmente astratti e teorici in funzione della soluzione dei casi concreti da analizzare nella loro complessità. Ringrazio il mio relatore di aver contribuito a mitigare, gli effetti non di rado traumatici nel transito del mondo universitario, ove il saper giuridico suole valorizzare prevalentemente la matrice dottrinale, a quello professionale ove all'opposto, l'operatore finisce per privilegiare la componente giudiziale. Esemplificativo di questa

contrapposizione è stata proprio l'analisi della figura del giudice inglese, ove emerge la costante centralità del suo ruolo, massima espressione del giurista pratico, protagonista della costruzione del sistema giuridico inglese; il giudice che sin dagli arbori della Common Law ha contribuito all'esaltazione del momento professionale. Nell'analisi giuridica della Common Law, la regola stessa dello stare decisis, quale testimonianza che la vicenda giuridica inizia dal day in court, mostra l'intima connessione tra il legal e il judicial process.

PRINCIPALI ABBREVIAZIONI. (*)

A

ALL. ER. =ALL ENFLAND REPORT.

C

CAMB. L. J. =CAMBRIDGE LAW JOURNAL.

CORN. L. R. =COLUMBIA LAW RWVIEW.

CORN. L. R. =CORNELL LAW REVIWE.

CORN. L. Q. =CORNELL LAW QUARTELY.

E

ENC. DIR. =ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO.

F

FORD IT. =FORD ITALIANO.

G

GIUR. CRIT. =GIURISPRUDENZA CRITICA.

H

HARV. L. R. =HARVAD LAW REVIEW.

HARV. L. J. =HARVARD LAW JOURNAL.

L

L. Q. R. =LAW QUARTELY REVIEW.

R

RIV. DIR. COMM. =RIVISTA DI DIRITTO COMMERCIALE.

RIV. DIR. PROC. =RIVISTA DI DIRITTO PROCESSUALE

RIV. TRIM. PROC. CIV. =RIVISTA DI DIRITTO
PROCESSUALE CIVILE.

V

VILL. L. R. =VILLANOVA LAW REVIEW.

(*) Giurisprudenza italiana e straniera sono citate secondo criteri ricorrenti.

CAPITOLDO I

LA TRADIZIONE GIRIDICA DELLA COMMON LAW.

Par. 1 IDEA DI DIRITTO SOTTOSTANTE LA REGOLA
 DEL PRECEDENTE GIURISPRUDENZIALE.

"Quando pensiamo al diritto di uno stato moderno abbiamo in mente subito, un complesso di norme applicate da Corti istituite dallo Stato, le cui decisioni vengono eseguite coattivamente da apparati statali" (1). Con queste parole, Peter Stein, professore di Civil Law all'Università di Cambridge, inizia il suo dibattito sull'educazione giuridica e sulla formazione del giurista nei paesi dell'occidente europeo(2). La frase riportata, sottolinea il ruolo decisivo che le Corti giudiziarie hanno in un sistema giuridico di Common Law.

L'impostazione del diritto, effettuata dal prof.

(1) STEIN, PETER: I FONDAMENTI DEL DIRITTO EUROPEO.
 Milano, 1987, pag.3.

(2) STEIN, PETER-SHAND, JOHN: I VALORI GIURIDICI NELLA
 CIVILTA' OCCIDENTALE. Milano, 1981.

Stein, è esemplificatrice di un modo di concepire il o
la "law" (3), per un giurista inglese (o meglio dei
Paesi di Common Law), abituato a considerare il
precedente giurisprudenziale come la fonte principale
del diritto.

Occorre rilevare che, ad un giurista di Common Law
potrebbe apparire estremamente strano o curioso il
fatto che altrove si insegni che il precedente
vincolante non sia fonte del diritto. E' opportuno,
tener conto di questa considerazione nonostante che,
come rileva il Criscuoli, la distinzione tra la fonte
del diritto e il diritto non è utile al fine di
comprendere "the various meanings of the term common
law", in quanto "theyr meanings are controllled by
usage, and are fluctuating in character".

-
- (3) CRISCUOLI, GIOVANNI : VALORE SEMANTICO E CONTENUTO
DOGMATICO DELL'ESPRESSIONE COMMON LAW NEL
LINGUAGGIO GIURIDICO ITALIANO in Riv. Trim. di
Dir. Proc. Civ. 1967, pag.1446.
-- MOCCIA, LUIGI : GLOSSARIO PER UNO STUDIO DELLA
COMMON LAW. Milano, 1986.

Una caratteristica generalmente nota, del judicial process nei Paesi di Common Law, è l'importanza e l'influenza dei precedenti giurisprudenziali. "Meno conosciute sono, invece, le articolazioni che assume il principio dello stare decisis nell'applicazione giudiziaria e la dottrina del precedente nel suo complesso, specialmente a partire dall'ultimo dopoguerra" (4).

La gran parte dei sistemi giuridici ha una disciplina del precedente nel senso di un sistema di regole di diritto e di prassi che prescrive come i casi precedenti possono o non possono, debbono o non debbono essere interpretati e utilizzati successivamente.

E' noto che il precedente ha sempre goduto di notevole importanza nel corso dei secoli, nella storia

(4) MANDELLI, RICCARDO: RECENTI SVILUPPI DEL PRINCIPIO DELLO STARE DECISIS IN INGHILTERRA E IN AMERICA. Rivista di Diritto Processuale 1979, pag.660 ss.

del diritto inglese, tale da divenire una caratteristica distintiva del sistema della Common Law. La particolare configurazione che il precedente assume in Inghilterra, fa sì che il diritto inglese venga considerato "inconsueto anche nell'ambito della famiglia dei sistemi della Common Law" (5). Questa affermazione parte dalla considerazione che il tratto specifico della dottrina inglese del precedente giurisprudenziale consiste nel forte vincolo che viene riservato al precedente; al suo "forte carattere coercitivo" (6).

"The rule of stare decisis, is not only strictly observed in America than in England generally, but, in America it is less strictly adhered to in constitutional cases than in others. This is because of

(5) TWINNING, L. WILLIAM : IL PRECEDENTE NEL DIRITTO INGLESE. in GALGANO, FRANCESCO: LA GIURISPRUDENZA PER MASSIME E IL VALORE DEL PRECEDENTE. Padova, 1988. in partic. pag. 35.

(6) CROSS, RUPERT : PRECEDENT IN ENGLISH LAW. Oxford, 1961, pag. 18 e ss.

the more dynamic nature and great flexibility of constitutional law which demands more creative interpretation"(7).

Inoltre, l'alto grado di rispetto che i giudici inglesi, sono soliti accordare ad alcuni tipi di precedenti persuasivi, permette, un rilevante avvicinamento del sistema giuridico della Common Law con i sistemi giuridici continentali.

In questo contesto, parlare di diritto sottostante la regola del precedente giurisprudenziale significa parlare del(8) "The great body of common law (that) is almost entirely the product of decided cases, accumulated in an immense series of reports extending

(7) CAPPELLETTI, MAURO : THE JUDICIAL PROCESS IN COMPARATIVE PERSPECTIVE. Oxford, 1989, p.138-141.

"(but) nevertheless, the importance of stare decisis as an instrument for legal integration and harmonization in American legal system can hardly be denied; it remains the central element differentiating common law systems from the continental ones".

(8) SALOMOND, JOHN : JURISPRUDENCE. Londra, 1930. 8°ed. pag. 162.

backwards with scarcely a break to the reign of Edward
The First at the close of thirteenth century".

Il XIII sec., viene preso in considerazione, perchè
solo da questo momento in avanti emergono sempre più,
le numerose serie di pubblicazioni verbali delle
diverse Corti, che, da un iniziale carattere
amministrativo, tendono a divenire oggetto di studio
(9). In particolare, ponendo in relazione la
funzione amministrativa e quella giudiziaria, con la
nozione di attività normativa, emerge che, il diritto
inglese è un diritto sostanziale, creato attraverso
espediti di carattere processuale(10).

In questo quadro, la funzione normativa,
essenziale in una società civile, ha assunto

(9) CANNATA, C. AUGUSTO: LINEAMENTI DI STORIA DELLA
GIURISPRUDENZA EUROPEA. II vol. DAL MEDIOEVO
ALL'EPOCA MODERNA. Torino, 1976, 2^{ed.} pag.6 e ss.

(10) MICHELI, GIANNANTONIO : CONTRIBUTO ALLO STUDIO
DELLA FORMAZIONE GIUDIZIALE DEL DIRITTO. CASE LAW
E STARE DECISIS. op.cit., in partic. pag, 7.

nell'antica Inghilterra, un aspetto di particolare interesse(11), lasciando decidere al giudice, caso per caso quale debba essere l'interesse meritevole di tutela ed il genere di questa, invece di fornire, a priori una regola obbligatoria, (che contenga la soluzione ideale del caso), come operano i sistemi della Civil Law(12).

"One can well say that the rule of stare decisis is foreign to the spirit of civil law systems, while recognizing the prime importance of judicial decisions as informal sources of law, the so called auctoritas rerum similiter judicatorum. It is true that in a few civil law countries a binding force was or still is given to precedents, but this practice has been always by way of exception and without any notable degree of practical success"(13).

(11) CAPPELLETTI, MAURO: IL PROCESSO CIVILE ITALIANO NEL QUADRO DELLA CONTRAPPOSIZIONE CIVIL LAW-COMMON LAW. in PROCESSO E IDEOLOGIE. Bologna, 1969.

(12) POLLOCK, FREDERICK : FIRST BOOK ON JURISPRUDENCE. 1929, pag. 7 e ss.

(13) CAPPELLETTI, M.: THE JUDICIAL PROCESS IN COMPARATIVE PERSPECTIVE. op. cit. p.140.

E' grazie alla particolare fisionomia, assunta dal precedente giurisprudenziale, continuamente elaborato nelle Corti inglesi, che si configura la regola di ricorrere al precedente come fonte della Common Law, ("the doctrine of precedent")(14).

Ma, parlare di un diritto sottostante la dottrina del precedente giurisprudenziale, non è semplice, soprattutto se si considera che questo, trova una diversa formulazione a secondo dell'aspetto giuridico che i giuristi inglesi, vogliono porre in risalto.

"Law", quale diritto inglese nel suo aspetto caratteristico, può essere definito, come quel complesso di regole che vincolano il giudice nella sua attività giudiziaria (15), oppure come quel complesso di principi che sono riconosciuti ed applicati dallo

(14) HOLLAND, T. ERSKINE: THE ELEMENTS OF JURISPRUDENCE.
Oxford, 1928. pag. 42 e ss.

(15) GOODHART, L. ARTHUR : MODERN THEORIES OF LAW.
London, 1933, p.2 ss.

Stato nell'amministrazione della giustizia (16), o più semplicemente come l'attività rivolta ad armonizzare e conciliare le diverse pretese delle parti, in una controversia giuridica (17). Un particolare aspetto del diritto inglese, è offerto dal Parker (18), che ne sottolinea l'aspetto strumentale come un mezzo per conseguire la giustizia e non un fine a sè stesso; "law is the maintenance of justice and right by the force of the state through its tribunals".

Se, il fatto che la Common Law, abbia prestato e continui a prestare molta attenzione alla procedura giudiziaria delle sue Corti(19), e che trovi nel precedente la principale fonte normativa, può meravigliare un giurista continentale, ancor più

(16) SALOMOND, JOHN : JURISPRUDENCE,op.cit. pag.49 ss.

(17) POUND, ROSCUE : INTERPRETATIONS OF LEGAL THEORY. 1933,pag.152.

(18) SALOMOND,J.:JURISPRUDENCE,edited by Parker, p.51.

sorprendente è rendersi conto, di quanto siano antichi alcuni dei precedenti. La loro vera età, è rivelata, talvolta solo da attente indagini che possono per esempio(20), "dimostrare come una sentenza dell'Ottocento fosse in effetti basata su Blackstone, che ha ricavato a sua volta il caso da Coke, il quale lo ha trovato in Littleton, e così via per finire con Bracton". Questo aspetto atemporale del diritto inglese, suggerisce anche, che la mancata utilizzazione di un antico diritto, non conduce necessariamente alla sua scomparsa. Si afferma che la Common Law, benchè immutabile nei suoi principi, non cambia, si sviluppa, adattando quei principi ad un mondo che muta profondamente sullo sfondo di convenzioni e condizioni sociali che presentano

(19) MILLAR, R. WYNES: CIVIL PROCEDURE OF THE TRIAL COURT.
in HYSTORY PERSPECTIVE. New York, 1952. pag. 3.

(20) VAN CAENEGBEM, C. ROUL: I SIGNORI DEL DIRITTO.
Milano, 1991, pag. 14 e ss.

cambiamenti radicali(21).

Ancora oggi, suscita un grande interesse, (non solo teorico ma anche pratico), l'analisi di un sistema giuridico, che privilegiando i dati effettivi della pratica, secondo il criterio *verum ipsum factum*, sia in grado di non ridurre il diritto ad un mero dato processuale(22). L'attenzione che i giuristi, prestano a questa materia, rende comprensibile come "la sentenza, mantenendo a cavalcioni delle frontiere, la natura di atto giurisprudenziale assuma connotati diversi nei paesi a diritto precedente e in quelli a diritto legale"(23).

- -- -- -- --
- (21) LIPSTEIN, KURT : COMMON LAW COURTS IN THE AGE OF STATUTES. In Atti del Convegno Internazionale di Ferrara, 1985. In LA SENTENZA IN EUROPA. METODO, TECNICA E STILE. Padova, 1988, pag. 498.
- (22) KRIELE, MARTIN : DAS PRADJUDIZ IM KONTINENTAL EUROPAISCHEN UND ANGLOAMERIKANISCHEN RECHTSKREIS. Trad.it. a cura di Zaccaria, G.: IL PRECEDENTE NELL'AMBITO GIURIDICO EUROPEO CONTINENTALE E ANGLOAMERICANO. In Atti del Convegno Internazionale. Ferrara, 1985. Public. cit. pag. 515 ss.
- (23) STEIN, PETER: JUDGMENT IN EUROPEAN LEGAL TRADITION. In Atti Conv. Intern. Ferrara, 1985 public. cit. pag.270 ss.

PAR. 2. LA REGOLA DEL PRECEDENTE GIURISPRUDENZIALE
E LA TRADIZIONE GIURIDICA INGLESE.

La singolarità della Common Law, quale diritto giurisprudenziale, risiede soprattutto nella natura ininterrotta dello sviluppo giuridico inglese.

Van Caenegem, parla di diritto inglese come di un "tessuto continuo", che non ha subito grandi catastrofi, grandi censure, come è accaduto nel resto dell'Europa, all'epoca della Rivoluzione (24). Questa linearità del diritto inglese, ha contribuito notevolmente ad instaurare un ambiente profondamente conservatore nel mondo giuridico inglese, tale da rafforzare sempre più una condotta giuridica alla luce dello "stare decisis et quieta non movere", piuttosto

(24) VAN CAENEGEM, C.R.: I SIGNORI DEL DIRITTO, op. cit. pagg. 11-20.

che aprirsi a innovazioni istituzionali di modernizzazione giuridica. Bene rappresentano lo sviluppo giuridico inglese, come un continuum storico, le immagini che offrono, autori come Tocqueville, quando giudicano conservatrice l'attività delle Corti (25). Famosi storici, come Holdsworth, sono inclini a vedere ogni nuova fase della storia non come innovazione, ma come un ulteriore adattamento di antiche istituzioni. Nel diritto inglese, il presente non è mai completamente separato dal passato, e le sue radici storiche possono essere facilmente individuate.

Si potrebbe affermare, che non sussiste una

(25) TOCQUEVILLE, C.A.: DEMOCRAZIA IN AMERICA.
vol. I. pag. 286.

"tutti i rappresentanti della professione legale sono per la maggior parte fanatici dell'ordine e nemici dell'innovazione; e che in una società che consente ai giuristi di occupare senza opposizione, l'alto rango che compete per natura, il loro atteggiamento sarà in generale prevalentemente conservatore ed anti-democratico".

--- DUMAN, D. : THE RESHAPING OF A PROFESSIONAL ELITE.
Royal Histor. Soc. Studies. History Series. 29,
London, 1982, pag. 102.

distinzione netta tra il diritto e la storia giuridica(26). In questo contesto, non sorprende che una delle regole prioritarie del sistema giuridico inglese sia la regola del precedente giurisprudenziale (vincolante), al punto che si è ritenuto che l'avversione per un taglio netto con il passato, sia radicata nel carattere degli Inglesi, e che solo con una formula *expressis verbis*, sia possibile che vecchie norme o leggi non siano più mantenute in vigore. "Questa riserva mentale dei giuristi inglesi, è ben argomentata da Van Caenegem(27), quando illustra che la situazione odierna in Inghilterra, è ancora in questi termini. L'autore, sottolinea il dato che, ancora oggi, un giurista può prendere in

--- -- -- -- --
(26) PLUCKNETT, T.F.T. : A CONCISE HISTORY OF THE COMMON LAW. 5° ed. Londra, 1956, pag.54. Ad esempio, la moderna legge sull'alto tradimento, è basata sullo Statute of Treason del 1352, ed è stata applicata nel '900.

(27) VAN CAENEDEM, C. R. : I SIGNORI DEL DIRITTO. op. cit. pag. 18

considerazione un precedente o una statuizione risalente a qualunque periodo del passato, e ciò consentirebbe a "chi non voglia studiare in profondità una questione, di poter spaziare attraverso i secoli, diventando uno storico del diritto o meglio un giurista storico". Indicativa di questa impostazione del sistema giuridico inglese, è la figura di Sir Edward Coke. Questi, stimato come uno dei common lawyers più colti di tutti i tempi, ha basato tutti i suoi scritti e le sue opinioni su innumerevoli testi medioevali, la maggior parte dei quali tramandati in rotoli manoscritti, studiati e ristudiati con infaticabile zelo. L'analisi, operata da Coke sui precedenti, non è solo rivolta alla ricerca del diritto come questo è in origine, ma anche alla

ricerca di quei precedenti che meglio si adattano alle sue convinzioni giuridiche e politiche(28). Anche i Commentaries di Blackston, sono così pieni di precedenti, che "avrebbero potuto intitolarsi la storia del diritto d'Inghilterra" (29). Gli storici del diritto sono interessati all'origine e allo sviluppo degli istituti così come essi appaiono nei testi dei secoli passati e la cosa che maggiormente procura loro interesse, non è tanto la definizione di un dubbio in un conflitto legale, ma l'esposizione, l'esaltazione del diritto inglese in sè.

Se, la regola per il precedente, il diritto come continuum storico, sostanziano la tradizione giuridica inglese, questa, non viene configurata come

(28) PLUCKNETT, T.F.T. : BONHAM'S CASE AND JUDICIAL REVIEW. in Harvad Law Review. 40, 1927, pagg. 30-70.

In questo caso risulta anche che Coke abbia travisato il significato di alcuni precedenti a sostegno della sua opinione.

(29) VAN CAENEGEM, C.R. : I SIGNORI DEL DIRITTO, op.cit. pag.18.

una stagnazione completa, carente di periodi di cambiamento, o di un diritto descritto senza i canoni di una obiettività scientifica. Anzi, la storia giuridica inglese, mostra come "la consapevolezza di progredire in una moderna storiografia critica sia una specie recente", che trova per esempio, in Maitland, l'inizio di una nuova epoca per il diritto inglese(30).

Maitland, rappresenta un nuovo modo di intendere la storia del diritto inglese, ma ciò non muta il carattere atemporale della Common Law, che scorge nei più lontani precedenti il suo fondamento.

(30) ELTON, G.R. : F.W. MAITLAND. London, 1985.

PAR. 3. LA REGOLA DEL PRECEDENTE GIURISPRUDENZIALE

TRA COMMON LAW ED EQUITY.

Dall'analisi del sistema giuridico inglese, emerge che la caratteristica della Common Law è quella di essere un sistema giuridico di natura prevalentemente processuale. Tale caratteristica si manifesta sotto il duplice profilo; che vede la Common Law, quale diritto elaborato principalmente per opera delle Corti; e quale diritto, che ha conservato anche nelle sue norme di natura sostanziale, certe particolarità create in relazione ad espedienti di carattere processuale (teoria dichiarativa, teoria del case law, dottrina del precedente vincolante). Questi elementi si ricollegano al particolare sviluppo

storico della Common Law (31).

Solo a partire dal XIII secolo, il diritto obbiettivo è stato il diritto proclamato dai giudici in occasione di una concreta controversia, e "il dire il diritto", assume un'importanza che trascende la singola fattispecie. Infatti è dato rilevare che già nel 1440 la funzione di decidere non si limita a

(31) GORLA, GINO : DIRITTO COMPARATO E DIRITTO COMUNE EUROPEO. Milano, 1981.

-- ALLEN, K. C.: LAW IN THE MAKING. London, 1964.

-- POUND, R. : INTERPRATATIONS OF LEGAL HISTORY. London, 1933.

-- PERGOLESI, F. : SISTEMA DELLE FONTI NORMATIVE. Bologna, 1949, 3°ed.

-- MICHELI, G. : CONTRIBUTO ALLO STUDIO. op. cit.

-- SYMPSON, A.W.B. : THE COMMON LAW AND LEGAL THEORY. in Oxford Essay in Jurisprudence, Second Series, Oxford, 1973.

-- RADCLIFFE-CROSS, R.: THE ENGLISH LEGAL SYSTEM. London, 1977.

-- KIRAFLY, A.K.R.: LAW AND RIGHT IN ENGLISH LEGAL HYSTORY. in La Formazione Storica del Diritto Moderno. Atti del III Congresso Internazionale della Storia del Diritto. Firenze, 1977; ristampato in The Journal of Legal Hystory, 1985.

-- PLUCKNETT, T.F.T.: A COINCISIVE HISTORY OF THE COMMON LAW. London, 1956.

rinvenire ed ad applicare il diritto in relazione al caso concreto ma, altresì tende a creare il diritto rispetto ai casi futuri (judge made law)(32). La necessità di disciplinare i numerosi casi che si presentano quotidianamente davanti alle Corti, porta queste a reperire delle soluzioni che abbiano titolo per costituire il diritto del paese(33). Il principio giuridico, racchiuso in una decisione, che ha per oggetto un determinato complesso di fatti diventa rappresentativo del diritto inglese, sia pure limitatamente ai fatti quali emergono dal caso di specie. Al di là di questo ambito il diritto rimane incerto, sino a che una successiva decisione, relativa ad una situazione di fatto, estende al nuovo caso, il principio precedentemente formulato, oppure,

(32) FORTESCUE, :DE LAUDIBUS LEGIS ANGLIAE 1460.
cap.4, pag.11; cap.8, pag.20

(33) LIPSTEIN, KURT : COMMON LAW COURTS IN THE AGE OF STATUTES. In Atti del Conv.Intern. di Ferrara, 1985, public. cit. pag.498 ss.

distinguendo i fatti in causa ritiene di applicare una regola diversa. Si constata che, "il diritto non viene creato come semplice fiat arbitrario, ma viene scoperto attraverso l'esperienza che i giudici o i giuristi hanno di quelle norme e di quei principi che in passato hanno reso giustizia e di quelli che non sono valsi a renderla" (34). Il diritto inglese, nell'espressione "Common Law", racchiude un'ampia gamma di significati, sostanzialmente espressivi del concetto di diritto, sia come valore ideologico, sia come ordinamento positivo vigente. Storicamente, la ragione d'essere di questa espressione, risiede nel fatto che la Common Law, "è comune agli uomini liberi d'Inghilterra, i quali ricadono tutti sotto la giurisdizione diretta dei tribunali centrali

(34) MERRYMAN, J. HENRY : LA TRADIZIONE DI CIVIL LAW NELL'ANALISI DI UN GIURISTA DI COMMON LAW. Milano, 1973, pag.24.

-- RHEINSTEIN, M. : COMMON LAW AND EQUITY. in Enciclopedia del diritto. Milano, vol.VII, pag.925.

reali"(35). Il diritto inglese, quale Common Law, viene indicato nella prima fase della storia giuridica inglese, in contrapposizione alle varie consuetudini locali; e successivamente, l'espressione è utilizzata in opposizione allo statute law; quest'ultimo è rimasto il significato odierno che si è soliti attribuire, quando si parla di Common Law. Ma, una parte integrante del diritto inglese è rappresentata anche dall'Equity, questa, interessa settori giuridici particolari, (come i trusts) ed è amministrata dalla Chancery Division dell'Alta Corte. L'Equity, ha origine nel Medioevo, come forma di una equa giurisdizione esercitata dal Cancelliere, quale coscienza del Re, per evitare o regolare, quelle conseguenze derivanti da un'applicazione alla lettera

(35) VAN CAENEGEM, C.R. : I SIGNORI DEL DIRITTO. op. cit. pag. 42.

-- VARANO, VINCENZO: ORGANIZZAZIONE E GARANZIE DELLA GIUSTIZIA CIVILE NELL'INGHILTERRA MODERNA. Milano. 1973, in partic. pagg. 27 e 31.

della Common Law, che si rivelano ingiuste o troppo severe(36), oppure per fornire alla gente dei rimedi, quando questi non vengano previsti dai writs della Common Law. I Chancellors, sono originariamente ecclesiastici, hanno dimestichezza con la denuntiatio evangelica del diritto canonico(37), attraverso la quale i tribunali ecclesiastici possono impedire (grazie alla irrogazione di sanzioni religiose) l'attuazione di sentenze considerate ingiuste. Il verdetto(38) di una giuria di Common Law, non potendo essere impugnato davanti ad una Corte di Common Law, viene presentato dalla parte soccombente, al Chancellor, il quale riconosciuto o convinto che

(36) RHEINSTEIN, M.: COMMON LAW AND EQUITY. in Enc. del Dir., Milano, vol. VII, pag. 925 ss.

(37) COING, H. : ENGLISH EQUITY AND THE DENUNTIATIO EVANGELICA OF COMMON LAW. In L.Q.R., 1955, pag.223 ss.

(38) STEIN, PETER: JUDGMENT IN EUROPEAN LEGAL TRADITION. In Atti del Conv.Intern. di Ferrara, 1985, p.491.

l'esito della causa si presenta ingiusto, ordina alla parte vincente di non attuare la sentenza. In questo modo la giurisdizione dell'Equity, incomincia a presentare proprie regole e proprie sanzioni (per esempio con la reclusione in caso di disobbedienza al Chancellor, configurata questa come oltraggio alla Corte). Il giudice, tende a giudicare equitamente, in quanto l'^{CONSIDERATA}aequitas viene aequalitas. Questo concetto, è fatto ben presente dal Bracton, quando ripete una frase di Azone(39). Secondo i principi giurisdizionali dell'Equity, ogni complesso di fatti ~~di~~ che dà luogo alle varie judicial decisions, è considerato differente dalla fattispecie previamente decisa, cosicchè la misura della decisione è data

(39) BLACKSTONE, WILLIAM : COMMENTARIES OF THE LAW OF ENGLAND. London, 1899, I, p.61.

L' "aequitas autem, est rerum convenientia quae in paribus causis paria desiderat iura et omnia bene coaequiparat et dicitur aequitas quasi aequalitates et vertitur in rebus id est in dictis et factis hominum".

dalla coscienza del giudice, (dal piede del Cancelliere)(40). Il diritto inglese, si sviluppa con la giurisdizione dei tribunali regi; e successivamente con l'Equity, ~~successivamente~~, trova nuovi rimedi, nuove garanzie e soprattutto un adeguamento del diritto alle esigenze sociali, umane e storiche che sono sconosciute alla Common Law(41).

Cosicchè, la Corte di Cancelleria, affiancatasi nel XIV secolo alle Corti regie, se da un lato, provvede(42) ad eliminare le lacune di quel diritto così rigido e tecnico, e le insoddisfazioni per quelle Corti facilmente influenzabili (dalle persuasive

(40) BAKER, J.H. : AN INTRODUCTION TO LEGAL HISTORY.
2° ed. London, 1979, p.87 ss.

-- BARTON, J.H. : EQUITY IN THE MEDIEVAL COMMON LAW.
in NEWMAN, R. A. : EQUITY IN THE WORLD'S LEGAL SYSTEMS. 1973, p. 139 ss.

(41) VAN CAENEGEM, C.R. : I SIGNORI DEL DIRITTO. op.
cit. p. 105.

In effetti la Cancelleria, esercitando una equa giurisdizione, proponeva soluzioni che erano normali nella procedura dotta, ma non a disposizione dei tribunali di Common Law(ingiunzione, esecuzione in forma specifica, la rettifica dei documenti).

argomentazioni degli avvocati), e per quelle giurie anch'esse facilmente corruttibili; dall'altro, introduce una certa aleatorietà nel diritto, per l'imprevedibilità di una giustizia operata su canoni di coscienza. Il sistema giuridico incomincia a perdere di credibilità, la stabilità e la certezza del diritto create attraverso il lungo lavoro delle Corti laiche della Common Law, è minacciata.

In questo panorama storicistico, il dato rilevante, è osservare come le Corti di Common Law, sono pervenuti, mediante "l'autoimposizione del principio del precedente", a creare una certa stabilità nel diritto. Le sentenze dei giudici di Common Law, (caratterizzate dalla necessità di adeguarsi al procedimento della giuria) tendono a precisare la

(42) MAITLAND, FREDERIC W.: L'EQUITA. Milano, 1979.

portata delle varie forme tipiche di azione. Nel decidere le circostanze in presenza delle quali sussista una responsabilità della parte, la Corte inizia a ricavare una norma dalla decisione adottata dai giudici nei casi precedenti. In tal modo, si configura presso le Corti, un'autoimposizione che, vede nel principio del "precedente", una risposta per i diritti quesiti. "Si pensa", che se il diritto non può essere desunto da un testo dotato di autorità, lo si deve ricostruire indirettamente dal modo in cui è stato applicato e, una volta che una norma identificabile come tale sia stata applicata, la stessa dovrebbe applicarsi a casi simili per il futuro(43).

L'autoimposizione del vincolo del precedente da un

(43) DOUGLAS, O. WILLIAM: STARE DECISIS. in Col.L.R., 49, 1949, pagg.735-755.

-- STOENE, JULIUS : JUDGMENT-SEAT IN SOCIAL CONTEXT. in PRECEDENT AND LAW. DYNAMICS OF COMMON LAW GROWTH. (by Stone) Butterworth, 1985, p.109-235.

lato, e l'ingresso dell' Equity, dall'altro, fanno sì, che si inizi a configurare una distinzione tra "procedure and practice"(44). Infatti si ammette "that courts whithin theyr respective jurisdictions shall have power to declare rights etc.". Con questa statuizione, si è inteso indicare, non solo l'esistenza di una giurisdizione "over parties", ma anche di una "subject-matter is not to intended be alterated". Si individua una differenza tra elemento giurisdizionale (that action for a declaration affects exclusively matters of practice, pleadings and forms and mode of proceeding), ed un elemento strettamente processuale, rappresentato dal precedente giudiziale, da essere utilizzato per le future decisioni(45).

(44) BORCHARD, EDWIN : DECLARATORY JUDGMENT. Cleveland, 1934, p.132.

(45) Idem... p.136.

La differenza, si trova particolarmente enfatizzata nel leading case americano Guaranty Trust Co. of N.Y. 1915. In quell'occasione si fa presente, quando il compito della corte "is to provide (or may deal) in a different manner under different circumstances", e quando "by a different person" (con gli effetti intra vires).

PAR. 4. L'EQUITA' NELLA REGOLA DELLO STARE DECISIS

L'equità, nella regola dello stare decisis, si presenta come il mezzo per adeguare una norma preesistente alla particolarità del caso concreto. Ma, ciò non porta a "sopravalutare" la giurisdizione dell'Equity, anche perchè i giudici sono stati ben vigili verso questo atteggiamento e già all'epoca di Blackstone(46) si afferma che "il diritto privo di equità, per quanto duro e spiacevole, è molto più desiderabile per il bene pubblico, che non l'equità senza diritto: cosa che farebbe di ogni giudice un legislatore, ed introdurrebbe la più grande confusione dato che vi sarebbero quasi altrettante norme di comportamento depositate nei tribunali, quante sono le capacità di sentimento nella mente umana". Tra la

(46) BLACKSTONE, W. : COMMENTARIES... in VAN CAENEGEM op.cit. p.47.

Common Law e l'equity, si sono sempre insediate forze sociali e forze conservatrici, interessate a mantenere il diritto nelle mani del potere giudiziario dell'una o dell'altra giurisdizione. Il dato, che può destare meraviglia agli occhi di un continentale, riguarda la convinzione radicata nello spirito inglese(47), che il potere giudiziario sia quello meglio adatto a garantire la conservazione dell'ordine sociale esistente. Ampia si presenta la letteratura sul rapporto Common Law-Equity(48), ma ai fini dello studio della dottrina sul precedente, è sufficiente, (considerando la quaestio facti che in seguito al compromesso del 1616 si è sviluppata anche in Equity l'affermazione di un vincolo del precedente "analogo"

(47) POUND, ROSCUE: THE SPIRIT OF THE COMMON LAW.
Milano, 1970.

-- RADBRUCK, GUSTAVE: LO SPIRITO DEL DIRITTO INGLESE.
Milano, 1962.

(48) RHEISTEIN, M.: COMMON LAW AND EQUITY. in Enc. Dir.
vol.VII. Milano, pag.925.

a quello in uso nelle Corti della Common Law), rilevare che la regola dello stare decisis, è ostacolata nella sua applicazione, dalla presenza di un vincolo rigido(49).

Inoltre, nonostante che il rapporto Common Law-Equity, sia stato espresso fin dall'origine nella formula "equity follows the law"(50), e che il pilastro principale del diritto inglese sia rappresentato dalla regola dello stare decisis, si ritiene ancora oggi che ciò che caratterizza in modo significativo il compito del giudice inglese sia il potere discrezionale conferitogli per decidere non in base a precise, ma secondo il suo senso di giustizia. Nonostante che, sia affermata la tendenza

(49) STEIN, PETER: I FONDAMENTI DEL DIRITTO EUROPEO. op. cit. p. 112.

(50) HOLDSWORTH, WILLIAM: A HISTORY OF ENGLISH LAW. Londra, 1971, pag. 468 e ss.

-- DAVID, RENE': LES GRANDS SYSTEMES DE DROIT CONTEMPORAINES. Parigi, 1971, pag. 360. Milano, 1987, pag. 60 ss.

di limitare la discrezionalità del giudice; che le Corti d'Appello, abbiano specificato dove sussista la responsabilità e dove no, e in presenza di quali fatti il comportamento di una Corte sia da considerare ragionevole o irragionevole al fine di seguire il precedente; che illustri giuristi(51) affermino che "niente distrugge la flessibilità del diritto più rapidamente del precedente"; la regola dello stare decisis, non trova ancora una sua precisa formulazione all'interno del sistema giuridico inglese. Non si è ancora compreso quando un precedente giurisprudenziale è vincolante per una Corte inferiore e quando a questa è dato il potere "to overrule o to distinguish" di allontanarsi da un precedente vincolante (binding precedent).

(51) Sir ORMEROD, R.: JUDGES AND THE PROCESS OF JUDGING. Univ. of Birmingham Lectures, 1981, p.185. in nt. Van Caenegem op. cit.

"E' naturale che quando si presentano questioni ineguali, la Corte adita tenda a seguire la decisione già tracciata da un'altra Corte, in cui i fatti appaiono essere simili" (52). La redazione, prima degli Year Books poi, dei Reports, ha sempre avuto la funzione di dar conto della dottrina del precedente in tutti i suoi dettagli, e di fungere da guida pratica volta a prevedere il comportamento delle Corti.

Lo sforzo di queste raccolte è volto a cogliere il concetto del precedente nella scienza del case law e a configurare una regola stabile giudizialmente e presuntivamente vincolante (53).

E' stato più volte criticato come nel corso di tutta la tradizione giuridica della Common Law, sia il

(52)GORLA, GINO : STUDIO INTERNO E COMPARATIVO DELLA GIURISPRUDENZA E DEI SUOI PRESUPPOSTI; LE RACCOLTE E LE TECNICHE PER L'INTERPRETAZIONE DELLE SENTENZE. In Foro It., 1964, col. 73.

(53)SERENI, A.P.: LA COMMON LAW NEGLI STATI UNITI. op.cit.

Parlamento, sia le Corti si sono rifiutate di formalizzare la regola giurisprudenziale del precedente per mezzo di una definizione chiara per la determinazione di quale sia la parte vincolante della decisione su un caso(54). Anche se si afferma che questo rifiuto è in linea con lo spirito della tradizione della Common Law, numerosi sono i dubbi sulla sua giustificazione e le critiche circa "gli ampi margini di manovra" che lascia agli interpreti.

Da qui l'ampia critica che la regola del precedente giurisprudenziale inglese è senz'altro più permissiva e flessibile di quanto si potrebbe dedurre dalla proposizione formalizzata: stare decisis et quæta non movere. Questo argomento induce molti autori a ritenere che la trattazione dei precedenti,

(54) TWINNING, L.W.: IL PRECEDENTE IN DIRITTO INGLESE: UNA DEMISTIFICAZIONE. In GALGANO, FRANCESCO: LA GIURISPRUDENZA PER MASSIME E IL VALORE DEL PRECEDENTE. Padova, 1988, p.33 ss.

nell'ambito della regola dello stare decisis si presenta più ricca e più complessa di quanto si possa cogliere con una qualsiasi formulazione riguardo al precedente(55).

(55) MANDELLI, RICCARDO: RECENTI SVILUPPI DEL PRINCIPIO DELLO STARE DECISIS IN INGHILTERRA E IN AMERICA.

In Riv.di Dir.Proc., 1979, pag. 560 ss.

L'autore fa notare l'inversione di tendenza che si riscontra in materia di flessibilità e/o rigidità della dottrina del precedente, individuando tre diversi momenti della vita dello stare decisis:

nel 1873-1875 periodo di assestamento della regola in seguito alla formazione della gerarchia giurisdizionale unificata (scomparsa la distinzione tra le Corti di Common Law e Equity)

nel 1948, quando Goodhart rileva l'estrema rigidità rispetto al passato (l'autore considera questo periodo la fase finale del processo di estensione e irrigidimento della regola da parte dei giudici inglesi iniziata negli ultimi decenni del XIX sec.)

nel 1968, Cross asserisce "è la meno rigida".

DIRITTO GIURISPRUDENZIALE:DUE TESI A CONFRONTO.

"A judicial precedent speaks in England with authority, it is not merely evidence of the law but a source of it and the courts are bound to follow that is so established"(56). La frase riportata, sottende tutta la problematica dottrinale che si nasconde dietro la configurazione della Common Law, quale diritto non scritto (55), e di origine consuetudinaria.

"The common law was often called 'the unwritten law' by writers of a generation or more ago. It was given this name because it was identified with the customs of the community and these customs were not written down as statutes are. But unwritten law is a misnomer"(57).

(56) SALOMOND, J.: JURISPRUDENCE. op. cit.

(57) SHARTEL, J.: OUR LEGAL SYSTEM AND HOW IT OPERATES. Michigan, 1951, pag. 393.

Secondo, lo Shartel, non si può assolutamente parlare, oggi, di diritto non scritto, in quanto i cases sono sempre verbalizzati allo stesso modo che avviene per le leggi. Con riferimento, alla tesi che il diritto è essenzialmente consuetudine, che riposa nel petto dei giudici ed attende di essere dichiarato da essi, la problematica si presenta più complessa e con linee dottrinali contrastanti (58).

Da un lato, si tende a considerare, che la Common Law sia un diritto esistente e risultante da consuetudini di lunga data, come qualcosa che si è costantemente conservato immutato, quale parte del patrimonio nazionale. Tale dottrina fu espressa nel XVIII secolo da Chief of Justice, Sir Edward Coke nelle sue Institutiones. Qui si evidenzia la Common

(58) STEIN, PETER: I FONDAMENTI DEL DIRITTO EUROPEO.
op. cit. pag. 11 e ss.

-- ALLEN, K. CARLETON : LAW IN THE MAKING. Londra.
pp.151 - 304.

Law come diritto mai prevalso in Inghilterra, "the immemorial custom of the land". La Common law, quindi, secondo Coke, costituisce il diritto in quanto consuetudine immemorabile, e in quanto "ragione artificiale che solo i giudici sono qualificati ad interpretare".

La tesi dottrinale qui brevemente enunciata, viene considerata(59) oggi, "the old theory, that ~~is~~ common law is customary not case law". Al più, potrebbe asserirsi che i precedenti (case law) hanno solo una funzione di dichiarare il diritto e non di crearlo(60).

Nonostante, questo lieve correttivo, il modo di concepire la Common Law, come diritto dichiarato, rappresenta una "fiction" (61). In dottrina, anche la

(59) SALOMOND, J.: JURISPRUDENCE.op. cit.

(60) HALE, MATTHEW : THE HISTORY OF THE COMMON LAW OF ENGLAND. Londra. 1971. pag. 88 e ss.

(61) SALOMOND, J.: JURISPRUDENCE op.cit.

-- SERENI, A.P.: STUDI DI DIRITTO COMPARATO...op.cit.

-- CROSS, R.: PRECEDENT IN ENGLISH. Oxford, 1961.

tesi che tende a sostenere che il giudice, nell'enunciare la norma, non crea il diritto, ma si limita semplicemente a rilevarlo, crea numerose perplessità. Infatti, in questo contesto, il precedente giurisprudenziale avrebbe un ruolo meramente probatorio dell'esistenza della regola giuridica che il giudice enuncia.

In altri termini, due sono i postulati che presiederebbero questa impostazione: il precedente deve essere seguito; il giudice non crea il diritto ma si limita a dichiarare quella che è la regola giuridica in vigore.

Il filone dottrinale, qui brevemente presentato invoca a suo sostegno l'origine storica del diritto inglese di base consuetudinaria. Il diritto inglese

viene rappresentato da ogni decisione dei giudici(62),
come da ogni diretta disposizione del Re, e queste
possono costituire solo la dichiarazione autoritativa
della regola da seguire nel caso determinato, e non
la norma generale. In questo quadro, si tende ad
affermare non tanto il rispetto per il singolo
precedente, quanto è l'autorità della consuetudine
che viene riconosciuta. Il principio "fiat quod
prius fieri consuevit" appare spesso enunciato a
giustificazione della singola decisione senza alcun
richiamo a precedenti fattispecie concrete e simili,
ed al modo in cui queste vengono decise (63).

Un secondo sostegno dottrinale alla tesi della
Common Law, come diritto consuetudinario è

(62) DAWSON, J. P.: THE ORACLES OF THE LAW. 1968,
pag. 50.

(63) VACCA, LETIZIA: CONTRIBUTO ALLO STUDIO DEL METODO
CASISTICO NEL DIRITTO. Milano, 1976, pag.12 e ss.

-- ALLEN, K. C.: LAW IN THE MAKING. op. cit. pag. 19.

rappresentato dall'origine recente (XVIII-XIX sec.), dell'affermazione in Inghilterra, dell'efficacia vincolante del precedente, della regola dello stare decisis in senso formale.

Contrastano, questa tesi, le affermazioni dei giudici riformisti, tra i più eminenti si ricordano, Lord Manfield, XVIII sec., e Lord Denning, XIX sec., che propendono per la dottrina della Common Law, come diritto giurisprudenziale; privilegiano la dottrina del case law. Il carattere giurisprudenziale della Common Law, trae spunto proprio dalla peculiarità di un diritto non formulato in testi fissi. Ciò consente di parlare della Common Law, come quel diritto che si presta, attraverso il case law, ad essere maggiormente "adattabile" alle condizioni

sociali, più prontamente di un diritto espresso in forma scritta (64).

Occorre sottolineare, che parlare di case law, non significa riferirsi ad una prassi quotidiana del diritto, ma si vuole rilevare che il diritto inglese è "in gremio iudicium", riposa nel petto dei giudici.

La Common Law, viene configurata come un diritto "senza fine" (65). Con queste parole, si vuole rilevare, che i giuristi inglesi non conoscono un corpo di norme a se stante, distinto da ciò che le Corti hanno deciso. Il sistema giuridico inglese, quindi, non si pone l'obbiettivo di pervenire ad una formulazione definitiva delle norme, ma queste sono continuamente elaborate in termini diversi dai giudici delle Corti, si da adeguarsi alle

(64) STEIN, PETER: LEGAL INSTITUTIONS. op. cit. in partic. pag. 69.

(65) SERENI, A.P.: LA COMMON LAW...op. cit. pag.

nuove circostanze che di volta in volta si possono presentare.

Inoltre, la visione di un diritto "senza fine", vuole enfatizzare il ruolo dell'attività giudiziaria inglese, volta a raccogliere quelle norme giuridiche, che costituiscono il corpo del diritto inglese e che provengono dalle pronunce delle Corti giudiziarie in relazione alle decisioni che a queste sono sottoposte, (judge made law).

Solo se si parte da questa angolazione giuridica del diritto inglese, si può comprendere come in seguito le judicial decisions acquistino o possano assurgere al valore di precedenti normativi rispetto a casi simili successivi.

E' attraverso la comparazione o la distinzione

delle decisioni precedenti che si forma la tecnica legale della Common Law per la soluzioni delle questioni controverse. Il metodo deduttivo che presiede questo lavoro delle Corti, "è (anche) il più adatto per la rivelazione delle norme di diritto tradizionale non scritto" (66).

Degno di nota è vedere, come nel diritto inglese primitivo, l'espressione "law" venga usata per designare le norme risultanti dalle decisioni, che sono lo ius per eccellenza; e come la stessa espressione ancora oggi venga usata da un avvocato inglese o americano per indicare la mancanza di precedenti giurisprudenziali in una data materia: "there is no law on the point".

In questo ambito si può ben comprendere(67) quale

(66) Ibidem...

(67) ALLEN, C,K,: LAW IN THE MAKING.

fondamentale rilevanza assumono le raccolte dei precedenti giudiziari, "ma ciò solo, se e in quanto riflettono accuratamente ciò che le Corti hanno deciso". Inoltre, in questo quadro del diritto inglese, si pone l'attenzione sull'abilità del corpo giudiziario, richiesta per intravedere lo sviluppo futuro della dottrina giuridica attraverso le judicial decisions e il case law.

Celebre è l'opera di Austin(68), giurista inglese che attaccò duramente la teoria dichiarazionistica della Common Law definendola "childish fiction employed by our judges that judiciary of common law them but is a miracolouse something made by nobody existing".

Anche Shartel, pone in evidenza, come i giuristi

(68) AUSTIN, : LECTURES ON JURISPRUDENCE. New York, pag. 321.

inglesi, "regard the so called discovery of preexistent law as merely of pious fiction invented to save the face of a doctrine of separation of powers state in absolute form"(69). Per cui ammettere che judge makes law, deve considerarsi "that he disregards this fundamental dogma: the legislative is to make laws, the executive to carry them out, the judge to apply them to controversies".

Certo, oggi, anche un giurista di Common Law, rimarrebbe sorpreso nello scoprire che : "Down until two generations ago legal writers in this country, were quite unwilling to admit that the judge actually creates law by his decisions".

Oggi, se i giuristi, sono pronti a riconoscere il consistente ruolo creativo delle Corti, seppure

(69) SHARTEL: OUR LEGAL SYSTEM AND HOW IT OPERATES.
op. cit. pag. 406.

limitato, ciò è conseguenza della nuova concezione della Common Law: "judge makes law if it is necessary", "and his law-making is not on large scale"(70).

La nuova visione del diritto inglese, pretende che la funzione principale dei giudici, sia in linea generale l'applicazione degli "standards", e che la "judicial legislation" sia "secondary and incidental"(71).

Il passaggio da una concezione del diritto inglese, quale diritto consuetudinario, ad una rilevanza del diritto giurisprudenziale, nei termini sopra esposti, "è possibile comprenderlo(72), solo quando si osserva l'imponente struttura della Common Law, sviluppatasi nei secoli, onde poterne realmente apprezzare il

(70) Ibidem..., definizione di Austin.

(71) ZANDER, MICHAEL : THE LAW-MAKING PROCESS. London, 1980.

lavoro creativo che i giudici hanno fatto e stanno facendo".

Una breve nota sul termine "fiction" adoperato dai giuristi in riferimento alla Common Law.

Anche il Mattei parla di finzione riguardo alla dottrina dichiarazionistica. MATTEI, UGO: STARE DECISIS. IL VALORE DEL PRECEDENTE NEGLI STATI UNITI D'AMERICA. Milano, 1988, pag. 81.

Mentre, diverso è il concetto di fiction espresso da SYMPSON, A.W.B.: THE RATIO DECIDENDI OF A CASE AND THE DOCTRIN OF BINDING PRECEDENT. in GUEST A.G.: OXFORD ESSAY IN JURISPRUDENCE. London, 1961, pag. 150.

Qui l'autore, adopera termini come "fiction", "might", "device", "something of fantasy" in riferimento alla dottrina del precedente (in cui è fifficile separare la ratio decidendi dai dicta).

Mentre, CROSS, R.: THE PRECEDENT IN ENGLISH LAW. op. cit. pag. 30. L'autore, parla di "childish fiction" in riferimento al periodo in cui si può giungere ad una precisazione della dottrina dello "stare decisis".

CAPITOLO II

" STARE DECISIS " : LA NATURA DELLA REGOLA.

PAR. 1. IL DIRITTO CREATO ED ELABORATO DAI GIUDICI:

LA NATURA GIURISPRUDENZIALE DELLO "STARE
DECISIS".

La dottrina inglese del precedente, afferma Goodhart(1), "has been well stated by Sir Salomond, attraverso alcune "semplici proposizioni"(2) che sebbene giudicati "unqualified statments of binding nature of precedent", non sono messe in discussione da nessuna autorità inglese (have not been questioned by a single english authority").

1. Every court is absolutely bound by the decisions of all courts superior to itself. A court of first instance cannot question a decision of Court of Appeal, not can the Court of Appeal refuse to follow the judgments of the House of Lords.
2. the House of Lords has been absolutely bound by its own decisions (except since 1966).
3. The court of Appeal is, it would seem, absolutely bound by its own decision and by those of older courts of coordinate authority, for example, the court of Exchequer Chamber.

(1) GOODHART, A.L.: CASE LAW IN ENGLAND AND IN AMERICA.
In Corn.L.R., 1930, vol.XV, p.173-193.

(2) TWINNING, L.WILLIAM : IL PRECEDENTE NEL DIRITTO INGLESE. in GALGANO, F. : LA GIURISPRUDENZA PER

Queste proposizioni, sottolineano il legame gerarchico tra le varie Corti inglesi, e soprattutto viene tenuto presente l'atteggiamento del sistema giudiziario rispetto al precedente giurisprudenziale.

"A judicial precedent speaks in England with authority...". Quando si parla della regola dello stare decisis, la prima cosa che occorre tenere presente è una scala gerarchica delle Corti giudiziarie. Ciò non significa alludere al concetto di "appello", nè riferirsi alla "res iudicata". Questi argomenti, sono familiari ad un giurista continentale, mentre sono concepiti nell'ordinamento inglese in una accezione del tutto differente(3).

Il termine appello è abbastanza diffuso nella storia della procedura inglese ma, storicamente designa una

(3) VAN CAENEGEM, C.R.: I SIGNORI DEL DIRITTO. Milano, 1991, pag.10 ss.

imputazione di reato che conduce al duello giudiziario; e solo due istituzioni inglesi possono "rassomigliare" all'attuale appello: l'accusa di sentenza falsa presentata contro il giudice o contro la giuria; e il riesame della documentazione della causa per scoprirne l'errore (writ of error e writ of certiorari). Con questi due istituti, nè il principio giuridico, nè i particolari della causa mirano ad essere messi in dubbio.

Ciò che oggi giorno, viene indicato con il termine di appello (portare una causa di fronte ad un giudice superiore con la speranza di ottenere un pronuncia più favorevole) è stato introdotto solo nell'800. Sebbene in epoca odierna, appartenga alla prassi quotidiana(4) dei tribunali inglesi, vi sono sporadici indizi

--- -- -- -- --

(4) STORNE, JULIUS : PRECEDENT AND LAW DYNAMICS OF COMMON LAW GROWTH. Butterworths, 1985, pag. 185 ss. "...adjusting the law for time being demands of justice, amid the chancing circumstances and convictions of human beings".

attestanti che l'antica avversione nei confronti dell'appello non è del tutto scomparsa(5).

Il sistema giudiziario nell'antica Inghilterra, non ha creato tribunali provinciali di prima istanza: tutti i giudici della Common Law appartenevano ai tribunali centrali del re, cosicchè la premessa gerarchica per veri e propri appelli era assente.

Quindi, quando si ha riguardo al diritto inglese, nella sua natura di diritto giurisprudenziale, si ha riguardo (6), al diritto creato e elaborato nei secoli dalle antiche Corti di Westmister. Se si tiene presente, e si accetta(7) che la data comunemente indicata per segnare la tradizione giuridica della

--- -- -- -- --
(5) Ibidem... "...the judicial duty to follow precedents is to protect the reliance of parties on the law as it seemed to be at the time when (courts) acted".

(6) VARANO, VINCENZO: ORGANIZZAZIONE E GARANZIE...
op. cit. pag. "la Common Law è lo studio dei precedenti giurisprudenziali unito ad una lunga consuetudine praticata nelle Corti di giustizia".

(7) MATTEI, UGO : STARE DECISIS. IL VALORE NEGLI STATI UNITI D'AMERICA. Milano, 1988, p.5.

Common Law, è il 1066, (quando i Normanni sconfissero ad Hastings gli Inglesi e conquistarono l'Inghilterra), la tradizione giuridica della Common Law, risale a poco più di novecento anni. Inoltre, in seguito alla notevole espansione dell'Impero Britannico, durante l'epoca del del colonialismo la Common Law si diffonde in molte parti del mondo(8); è diventata tradizione comune alla Gran Bretania, Irlanda, Stati Uniti, Canada, Australia, Nuova Zelanda, ed esercita altresì una concreta influenza sul diritto di molte nazioni africane e asiatiche(9).

(8) BREWER, A.R.-CARRIAS : GENERAL CHARACTERISTIC OF THE DIFFUSE SYSTEM. in JUDICIAL REVIEW IN COMPARATIVE LAW. Cambridge, 1989, in part. p.128-135.

-- BADQUIN, J.L.: THE IMPACT OF THE COMMON LAW ON THE CIVILIAN SYSTEM OF LOUISIANA AND QUEBEC. p. 2ss.

-- KAHN, ELLISON : THE ROLE OF DOCTRINE AND JUDICIAL DECISION IN SOUTH AFRICA LAW. p.224 ss.

-- YADIN, V: JUDICIAL LAW-MAKING IN ISRAEL. p. 296 ss.

-- SZLADITS, CHARLIES : STARE DECISIS DOCTRINE AND JURISPRUDENCE IN MEXICO. p. 311 ss.

in DAINOW, JOSEPH: THE ROLE OF JUDICIAL DECISIONS AND DOCTRINE IN CIVIL LAW AND IN MIXED JURISDICTIONS.

xxx

(9) DAVIDE, RENE': LES GRANDES SYSTEMS DE DROIT CONTEMPORANEIS. Paris, 1971, pag. 370.

E' noto, che la Common Law (10), si sviluppa per effetto dell'accentramento della giurisdizione nelle Corti centrali, e che le ragioni della fortuna di questa giurisdizione sono da ricercarsi nella forma delle azioni tipiche dei tribunali regi basata sul writ, e nella procedura che si presenta con maggiori garanzie rispetto a quella delle Corti locali, e con giudicati investiti di una autorità che fa capo direttamente al Re.

Si è soliti partire da questi dati, per comprendere lo spirito stesso della Common Law (11) e insieme la

-
- (10) MERRYMAN, J.H.: LA TRADIZIONE...op.cit
-- CAVANNA, ADRIANO: STORIA DEL DIRITTO MODERNO IN EUROPA. LE FONTI E IL PENSIERO GIURIDICO. vol.I. Milano, 1982.
-- POLLOCK E MAITLAND : THE HISTORY OF ENGLISH LAW. Cambridge, 1898, vol.II
-- HOLDSWORTH, WILLIAM: HYSTORY OF ENGLISH LAW. op.cit.
-- JENKS, EDWARD : A SHORT HISTORY OF ENGLISH LAW Londra, 1924.
-- BAKER, J. H. : AN INTRODUCTION TO ENGLISH LEGAL HISTORY. Londra, 1979, 2° ed.
-- VARANO, VINCENZO: ORGANIZZAZIONE E GARANZIE DELLA GIUSTIZIA CIVILE NELL'INGHILTERRA MODERNA. Milano. 1973,
- (11) RADBRUCK, G: LO SPIRITO DEL DIRITTO INGLESE. op.cit.

sua profonda differenza dalle altre famiglie(12) giuridiche. Dalla natura giurisprudenziale del diritto inglese, discendono gli altri suoi principali caratteri. Tra questi emergono il principio del vincolo del precedente (13), "risalta lo stile del pensiero giuridico inglese che risente dell'attitudine del giudice nel creare il diritto in occasione della fattispecie concreta" (14), il metodo empirico o induttivo. Lo stile giuridico inglese, viene considerato(15), del tutto particolare, perchè si rileva che la sentenza del giudice è creativa del diritto, e il precedente obbligatorio, non crea il diritto solo rispetto al caso concreto, ma, ha anche la funzione di vincolare i giudici futuri entro certi limiti (16).

-
- (12) PACCHIONI, : I POTERI CREATIVI DELLA GIURISPRUDENZA. in Riv.Dir.Comm.I,1912,pag.40 ss.
(13) PERGOLESI, FERRUCCIO : SISTEMI DELLE FONTI NORMATIVE. Bologna, 1949, 3°ed. pag.11 e ss.
(14) MICHELI, G.: CONTRIBUTO ...op. cit. pag. 7
(15) VARANO,V.:OGANIZZAZIONE E GARANZIE ... op. cit.
(16) PERGOLESI,F.: LA GIURISPRUDENZA COME FONTE NORMATIVA. in Giur.Critica IV 1937. pag.56 e ss.

PAR. 2. LA FONTE PRIMARIA DEL DIRITTO INGLESE: LA

NATURA GIURIDICA DELLO "STARE DECISIS".

Il principio fondamentale del diritto inglese per cui "proprio ore nullus regum Angliae iudicium proferre usus est" per cui la funzione "to make law", sarebbe spettata al giudice e non al Re, si è contrapposta al principio risalente ad Ulpiano "quod principi placuit legis habet vigorem" ; ed è servito per attestare la superiorità della Common Law sul diritto civile continentale(17).

Nei paesi della Common Law, si deve partire dalla considerazione che la maggior parte delle regole giuridiche viene formulata dai giudici in relazione ai casi di specie che questi sono chiamati a decidere.

(17)STONE, JULIUS: PRECEDENT AND LAW. DYNAMICS OF COMMON LAW GROWTH. Butterworths, 1985.

Pertanto, considerando che, il precedente giurisprudenziale costituisce la "legal rule" invocata dal giudice per la decisione dei casi successivi(18); vi è l'esigenza che le varie legal rules, vengano enunciate in termini rigorosamente specifici e solo con riferimento a questioni particolari effettivamente sottoposte al giudice. Anche se il termine angloamericano di legal rule, non "designa l'esatto equivalente del concetto continentale di norma giuridica", rappresenta una comune proposizione descrittiva affermare che negli ordinamenti di Common Law al precedente giurisprudenziale spetta(19) un ruolo di fonte primaria. Se da un lato "è difficile

--- -- -- -- --
(18) SERENI, A.P.: LA COMMON LAW NEGLI STATI UNITI.

(19) MATTEI, UGO: STARE DECISIS. op.cit. p.3 ss.
-- SCLESINGER BAARDE DAMASKA HERZOG: COMPARATIVE LAW. New York, 1988, pag 597 e ss.

Anche qui -comune proposizione descrittiva- sottende un raffronto con i sistemi di Civil Law ove il precedente ha un ruolo ausiliario secondario. Inoltre è caratteristica di questi, "graduare le fonti" alla ricerca di concetti astratti .

concepire un sistema giuridico in cui il precedente giurisprudenziale non assuma del tutto alcun ruolo"(20), dall'altro, si deve ammettere che questo è l'elemento fondamentale del sistema giuridico inglese.

E' interessante, venire a conoscenza che dal caso Magarry(21), si sostiene che la regola del precedente giurisprudenziale, ha lo status di norma giuridica "fondata sull'autorità del precedente, allo stesso modo delle altre norme poste dal giudice ancorchè sprovviste di mezzi di coercizione diretta". La regola del precedente come una questione autoritativa, è stata oggetto della Court of Appeal, la cui pronuncia ha trovato i giudici di questa Corte divisi, e della House of Lords. Attribuire uno status autoritativo alla regola del precedente, comporta, che un eventuale

(20) ZANDER, M: THE LAW MAKING PROCESS, op. cit.

(21) MAGARRY: DECISIONES BY EQUALLY DIVIDED COURTS AS PRECEDENT. In Mod.L:Q:R:, 1954, p.321 ss. e vd VAN CAENEGEM. op.cit.

mutamento di questa, dev'essere oggetto di un atto legislativo. Di contrario avviso, si è espresso in quella occasione Glanvill. Per questi, le regole che instaurano un precedente, sono "rules of practice", basate sulla prassi delle Corti, e suscettibili di essere modificate con un mutamento della prassi stessa. Infatti, attesta Glanvill, ogni specifica enunciazione dei giudici, sulle regole del precedente, essendo queste irrilevanti ai fini della controversia, devono considerarsi obiter dicta. Inoltre, se le regole del precedente si fondassero sull'autorità del precedente, "occorrerebbe risalire da precedente a precedente, per trovare l'aristotelico primo precedente", che ponga la regola e senza che abbia per definizione nessun precedessore. Secondo,

(22) GLANVILL, W.: IN MOD, L.R., 1954, p. 469ss.

Mandelli(22), Glanvill, vuole dimostrare, che le Corti hanno un potere intrinseco, volto a regolare l'uso del precedente in base a considerazioni di policy.

Questo discorso, è di solito il preludio di quelle tematiche che mirano a non configurare la judicial decision come un modello che si può seguire o non seguire(23), ma come una fonte normativa che il giudice è obbligato ad applicare successivamente per fattispecie identiche e nei limiti processuali della regola dello "stare decisis". Parlare della natura giuridica della regola dello stare decisis, non significa solo assegnare un ruolo al precedente, ma(25), impostare l'intero sistema giuridico di un

(23) MANDELLI, RICCARDO: RECENTI SVILUPPI DEL PRINCIPIO DELLO STARE DECISIS IN INGHILTERRA E IN AMERICA. In Riv. Dir. Proc. 1979, p. 679.

(24) ZANDER, M.: LAW MAKING PROCESS. op. cit. pag. --- POUND, R.: MECHANICAL JURISPRUDENCE. Col. L.R., 8, 1908, p. 603 ss.

(25) GOODHART, A.L.: PRECEDENT IN ENGLISH LAW AND CONTINENTAL LAW. in L. Q. R., 1934, pag. 40. --- LIPSTEIN : THE DOCTRINE OF PRECEDENT IN CONTINENTAL LAW. 1946, pag. 34 e ss.

Paese partendo dalla disciplina interna delle sue
corti. Dalla natura giurisprudenziale della regola
dello stare decisis, consegue quindi, uno status della
decisione giudiziale quale fonte primaria del
diritto, questo assioma è raccolto nella regola
sconosciuta(26) alla tradizione continentale: "stare
decisis et non quieta movere".

(26) CAPPELLETTI, MAURO: THE DOCTRIN OF STARE DECISIS
AND THE CIVIL LAW.

In Civil Law nella teoria, il precedente quale
giurisprudenza costante, non è vincolante, neppure per
le Corti inferiori anche se la pratica è nel senso di
seguirlo.

PAR. 3. UNA SOLUZIONE ALLA CERTEZZA DEL DIRITTO:

LA NATURA ISTITUZIONALE DELLO "STARE
DECISIS".

La regola dello stare decisis, condensa in sè un modello di risposta istituzionale ad una domanda che si è fatta sentire in diversi stadi dell'evoluzione di ogni sistema giuridico: la certezza del diritto.

" L'esigenza di certezza del diritto è un argomento a favore dello stare decisis et queta non movere" (27).

Nella tradizione giuridico anglo-americana il principio di certezza del diritto è considerato in termini funzionali e non viene esaltato in termini di dogma. "L'esaltazione" della certezza del diritto, in termini di dogma è particolarmente esaltata nelle opere della dottrina di Civil Law, ove tale "valore

(27) MARRYMAN, J.H.: LA TRADIZIONE DI CIVIL LAW NELL'ANALISI DI UN GIURISTA DI COMMON LAW. op. cit. pag 73. ss.

supremo riflette il desiderio di rendere il diritto a prova di giudice"; mentre, nei paesi di Common Law, viene rappresentata dalla dottrina dello "stare decisis" attraverso l'attribuzione di poteri equitativi ai giudici.

Il principio dello stare decisis, viene visto e considerato una soluzione istituzionale come molte altre, ma che in un sistema che riconosce alle Corti, un ruolo notevole dal punto di vista della organizzazione sociale, assume una rilevanza del tutto particolare, al punto che " la Common Law può essere qualificata il diritto dei giudici, e può essere vista come un contemperamento dei due valori di equità e di certezza del diritto" (28).

Il precedente giurisprudenziale costituisce la

(28) Ibidem...

legal rule invocata dal giudice per la decisione dei casi successivi (29). La legal rule si presenta come "particolare", costituisce la soluzione di specie, l'applicazione di una disposizione di legge per la soluzione specifica del caso concreto e non una disposizione di legge avente una efficacia generale.

Un sistema giuridico, se fosse impostato solamente sulla legal rule così descritta, si presenterebbe incerto, incompleto e incoerente; in altre parole arbitrario. La tradizione giuridica della Common Law, riconosce l'importanza della stabilità e della certezza del diritto, proprio nel principio "to keep the sentence in the past case".

Questo brocardo configura il quadro sistematico e giuridico in cui il giudice si trova a ricercare ed

(29) VARANO, VINCENZO: ORGANIZZAZIONE E GARANZIE DELLA GIUSTIZIA CIVILE NELL'INGHILTERRA MODERNA. Milano, 1973.

elaborare il diritto; in cui si ammette che è "sempre possibile, trovare un qualche precedente (a case on point), che possa servire da guida per la soluzione del caso concreto e a questo il giudice successivo è vincolato". Nel decidere un caso in prima impressionis si presuppone che il sistema giuridico sia ex hypothesis completo, che sussista sempre una precedente decisione che abbia già disciplinato la fattispecie che si (ri)presenta al giudice (e sempre che non sia stata riformata da un giudice superiore).

Si afferma che "la logica può mancare, ma l'effetto è la certezza (anche se) entro un'area limitata"(30).

Inoltre, si ammette che i privati, possono grazie alla regola dello stare decisis, e per quanto sia possibile, conoscere a priori la portata dei propri

(30) ATIYAH, PATRICK : JUDGMENT IN ENGLAND. In Atti del Convegno LA SENTENZA IN EUROPA. METODO TECNICA E STILE. Padova, 1988, p. 140 ss.

diritti e dei propri obblighi per poter programmare la propria condotta mantenendo una certa fiducia nelle relative conseguenze giuridiche.

Anche se "si riconosce che le possibilità di tale attività ideali, non sono illimitate"⁽³¹⁾, la certezza dello stare decisis è sostanzialmente illusoria. Al giudice solo, spetta di determinare, in relazione a ciascun caso quale sia l'elemento particolare che a suo avviso, assume particolare rilievo ⁽³²⁾.

Emblematica della idealità dello stare decisis, è frase, (e non solo per i Paesi di Common Law) enunciata da David Dudley Field:

"the law with us is sealed book to the masses;
it is a sealed book to all but the lawyers;
and it is but partly open even to them.
It is an insult to our understanding to say that
the knowledge of the law is open to everybody"⁽³³⁾.

(30) SERENI, A.P. : LA COMMON LAW NEGLI STATI UNITI D'AMERICA.

(31) MERRYMAN, J.H. : LA TRADIZIONE...op.cit.pagg.73-74

(32) SHARTEL, : OUR LEGAL SYSTEM AND HOW IT OPERATES.
Michigan, 1951, pag. 395.

La difficoltà di individuare la legal rule è evidenziata anche dal prof. Twinning quando parla di "mistificazione del precedente" alludendo alla difficoltà e alla perplessità dell'interprete del diritto quando, si trova a distinguere all'interno di una decisione "la natura materiale da interpretare, e ciò che caratterizza un ragionamento valido, cogente, accettabile nei vari contesti" (34).

Infatti, il giudice può giungere a conclusioni diverse per ciascuna fattispecie, a secondo dell'elemento a cui dare maggiormente rilievo.

Ma la regola dello stare decisis, si qualifica soprattutto per la sua rigidità nel sistema giuridico inglese; ed è questo aspetto che non permette che il diritto sia facilmente adattabile alle mutate

(34) TWINNING, L.WILLIAM : IL PRECEDENTE NEL DIRITTO INGLESE. in GALGANO, F. : LA GIURISPRUDENZA PER MASSIME. Padova, 1988, pag. 35 e ss.

circostanze e facilmente conciliabile con le esigenze di un caso particolare.

Tenendo presente questi aspetti alcuni giuristi di Common Law reputano che il fine a cui il sistema giuridico inglese tende, sarebbe un diritto prettamente pragmatico ed empirico. ("The life of the law has been not logic but experience"⁽³⁵⁾).

In altre parole, si "tenderebbe a lasciare al giudice la possibilità di decidere ogni caso particolare secondo giustizia, senza che sia vincolato da eccessivo rigore dogmatico"⁽³⁶⁾. Per i common lawyers, la certezza e la flessibilità del diritto rappresentano i due valori in competizione e che si limitano reciprocamente.

"There is an obvious antithesis between rigidity

(35) HOLMES, : PATH OF THE LAW.in H.L.R.

(36) MERRYMAN, J.H. : LA TRADIZIONE...op.cit.pag.74.

and growth and if all the emphasis is placed on absolutely binding cases, then the law loses the capacity to adopt itself to the changing spirit of the times, which has been described as the life of the law" (34).

(34) GOODHART, A.L.: in L.Q.R., 1953, p.41ss.

PAR. 4. PARTICOLARI / PROFILI DELLA DOTTRINA DEL
PRECEDENTE. LA NATURA LEGGENDARIA
DELLA REGOLA.

E' noto, che "la leggenda dello "stare decisis"
attira ancor oggi e senza segni di ribasso,
l'attenzione dello studioso angloamericano"(38).

A. Si parla di leggenda, in riferimento alla regola
dello stare decisis, perchè questa, non ha trovato
ancora oggi, una precisa definizione o una definizione
accettabile e soddisfacente per gli studiosi dei
sistemi della Common Law. Secondo, il Mattei(39),
sarebbe bene rinunciare a tale obbiettivo, proprio
perchè trattasi di una regola che si manifesta nel
"più intimo e profondo sistema delle fonti e che
assume una portata tale da potersi considerare una

(38) RUPPIN, LEGEND OF STARE DECISIS. In Ala.Lr.1980,
41, p.603.

(39) MATTEI, UGO: STARE DECISIS. IL VALORE DEL
PRECEDENTE... op. cit. pag. 5.

caratteristica sistemologica fondamentale". Quando si parla della leggenda dello stare decisis, s'intende far riferimento alle numerose difficoltà che fanno seguito all'assenza di caratteri precisi che presiedono il principio del precedente vincolante. La precisazione degli elementi che costituiscono la regola dello stare decisis, assume maggiore rilevanza in un sistema giuridico che vede in questo principio, la fonte del diritto.

B. Inoltre, è possibile parlare di leggenda, se s'identifica la dottrina del precedente, quale fonte normativa del diritto inglese, con la giurisprudenza intesa in senso continentale.

Sebbene, questo sia un discorso impostato in termini comparatistici, da parte di un giurista

continentale, occorre tener presente, che una cosa è parlare di una uniforme applicazione della judicial decision, altra cosa è il rispetto del vincolo che un precedente può instaurare. (...a rule established by practice contrasted with the English doctrine of a rule established by binding authority of an individual case)(40). Nel caso che si formi un vero usus fori o giurisprudenza consolidata, questa, potrebbe avere un'efficacia normativa solo in quanto abbia tutti i requisiti della consuetudine. Ma, in tale ipotesi, la fonte normativa del diritto sarebbe rappresentata dalla consuetudine, e questa avrebbe efficacia di propulsione e non di creazione del diritto(41). Inoltre, l'uniforme applicazione del diritto non crea alcun vincolo giuridico per le

--- --
(40) GOODHART, A.L. : PRECEDENT IN ENGLISH LAW AND CONTINENTAL LAW. In L.Q.R., 1934, pp. 40-65.

(41) PERGOLESI, F. : LA GIURISPRUDENZA COME FONTE NORMATIVA. In Giur. Crit., IV, 1937, p.56 ss.

decisioni future, se non sussiste una regola o un vincolo che lo imponga all'interno del sistema.

Quindi, il problema non è tanto domandarsi se la giurisprudenza o la dottrina del precedente costituisca la fonte del diritto della Common Law, quanto, "occorre sempre indagare come un dato ordinamento configura la giurisprudenza, se si intende riferirsi ad un complesso di decisioni su controversie determinate, da cui trarre le regole di diritto o invece come comprensiva di norme generali, nuove ed astratte"(42).

La dottrina del precedente inglese, non può essere inquadrata in una giurisprudenza costante o consolidata nei tempi, ma, in un vincolo che si instaura gerarchicamente nel sistema delle Corti

(42) PACCHIONI, : I POTERI CREATIVI DELLA GIURISPRUDENZA. in Riv.Dir.Civ.1912,pag.41 ss. Non è corretto parlare di giurisprudenza costante facendo pensare ad un suo valore vincolante.

inglesi(43). Un vincolo che esige, che i giudici facciano riferimento solo a determinati precedenti e non ad altri. La dottrina del precedente può essere affermata come la regola di condotta dell'organo giudiziario.

E' rilevante, a questo proposito, sottolineare, che parlare di vincolo del precedente (binding precedent), non significa parlare di una applicazione meccanica del precedente(44). Se da un lato, il principio della Common Law, secondo cui "every Court is absolutely bound to follow the decision of all Courts superior itself", oppure secondo cui i casi simili devono essere decisi in modo simile, configura in linea generale la regola dello stare decisis, quale fonte del diritto in Inghilterra, dall'altro, non è

(43) SHAPIRO, : COURTS : A COMPARATIVE AND POLITICAL ANALYSIS. Cambridge, 1981.

(44) POUND, ROCSUE : MECHANICAL JURISPRUDENCE. in COL.L.R., 8, 1908, p.603.

corretto, affermare che, le judicial decisions sono il diritto. "Judicial decisions are not law" (45).

Nonostante che questo dato sia noto ai giuristi di Common Law, è opinione comune, anche tra questi, che il procedimento di ricerca e di applicazione dei precedenti, al caso concreto, sia meccanico (45).

Ma, come afferma, Marryman, la concezione in materia di judicial process nella Common Law, è "stranamente folkloristica", ed è improbabile che i giuristi credano o abbiano creduto a tali idee (46).

Il giudice della Common Law, è impegnato in un procedimento vitale complesso e difficile. I common lawyers, danno spesso una immagine erronea e semplicistica del ricorso al precedente operato dai

(45) SHARTEL, : OUR COMMON SYSTEM AND HOW IT OPERATES.
op. cit. pag. 392.

(46) MARRYMAN, J.H. : LA TRADIZIONE DI CIVIL LAW
NELL'ANALISI DI UN GIURISTA DI COMMON LAW.
Milano, 1973, pag. 24 ss. in part. p. 70.

giudici nelle Corti inglesi. Parlare della regola dello stare decisis, o della dottrina del precedente giurisprudenziale vincolante, vuol dire(47) attribuire ai precedenti una potenza più grande, rispetto ai semplici modelli di imitazione.

In un sistema basato sul case law, i giudici, devono osservare determinate regole, peculiari del sistema giuridico inglese.

"Judges, ... must have regard to those rules which are not as in some other legal system, merely material, and which the judges, in later case make take in to consideration in coming to theyr decisions. The judge's decisions only in some particular case, constitute a precedent" (48).

Il metodo giuridico di applicare il precedente giurisprudenziale, quale metodo favorevole per

(47) ZANDER, MICHAEL: THE LAW-MAKING PROCESS. op. cit. pag.

(48) CROSS, RUPERT: THE PRECEDENT IN ENGLISH LAW. op. cit. pag.3 e ss.

disciplinare una determinata fattispecie, è accettato dal sistema inglese come da tutti gli altri sistemi giuridici. Se, una questione nuova, mai decisa prima, si presenta in un'aula giudiziaria, i giudici (sia di Common Law che di Civil Law), provvederanno a risolverla con questioni analoghe già disciplinate in precedenza, senza che con ciò si configuri alcun vincolo giuridico verso le precedenti decisioni. Il procedimento(49) muta, per il sistema inglese, a differenza di quello continentale, se "the point has already been decided in a prior case, then the English

(49) TWINNING, L. WILLIAM : IL PRECEDENTE NEL DIRITTO INGLESE: UNA DEMISTIFICAZIONE. in GALGANO, F.: LA GIURISPRUDENZA PER MASSIME E IL VALORE DEL PRECEDENTE. Padova, 1988, p.35 ss.

I giudici, possono essere semplicemente obbligati a prendere in considerazione la precedente decisione come un fatto materiale su cui basare la propria decisione, oppure essere indotti a decidere nello stesso modo del precedente in mancanza di una ragionevole motivazione per allontanarsi, ed inoltre possono decidere in egual modo, anche se hanno buone ragioni per non adeguarsi. Solo nell'ultima di queste ipotesi, il precedente si configura vincolante o con effetto coercitivo, a differenza delle altre in cui si può configurare un precedente persuasivo. In un tal contesto il precedente non può essere considerato un modello che può tranquillamente essere seguito, nè un esempio per giustificare le successive decisioni

system applies the doctrine of precedent in a different and more technical sense"(50).

La dottrina del precedente, comporta che il principio di diritto, (la ratio decidendi) contenuto nelle judicial decisions, deve essere seguito in futuro per la soluzione di casi simili o analoghi, dalla Corte della medesima giurisdizione; si può ovviare a tale regola solo in casi eccezionali e per "gravi ragioni".

Llewellyn(51), afferma che un caso che rimane isolato non può offrire nemmeno un'aiuto guida per le Corti future, ma è "the background of other case in relation to which, you must read the one". Infatti, è

(50) GOODHART, A.L. : PRECEDENT IN ENGLISH AND CONTINENTAL LAW. IN L.Q.R., 1934, p.41.

"The prior case being directly in point it is no longer than a pattern; it is one which it must be followed in the subsequent case. It is more than a model".

(51) ZANDER, MICHAEL: THE LAW MAKING PROCESS. op. cit. p.159.

Llewellyn: "it is the aspect in which their facts are similar which give you your first guidance as to what classes of fact we be found legally relevant".

"The courts can decide the particular dispute only according to a general rule which covers a whole class of like disputes. Our legal theory does not admit of a single decisions standing on their own. ... No case have a meaning by itself,,,"

nell'ambito in cui i fatti appaiono essere simili che si può formare un precedente vincolante, e una guida per le future decisioni.

C. Un altro modo di configurare la regola dello stare decisis, come leggenda, può emergere se si considera che alcuni giuristi sono soliti etichettare la regola, come una sorta di illusione ottica collettiva o di mito infantile della certezza del diritto. La ragione di questa loro presa di posizione risiede, nel rilevare una incompatibilità tra l'esigenza di una stabilità del sistema giuridico, e l'unicità dei casi che sono di continuo sottoposti al vaglio dei giudici che devono di continuo rispondere alle mille sfaccettature

dell'esperienza. In questo caso(52), parlare di leggenda dello stare decisis, riguarderebbe la "fatica sprecata per la ricerca del mitico case in all fours o case in point vincolante per il giudice.

Occorre rilevare, però, che a questa impostazione non può essere contraddetta con la tesi classica del formalismo giuridico(53), secondo cui per ogni caso, che si presenta al giudice, esisterebbe una "single right answer"(54). In un tale contesto, una ricerca volta ad inquadrare i presupposti che consentono di verificare la reale esistenza della regola dello stare decisis si presenta utile. Una ricerca in tal senso è già stata operata da Holdsworth. L'autore evidenzia quelle (che Mattei,

(52) BERRING, COHERING: HOW TO FIND THE LAW. St. Paoul, 1984, pag.5 e ss.

--- FRANK, J. : LAW IN MODERN MIND. New York, 1948.

(53) TARELLO, GIOVANNI: IL FORMALISMO GIURIDICO.

(54) BLACK : LAW OF JUDICIAL PRECEDENT.

chiama nella sua opera)(55) "condizioni minime" per l'esistenza di un sistema di precedenti vincolanti: a) un sistema istituzionale, ossia una gerarchia piramidale di Corti che non lasciano spazio a precedenti confliggenti l'uno con l'altro; b) un sistema di verbalizzazione e pubblicazione delle decisioni che godono di autorevolezza e di ufficialità tali da impedire al giudice successivo di discostarsi dal precedente allegato(56).

(55) HOLDSWORTH, W.: CASE LAW. in Law Quartely Review, 1934, pag. 180.

(56) MATTEI, UGO: STARE DECISIS. IL VALORE DEL PRECEDENTE GIUDIZIARIO... op. cit. pag.

PAR. 5. "STARE DECISIS" E DIRITTO VIGENTE: LA NATURA
QUOTIDIANA DELLA REGOLA.

La natura di regola quotidiana, per cui un precedente (il più possibile vicino ai fatti rilevanti, reso nel grado più alto possibile della medesima giurisdizione che non sia stato overruled, nè modified, che riguarda lo stesso punto di diritto) è vincolante per il fatto stesso di essere stato bene o male deciso, è chiaramente descritta dal Cardozo quale "stare decisis is at least the every day working rule of our law"(57).

Parlare di natura quotidiana della regola è cosa diversa dal configurare la Common Law, come diritto vigente. "La nozione di storia di diritto vigente è una nozione sconcertante per un common lawyer abituato a

(57) MERRYMAN, J.H. : LA TRADIZIONE DI CIVIL LAW NELL'ANALISI DI UN GIURISTA DI COMMON LAW. Milano, 1973.

--- MATTEI, UGO : STARE DECISIS. IL VALORE DEL PRECEDENTE GIUDIZIARIO NEGLI STATI UNITI. op. cit. p.3 ss.

concepire la storia giuridica come una esposizione delle istituzioni e delle norme giuridiche storicamente considerate nel loro contesto economico e sociale". "La storia che egli è abituato a leggere è ricca di casi importanti, di grandi eventi e talvolta anche di testi legislativi(58).

La pratica quotidiana delle Corti è molto condizionata dal principio dello stare decisis, così come dallo stesso, sono condizionati tanto il modo di ragionare del giurista, quanto lo stesso insegnamento del diritto. Anche se il prestigio della classe accademica e della dottrina vanno aumentando, i giudici continuano ancora a svolgere il ruolo più determinante nella formazione del sistema giuridico; il metodo casistico rappresenta ancora il metodo principale di insegnamento.

(58) MATTEI, UGO : STARE DECISIS. IL VALORE DEL PRECEDENTE GIUDIZIARIO...op.cit. pag.357.

--- VAN CAENEGEM, C.R. : I SIGNORI DEL DIRITTO. Milano, 1991.

PAR. 6. LO "STARE DECISIS COME ASPETTO DESCRITTIVO
DEL SISTEMA GIURIDICO: LA NATURA DOTTRINALE
DELLA REGOLA.

Per affermare l'esistenza o la morte di una regola, quale lo stare decisis occorre porsi all'interno dell'ordinamento giuridico in cui è situata e porre l'attenzione alla descrizione che di quella fanno i giuristi (59).

Il principio dello stare decisis è innanzitutto una regola di percezione del proprio sistema giuridico e come tale si riflette sugli strumenti di conoscenza del sistema. Infatti l'evoluzione dei digests, dei citators fino agli attuali reports e ai sistemi di computerizzazione di ricerca sono in ampissima misura frutto della regola dello stare decisis .

(59) MATTEI, UGD : STARE DECISIS. IL VALORE DEL PRECEDENTE GIUDIZIARIO NEGLI STATI UNITI. op. cit. p. 355..

Stare decisis, come regola collocabile a livello descrittivo di un sistema giuridico, come proposizione utilizzabile dai giuristi per descrivere il proprio sistema è una regola dottrinale. Una regola che si presenta non elaborata nel corso della decisione delle controversie giudiziali ma, nel corso della descrizione del modo di risolvere le controversie.

La natura dottrinarica della regola dello stare decisis comporta che le successive decisioni possono istituire una pratica più o meno costante nella soluzione di un particolare gruppo di problemi giuridici ma, osservare e generalizzare le pratiche per estrarre una regola, è un'opera dottrinale. Questa stessa natura della regola, consente di parlare in generale dell'atteggiamento di un sistema giuridico

nei confronti dello stare decisis "senza perdersi nei
rivoli dei diversi settori del diritto in cui
l'osservanza può essere più o meno rigida" (60).

Stare decisis, porta innanzitutto, come risultato la
tendenza a risolvere la controversia individuale,
pensando a quelle future, accrescendo in tal modo la
responsabilità e la consapevolezza del ruolo del
giudice(61).

(60) MERRYMAN, H.J. : LA TRADIZIONE DI CIVIL LAW VISTA
DA UN GIURISTA DI COMMON LAW...op. cit. pag.

(61) MATTEI,UGO: STARE DECISIS. IL VALORE DEL
PRECEDENTE GIUDIZIARIO...op.cit. p.358.

GIURISPRUDENZIALE VISTA AL COMPUTER.

Un noto scritto di Glenn Patrick(62), intitolato "The use of computers:quantitative case law...", offre lo spunto per affermare che la dottrina del precedente ha ricevuto una grande rilevanza sia nel sistema anglosassone, che in quello continentale(63). Afferma Glenn, "it is a question in the common law, of knowing which decisions are preserved, and their places in the totality of judicial activity".

Quando si desidera parlare "the concept of judicial

(62) GLENN,PATRICK: THE USE OF COMPUTERS: QUANTITATIVE CASE LAW ANALYSIS IN THE CIVIL AND COMMON LAW. In Int. and Comp. L.Q., 36, 1987, p. 362-368.

(63) CECCHERINI, ALDO : IL PRINCIPIO GENERALE DELLA MOTIVAZIONE DEI PROVVEDIMENTI GIURISDIZIONALI E L'INFORMATICA GIURIDICA. In Giust. civ. 1989, parte seconda, (osservatorio) p.54-63

--- UCCELLA,FULVIO: SPUNTI DI RIFLESSIONE PRELIMINARE PER UNA RIFORMA DELL'UFFICIO DEL MASSIMARIO CORTE DI CASS. Giust.Civ. Osserv. parte 2, p.239-244.

precedent", e delle possibilità concrete di venirne a conoscenza, i comparatisti, pongono subito in luce, la differenza strutturale delle corti giudicanti, lo svolgimento tipico del processo civile, la ripartizione dei compiti tra giudice ed avvocato, ed infine anche lo stile della sentenza. Le Corti inglesi, sono presenziate da un ristretto numero di giudici, e di conseguenza ridotto è anche il numero delle decisioni giudiziali pronunciate in un anno, se messe a confronto con gli altri ordinamenti giuridici(64).

Un sistema computerizzato, non mira ad influenzare l'authority delle varie judicial decisions, ma

(64) KOTZ, HEIN: RELAZIONE ALLA FISIONOMIA DELLA SENTENZA IN EUROPA. In Atti Conv. Ferrara 1985. (Duecentocinquanta-trecento in confronto a quindicimila della Germania e cinquemila della Francia; e H. of L. emette c.a. cinquanta sentenze l'anno rispetto ad es. ventimila della C. de Cassation). Questi profili appaiono inscindibilmente connessi con le particolari tradizioni giuridiche di un paese, con il numero di giudici, con la strutturazione della loro carriera professionale, con il prestigio sociale di cui essi godono all'interno della collettività.

ne rappresenta un più rapido accesso(65).

Montrose, afferma nella sua opera, che il precedente viene visto come elemento servile sia anche logicamente indipendente dalla dottrina(66). La stessa osservazione può riproporsi allorchè si è in presenza di un sistema computerizzato di precedenti giurisprudenziali. La tecnologia moderna del computer, estremizza la regola dello stare decisis, mettendo maggiormente in rilievo gli aspetti rigidi e quelli controversi, sia pure esemplificati in una tecnica chiara. Infatti, i giuristi inglesi, si sono chiesti se l'uso del computer abbia un effetto drastico sulla nozione di judicial precedent.

"The computer has been as harmful to the concept, as increas in legislation". Una serie di precedenti per così dire "automatizzati", pongono con più assiduità i

(65) GLENN, P.: THE USE OF COMPUTERS. op. cit. p.363.

(66) MONTROSE, J.L.: PRECEDENT IN ENGLISH LAW, 1968, Ireland

problemi(67) di una "purposive legislative interpretation", di un'applicazione quasi meccanica, "far of judicial interest in social change", di formulazione di decisioni basate meramente su citazione dei precedenti, senza contare una selezione "naturale" delle unreported decisions. Daltronde(68), il computer permette la conoscenza di tutti quei precedenti giurisprudenziali "frequently in areas untouched by legislation", inoltre, può rendere esplicito il processo di scelta che il giudice compie, coscienza or unconscience (in presenza di un precedente vincolante o meramente persuasivo), nel discernere la ratio decidendi di un soluzione

(67) GLENN, P.: THE USE OF COMPUTERS. op. cit. Sia nei paesi continentali che di common law, "the existence of a formal jurisprudence costante, or precedent as a rel sources of law, will be more a matter of measure less one of affermation". p.366.

(68) RICHMAN, W.M.-REYNOLDS, W.L.: THE NON-PRECEDENTIAL PRECEDENT. In Col.L.R., 78, 1978, p.1167, 1186-1187.

giudiziale già emanata in precedenza(69).

Ma l'elemento computer, non deve essere sopravvalutato. Il primo aspetto caratteristico del processo inglese è l'oralità(70). Nel novanta per cento delle controversie civili che giungono alla Corte d'Appello, la decisione viene pronunciata oralmente immediatamente dopo che la difesa ha svolto i suoi argomenti(71). Quando si utilizza un computer, si tratta non solo di registrare in modo corretto il precedente, (questo è compito dei tecnici e della perfezione dei loro programmi), ma afferma Pescatore,

--- --
(69) STONE, J: PRECEDENT AND LAW.DYNAMICS OF COMMON LAW GROWTH. op.cit. p.82-83.

Quando le Corti pervengono ad una decisione giudiziale, è sempre frutto di una scelta operata sulle "legal cathogories, from thre innate fertility of language, in to ratio decidendi notion itself".

(70) GORLA, GINO: STUDI INTERNO E COMPARATIVO DELLA GIURISPRUDENZA E DEI SUOI PRESUPPOSTI:LE RACCOLTE E LE TECNICHE PER L'INTERPRETAZIONE DELLE SENTENZE. In Foro It. 1964, c.73. "the oral judgment is the rule".

(71) LORD WILBERFORCE: HOUSE OF LORDS. In Atti del Conv. Ferrara, 1985. p.600.

Un dato apparente in contrasto sono le judicial decision della House of Lords. Nel 99% dei casi sono scritte. Sono pronunciate nella Camera della House of L., ma sono redatte per scritto e stampate prima di venire pronunciate.

di utilizzare un tipo di registrazione che permetta un facile reperimento dei precedenti stessi(72). Ciò implica da una parte, che la tecnica discorsiva, improntata alla prassi in maniera "artigianale"(73), caratteristica della mens giuridica inglese, sia rivista, e che tutte quelle considerazioni di policy incluse apertis verbis, siano ridimensionate al fine di mantenere un contatto elastico con la macchina (tra output e input). Infatti, fa notare il Gorla(74) che eliminando dai Reports, gli elementi strettamente attinenti al fatto di causa, descritto sempre con particolare accuratezza, "quella che era una decisione giudiziale in senso proprio viene tendenzialmente trasformata in un pezzo dottrinale". In questo

(72) PESCATORE, PIERRE: L'INFLUENZA DEL COMPUTER SULLO STILE DELLE SENTENZE. In Atti Conv. Ferrara, 1985, p. 610.

(73) KOTZ, HEINZ: RELAZIONE... op cit. p.546

(74) GORLA, GINO: LO STUDIO INTERNO E COMPARATIVO DELLA GIURISPRUDENZA... op.cit. c.73.

contesto, emerge come la regola del precedente, nella sua parte vincolante della ratio decidendi, sia vestita di varie considerazioni(75) e queste per la maggior parte sono obiter dicta. E' in tal senso che vari giuristi (Pescatore, Twinning, Stone...), mirano ad analizzare le decisioni delle Corti, sotto aspetti linguistici, e strutturali, facendo leva su concetti espliciti, univoci, omogenei, al fine di individuarne gli elementi rilevanti che costituiscono la ratio del caso. Ma questi sforzi, devono fare i conti con la tecnica tradizionale, che individua la regula iuris, "reasoning from case to case". Questa tecnica a carattere induttivo, prende le mosse dai singoli problemi reali, e non mira a dedurre la concreta

(75) STEIN, PETER : LA SENTENZA NELLA TRADIZIONE GIURIDICA EUROPEA. In Atti Conv. Ferrara, 1985, p. 492. "Il processo è ad un tempo interpretativo e creativo. Il prof. Dworkin lo ha paragonato ad un gruppo di scrittori impegnati in un romanzo... Ciascun giudice fa parte di un'impresa collettiva non è libero di avventurarsi di sua iniziativa in una nuova direzione".

soluzione da concetti definiti in un linguaggio tecnico. Viene fatto notare dal Kotz, che questa impostazione, non è presente solo quando il materiale giuridico determinante ai fini della decisione è ordinato per mezzo del case law, ma anche quando l'elemento di riferimento è una prescrizione normativa. La spiegazione è incentrata sull'attività del giudice, che "cerca di non suscitare mai l'impressione di dedurre direttamente dal testo la soluzione del caso concreto"(76). Il fatto che in Inghilterra, il giudice, sa e desidera che la sua opinione gli venga personalmente attribuita come proprio contributo(77), crea non poche difficoltà all'applicazione della regola dello stare decisis.

(76) KOTZ, HEINZ: RELAZIONE... op cit. p.546 e 549
Sussiste talvolta l'indecisione dei giudici inglesi se impiegare nella motivazione della sentenza la prima persona singolare o dichiarare che egli stesso trova dal suo punto di vista personale il caso difficile, la configurazione giuridica problematica, il risultato conseguito insoddisfacente.

(77) Ibidem

"Il giurista inglese considera un pregio il fatto che la pronuncia dei giudici sia indirizzata a tutti, e quindi sia tesa ad immedesimarsi con le aspettative dei profani". Di qui, quella esposizione ricca e colorita dei fatti meticolosamente rievocati con la suggestione di un racconto in un linguaggio il più possibile atecnico. Di qui anche, la prassi delle argomentazioni a più voci, concorrenti e/o dissezienti (personal opinions dei giudici). Un tale metodo, però, non garantisce né il rigore, né la coerenza, né la razionalità della decisione. La decifrazione della ratio decidendi è un compito impegnativo, ed un sistema computerizzato, ben si presta ad esemplificare il lavoro delle Corti giudiziarie, distinguendone le operazioni logiche. Ma le cose si complicano allorchè l'individuazione della

ratio di un caso deciso, necessita che si vada oltre il caso singolo. Quando l'attività decisionale richiede che si vada alla ricerca di casi analoghi, e richiede una lettura consequenziale dei casi ritenuti rilevanti, scompare il timore che il computer possa offrire una soluzione pronta per la fattispecie concreta. In queste ipotesi(78), non si richiama il caso anteriore per il significato che assume all'epoca in cui il caso viene deciso ma, per il significato che assume nel contesto attuale in cui viene recepito e attraverso la reinterpretazione e manipolazione della fattispecie concreta. Si ritiene che la dottrina del precedente vincolante, binding

--- -- -- -- --

(78) STEIN, PETER: JUDGMENT IN EUROPEAN TRADITION. In Atti del Conv. Inter., Ferrara, 1985.

Trattasi non di una sequenza storica ma logica. "La sentenza inglese per la ricchezza e varietà dei suoi contenuti, per il peso della tradizione in cui il giudice, impersona l'oracle of the law e il suo tramite, suole corroborare le ragioni giuridiche delle sue decisioni con argomentazioni e insegnamenti accessori (pratici, filosofici o di semplice buon senso) è più suscettibile di filtrare attraverso l'esperienza del diritto l'esperienza della vita vissuta".

precedent, non significa che interpreti successivi abbiano l'obbligo d'interpretare una decisione nei termini esposti precedentemente e quindi applicarla solo in quegli stessi contesti(79). Quindi, in presenza di una personalizzazione del precedente, un sistema computerizzato, può essere d'aiuto solo (e laddove sia possibile), per una separazione della ratio decidendi dagli obiter dicta, e in sede di redazione delle sentenze, può aiutare a discernere quali material facts introdurre nella stesura finale(80).

I progressi compiuti in campo di conoscibilità dei

(79) TWINNING, L.W.: DEMISTIFYNG PRECEDENT IN LAW ENGLISH. In GALGANO, F.: LA GIURISPRUDENZA PER MASSIME E IL VALORE DEL PRECEDENTE. Padova, Una configurazione della dottrina del precedente così descritta non concorda con la pratica dei giudici, degli avvocati ed inoltre dà un'immagine fuorviante della regola dello stare decisis e delle varie dispute giuridiche che compongono la tradizione della common Law.

(80) LORD WILBERFORCE: HOUSE OF LORDS, op. cit. p.602. Fa presente l'autore, riportandone la documentazione, che non è raro che sentenze molto apprezzate del giudice X, si rivelino essere un prodotto globale del lavoro di un collaboratore.

precedenti giurisprudenziali, sono sufficienti a rimarcare l'importanza della regola dello stare decisis. La realizzazione di simili sistemi, assai promettenti sotto il profilo conoscitivo, sollecita tuttavia, forti riflessioni sulla capacità di soddisfare il principio di certezza del diritto, dell'equità, e della motivazione della decisione(81).

(81) TWINNING, L.W.: DEMYSTIFYING PRECEDENT IN ENGLISH LAW, op. cit. p.

La situazione, potrebbe essere alquanto diversa nel caso in cui i giudici, abbandonassero lo stile discorsivo della motivazione, che è una caratteristica della judicial decision, e, si limitassero ad un'accurata formulazione dei principi posti a base delle loro decisioni. Tuttavia, un mutamento in tal senso è inconcepibile, considerando anche il fatto che un unanime consenso, dal punto di vista teorico non sussiste riguardo al modo corretto di estrapolare le proposizioni giuridiche con valore vincolante che si trovano nelle argomentazioni giuridiziali.

Inoltre, Twining ritiene che sia utile distinguere quando la ratio decidendi è formulata in proposizioni esplicite, implicite, o imputabili a precedenti ad opera di interpreti successivi. Questa distinzione viene considerata decisiva, al fine di individuare meglio l'importanza che la ratio assume nei contesti dei singoli precedenti.

CAPITOLO III

LA REGOLA DELLO " STARE DECISIS "

NELLA TRADIZIONE DELLA COMMON LAW.

PAR. 1. "STARE DECISIS": LA REGOLA DAL PRECEDENTE
GIURISPRUDENZIALE AL PRECEDENTE VINCOLANTE.
(ASPETTI TERMINOLOGICI).

Un ostacolo alla descrizione della dottrina del precedente inglese è posto nell'assenza di una concorde terminologia nel delineare il fenomeno(1). I problemi descrittivi e concettuali nascono perchè termini come case law, precedent, binding, coercive, and authority, sono usati indistintamente. "The words decision and precedent are often used synonymously by English writers and judges, when decisions of Superior Courts are mentioned"(2). La dottrina secondo cui una corte è vincolata da una decisione precedente che disciplini un caso simile configura in modo generale ma esatto, the rule of

(1) RADIN, MAX: CASE LAW AND STARE DECISIS: CONCERNING PRAJUDIZIENRECHT IN AMERICA. Col.L.R., 1933, vol.XXXIII, pagg.198-212.

--- ZANDER, MICHEAL: THE MAKING LAW-PROCESS. Milano, 1980.

(2) HALE, M : THE HISTORY OF THE COMMON LAW OF ENGLAND. London, 1971, p. 90.

binding precedent. Il termine "rule of precedent" è usato come variante del termine "stare decisis"; sebbene questi due termini non siano veramente e logicamente equivalenti. Infatti una cosa è seguire un precedente giurisprudenziale, altra cosa è lo "stare decisis".

A. Il principio di autorità, della decisione va tenuto distinto dal principio di uniformità giudiziale. "Non si può non obiettare che, il rispetto della tradizione giurisprudenziale, non corrisponda al riconoscimento del valore vincolante della singola decisione"; tuttavia, il primo "costituisce il presupposto essenziale" del secondo(3). "The rule that judicial decisions make law is theoretically distinct from the doctrine

(3) VACCA, LETIZIA : CONTRIBUTO ALLO STUDIO DEL METODO CASISTICO NEL DIRITTO ROMANO. Milano, 1976, pag.14.

of precedent, which is based on the practices by which the courts give effect to that rule". Sebbene i due concetti non possono essere facilmente separati nella pratica, i giuristi inglesi, considerano che, una volta che una Corte di grado Superiore, perviene ad una pronuncia decisionale, "the decision, makes law for the future and comes to be called a precedent"; ma, questo procedimento, non configura ancora, un precedente vincolante, (4). La forza del precedente, ossia, la sua vincolatività è conseguenza del "wright to attached to the different precedents", o più precisamente in presenza, o "in addition to the practices by which effect is given to that rule".

In altre parole, più è alto il numero di volte che quel precedente è stato utilizzato, più forza

(4) CROSS, RUPERT: THE PRECEDENT IN ENGLISH LAW.
op.cit. 36 ss.

vincolante acquisisce e, più alte saranno le probabilità che esso venga utilizzato in futuro.

Dato il valore di "prova" del diritto che viene a configurare il precedente giurisprudenziale nei Paesi di Common Law, il giudice non è vincolato dalla precedente decisione se viene provato che il diritto è in realtà diverso(5).

L'autorità del precedente, spesso è dovuta all'intrinseca bontà della decisione, o al prestigio del giudice che l'ha pronunciata. Il precedente può essere seguito per un grande numero di ragioni, le quali non garantiscono(6) che quella decisione sia il diritto vincolante. Questa distinzione, presente (certamente) nel sistema inglese, è emersa

(5) STEIN PETER: I FONDAMENTI DEL DIRITTO EUROPEO. Milano, 1987.

(6) SERENI, A.P.: LA COMMON LAW NEGLI STATI UNITI. op. cit. Lord Halsbury in *Quinn c. Leatham* 1901, A.C., 506. "Un caso è autorità solo per ciò che esso decide attualmente. Il precedente, acquista maggior valore con il passare del tempo, esso non deve divenire troppo antico, perchè in tal caso perde la sua autorità".

maggiormente nel mondo giuridico americano dove sono ancora presenti forti attacchi alla regola del precedente (e non alla regola dello stare decisis). Le pratiche che hanno dato luogo alla regola del precedente sono varie ma soprattutto "most of those reasons are some forms of estoppel"(7).

Le Corti, hanno fatto, e tutt'ora, fanno affidamento su decisioni emesse da alcuni personaggi (courts have allowed person to assume that a certain doctrine would be applied), ma, "to allow people to transfer property and obligate themselves on the faith of this expectation and then disappoint them", è in contrasto con i principali fondamenti di giustizia(8). La regola del precedente non deve essere confusa "with authority of the wise and of just who have proceeded

(7) RADIN, MAX: CASE LAW AND STARE DECISIS: CONCERNING PRAJUDIZIENRECHT IN AMERICA. Col.L.R., 1933, vol.XXXIII, pagg.198-212.

(8) STONE, JULIUS : PRECEDENT AND LAW. DYNAMICS OF COMMON LAW GROWTH. op. cit.

us". Anche se, i giuristi inglesi considerano, Coke quale giudice infallibile, seguire le sue decisioni non individua una retta applicazione della regola dello stare decisis, "but it is an example of inertia". La regola dello stare decisis necessita che un precedente sia seguito, per il solo fatto che "it is a previous decision, and for not other reasons...unless we cannot be certain that the rule is being followed... and the rule makes for certain..." (9). Queste considerazioni, di filosofia del diritto, sono continuamente oggetto di discussione nelle varie Corti di Common Law, anche se in linea generale si ritiene che il rispetto dello stare decisis, non può sussistere solo nel caso in cui una Corte approvi moralmente la conclusione a cui la

(9) RADIN, MAX: CASE LAW AND STARE DECISIS: CONCERNING PRAJUDIZIENRECHT IN AMERICA. Col.L.R., 1933, vol.XXXIII, in partic. pag.200.

regola tende, (la ritenga equa, coscienziosa, utile),
"if there is any additional reason for a decision
besides the coercive precedent, the situation at
once becomes obscured. Stare decisis may be operating
but we cannot be sure of it"(10). La stabilità del
sistema giuridico, necessita che se sussiste un
precedente vincolante, qualsiasi altra ragione che
comprovi la sua applicazione sia del tutto
irrilevante.

B. E' un aspetto ormai comune, trovare, Corti che
basano le loro decisioni, su uno o più citazioni dei
precedenti. Questo procedimento, non configura
strettamente la regola dello stare decisis. Il vincolo
del precedente, riguarda la singola decisione, "a
second decision adds nothing"(11). Nei paesi di

--- -- -- -- --
(10) SERENI, A.P.: LA COMMON LAW NEGLI STATI UNITI.
La regola è così applicata rigidamente, che nella
motivazione delle decisioni di Corti inglesi, si trova
sovente l'osservazione che il giudice si ritiene
vincolato da un precedente, ancorché disapprovi il
principio in esso formulato". es. Lord Sumner 1921.

Common Law, l'applicazione dello stare decisis, non crea troppe difficoltà; è seguito e basta. La Common Law, si presenta, come un sistema chiuso, avverso al diritto scritto, quanto all'introduzione di nuovi precedenti autoritativi. E' solo, dopo Coke, che nella Common Law, ("a perfection of reason"), l'idea di una lacuna giuridica, diviene, "an historical commonplace". La problematica centrale, che emerge davanti alla regola dello stare decisis, consiste, non tanto, nell'individuazione di uno stabile e univoco criterio applicativo of the binding precedent, quanto nell'individuazione stessa del precedente. L'esistenza di un precedente, presuppone un lacuna giuridica; in altre parole si riconosce "that the gap is there",

(11)RADIN,MAX: CASE LAW AND STARE DECISIS: CONCERNING PRAJUDIZIENRECHT IN AMERICA. Col.L.R., 1933, vol.XXXIII, in partic. pag.201.

"If the court is bound, it is bound by one decision... If a court is not bound except by a longa serie rerum similiter iudicatorum, what binds it is not a precedent, but estoppel or the force of custom..."

"that there were cases of first impression". In questo contesto, è possibile comprendere come "gli operatori del diritto", siano restii ad una simile affermazione, e quale importanza, rivesta la tecnica del distinguish, (un scholasticism has long been familiar of the term overruling), tesa a colmare quelle lacune. Queste considerazioni, portano a rivedere la regola dello stare decisis, quale "source of law" che non necessita di essere precisata nei suoi elementi costitutivi, perchè si basa sulla judicial experience, che non può trarre una soluzione da più precedenti vincolanti, che "the rule works in obvious way".

(14) MATTEI, UGO : STARE DECISIS. IL VALORE DEL PRECEDENTE NEGLI STATI UNITI D'AMERICA. Milano, 1988, pag.188.

Il precedente giurisprudenziale, diviene una "guida", e la Common Law, vige nei limiti della sua adattabilità".

A. " STARE DECISIS" E LE DIFFICOLTA' DI ATTENERSI
ALLA REGOLA DEL PRECEDENTE VINCOLANTE.

Una grande disputa(15), aperta ancora oggi, riguarda la "convenienza" di attenersi rigidamente alla regola del precedente, o meglio, nella sua formula latina " dello stare decisis et quia non movere", o come in lingua inglese "is usually translated, to stand by or adhere to decisions and not to disturb what is settled"(16). Il vero "cuore" della disputa, concerne la possibilità di applicare comunque, i precedenti, in altri termini (secondo "the classic English version by Croke) to say that

(15) VAN CAENEGEM, C.R. : I SIGNORI DEL DIRITTO.
op.cit. pag. 112 e ss.

-- DOUGLAS, D. WILLIAM: STARE DECISIS. in Col.L.R.,
49, 1949, pagg.735-755.

-- STOENE, JULIUS : JUDGMENT-SEAT IN SOCIAL CONTEXT.
in PRECEDENT AND LAW. DYNAMICS OF COMMON LAW
GROWTH. (by Stone) Butterworth, 1985,p.109-235.

(16) HANNA,JOHN: THE ROLE OF PRECEDENT IN JUDICIAL
DECISION. in Vill.L.R., 2, 1957,pagg.366-384.

those things which have been so often adjudged ought to rest in peace", anche nell'ipotesi che quei precedenti siano dichiaratamente cattivi, e quindi debbano essere seguiti per la "certezza del diritto".

Il case law, si presenta difficile da giudicare. Alcuni dicono che questo abbia il vantaggio della certezza, vigendo il principio dello stare decisis. Lo stare decisis, consente che, quando una Corte, abbia giudicato in un certo senso una volta, in un caso analogo il diritto sia lo stesso. Questo è ed è stato il baluardo della Common Law, al punto che si sono sacrificati valori come la giustizia e l'equità. I giudici, hanno preferito, in passato, osservare un precedente iniquo o perfino assurdo per amore della certezza. Se deve esservi un cambiamento, stà al

legislatore provocarlo. Di questo parere, è Lord Cohen(17), il quale mostra come l'incertezza del diritto sia un enorme svantaggio, perchè "abbandonando il principio dello stare decisis, si spalancano le porte all'incertezza". In altre parole, Lord Cohen, ritiene che sia meglio preoccuparsi di statuire una norma che impedisca ai giudici di usurpare le funzioni del legislatore e che tenda alla certezza del diritto, piuttosto che accingersi allo studio di norme che limitino la loro discrezionalità.

E' in questa luce che si può vedere la decisione della Camera dei Lords, nel tardo Ottocento, di considerarsi legata dai suoi stessi precedenti.

Comunque non tutti i giudici sono d'accordo con questo punto di vista. Alcuni affermano che la

(17) PATTERSON, A. : THE LAW LORDS. London, 1982, p.133.

giustizia dovrebbe prevalere sulla certezza, e quindi i cattivi precedenti non dovrebbero essere seguiti, perchè "sarebbe fare un torto a chiunque presenti un caso, simile a quello inequamente disciplinato in passato", e solo perchè è già stato operato un torto in precedenza(18). Lord Denning, propende per questa linea di condotta(19), inoltre, un dato rilevante, è presentato dalla data del 1966. La Camera dei Lords, dopo un caso clamoroso, ha mutato il suo judicial behaviour, ed ora, è libera di ribaltare i suoi stessi precedenti(20). Il fatto che alcuni tribunali, non siano legati a precedenti che al giorno d'oggi, sono considerati iniqui, sebbene sembrassero perfettamente equi all'epoca in cui furono stabiliti,

(18) ALLEN, C.K. : LAW IN THE MAKING. VII ed. Oxford, 1964, pag. 209-210.

(19) LORD DENNING: THE DISCIPLINE OF LAW. London, 1979, pag. 149-150.

(20) STEVENS, R: LAW AND POLITICS. THE HOUSE OF LORDS AS A JUDICIAL BODY 1800-1976. London, 1979, p. 490.

può rappresentare un guadagno dal punto di vista della giustizia e della flessibilità, ma è un "colpo" contro la certezza. Nella maggior parte dei casi, naturalmente lo stare decisis, è ancora la norma, ma d'altronde non si può essere assolutamente sicuri che che la Corte non ribalterà un precedente per un qualche motivo che ora considera imprescindibile.

E' stupefacente vedere come una scuola di pensiero lodi il case law per la sua certezza e un'altra per la sua flessibilità(21). E come quest'ultimo punto venga messo in risalto dagli avversari della codificazione del diritto. Le cose non sono rese più semplici, dal comportamento di giudici, che mostrano, come sia raramente difficile aggirare un precedente, quando questo "sembra" ostruire la via ad una sentenza

(21) rinvio alle considerazioni del prof. Mandelli, nt.53 p.44.

desiderabile. "La verità, è che il diritto è incerto..., e nessuno può dire, quale sia il diritto finchè, le Corti non lo definiscono. I giudici, producono diritto ogni giorno, sebbene ammetterlo sia un'eresia". Il rapporto tra la regola dello stare decisis e la dottrina del precedente giurisprudenziale, sarebbe dominato, ritiene Denti, da un "approccio realista alla teoria del precedente, che si contrappone al ruolo formalistico, che prevale nella dottrina inglese"(22).

(5) DENTI, VITTORIO : RELAZIONE SUL VALORE DEL PRECEDENTE INGLESE. pag.113 e ss. in GALGANO, F.: LA GIURISPRUDENZA PER MASSIME E IL VALORE DEL PRECEDENTE. Padova, 1988.

L'efficacia ed il valore del precedente, sono condizionati dai fini che il giurista, o l'avvocato, o il giudice si propongono, sia nell'individuazione della regula iuris, sia nella scelta tra i valori di stabilità o di mutamento nell'evoluzione della giurisprudenza. Se da un lato il punto di riferimento per la decisione del caso è la formulazione della domanda giudiziale e i pleadings sono limitati in via di principio alla esposizione dei fatti (material facts che il giudice può venire a conoscenza solo nel corso del trial), dall'altro lato la sentenza della Common Law, judicial decision, s'impone soprattutto per la lunghezza e l'articolazione delle opinions dei giudici, e per la complessità della sua struttura.

B. LO STARE DECISIS E IL PERICOLO DI IMPORRE IL
VINCOLO DEL PRECEDENTE.

Lo sforzo, volto a cogliere il concetto di precedente, nella scienza del case law(23), è quello teso alla ricerca di una regola stabile giudizialmente e presuntivamente vincolante. Si tendono a ravvisare tali sforzi nella regola dello stare decisis, ma questa sfugge nelle sue determinazioni concrete, mentre nella dottrina mantiene i suoi connotati funzionali. I common lawyers, ricercano nella preparazione delle loro cause i casi analoghi,

(23) MONTROSE, J.L.: PRECEDENT IN ENGLISH LAW AND OTHER ESSAY. Irland, 1968, p.128 ss. "Austin conceived jurisprudence as a means of obtaining knowledge of general principle of law", oppure come lo studio di una delle fondamentali assumptions di un avvocato.

--- CROSS, R.: PRECEDENT IN ENGLISH LAW. op. cit.

Il precedente è di solito argomentato nei libri di giurisprudenza. La giurisprudenza, secondo il Bentham, è l'"art of being methodically ignorant of what everybody knows". Cross, nella sua opera, sostituisce "everybody" con "everylawyer", in modo da offrire un quadro generale sul tipo di atteggiamento che può assumere un operatore del diritto inglese.

al fine di servirsene a sostegno delle loro discussioni; così i giudici nelle loro decisioni, fanno spesso riferimento ai casi precedenti(24).

" I giuristi, i giudici e anche gli studenti di diritto inglese, leggono e usano le sentenze per vari motivi". I due più importanti, sono che, le sentenze con valore di precedente offrono risposte autorevoli alle questioni di diritto, fino a quel momento dubbie o discusse; inoltre, forniscono un ricco tesoro di motivazioni per argomentare le soluzioni delle controversie. In questo modo, i precedenti giurisprudenziali sono contemporaneamente fonte di authority reasons e antologie di substantive

(24) TWINNING, L.W.-MIERS, DAVID: HOW TO DO WITH RULES. Milano, 1991.

--- TWINNING, L.WILLIAM : IL PRECEDENTE NEL DIRITTO INGLESE. in GALGANO, FRANCESCO: LA GIURISPRUDENZA PER MASSIME E IL VALORE DEL PRECEDENTE. Padova, 1988. in partic. pag. 35, ss.

"Everylawyer", sia questi praticante, o legale, "often keeps out" dai Law Reports, le "rules of law", la ratio decidendi del caso, la decisione vincolante per una determinata Corte, per utilizzarle nelle cause di cui è patrocinatore. Il modus operandi di un English lawyer, consiste nella ricerca continua di precedenti autorevoli e vincolanti.

reasons. In questo contesto, si può comprendere meglio, quando si afferma che parlare del valore del precedente significa restare nell'ambito normativista(25). Si tratta di estrarre la regola iuris, da una precedente decisione, che dovrà disciplinare il caso concreto, sia che da questa derivi una efficacia normativa, cioè un precedente vincolante, sia che ne derivi un'efficacia persuasiva per la Corte adita, (che la ritiene la soluzione migliore per l'interesse oggetto di tutela).

I motivi per i quali un giudice fa riferimento a determinati precedenti piuttosto che ad altri, possono essere i più vari: perchè ne subisce il prestigio della Corte superiore, perchè è convinto della bontà delle argomentazioni addotte, perchè è

troppo pigro per risolvere da solo il problema giuridico, perchè non vuole rischiare che la propria decisione sia contrastata, isolata o riformata.

Si è rilevato un'aspetto molto importante nella dottrina dello stare decisis, infatti, si asserisce (26) che è pericoloso imporre il vincolo del precedente, perchè così facendo il giudice successivo viene esonerato dal dovere di elaborare il diritto per suo conto nei casi successivi.

Si comprende, quanto problematica e quanto ben radicata nella tradizione giuridica della Common Law, sia la dottrina dello stare decisis, anche in assenza di una espressa formulazione del principio della regola-base. Soprattutto, si comprende quanto relativa sia l'importanza di una teoria generale su questo argomento.

(26) STEIN, PETER : I FONDAMENTI DEL DIRITTO EUROPEO. Milano, 1987, pag. 110.

"L'elemento caratterizzante il sistema giudiziale della Common Law, in tema di judicial process, non consiste in ciò che i giudici fanno, ma in ciò che una dominante ideologia folkloristica dice loro di fare"(27). La regola dello stare decisis, costituisce la fonte del diritto nei Paesi della Common e non va assolutamente confusa con una stabilità giudiziale intesa quale "res iudicata". La regola dello stare decisis, di cui è destinatario il giudice, instaura un vincolo che non riguarda solo le parti in causa, nella fattispecie concreta, ma chiunque altro che possa trovarsi in una situazione giuridica simile a quella decisa. Questi elementi inconfondibili e del tutto peculiari del sistema giuridico di Common

(27) MARRYMAN, J. H.: LA TRADIZIONE DI CIVIL LAW NELL'ANALISI DI UN GIURISTA DI COMMON LAW. Milano, 1973, pag. 70 ss.

Law, sono racchiusi nel brocardo "the doctrine of precedent" o "stare decisis et non quieta movere" o ancora più precisamente quando parliamo di "stare rationibus decidendis" e "keep to the decision of past cases"(28).

(28) HANNA, J.: THE ROLE OF JUDICIAL DECISION.
VILL.L.R. 1957, pp.366-384. "judicial decision
"To stand by or adhere to decision and not to disturb
what is settled".

-- MICHELI, G.: CONTRIBUTO ALLO STUDIO DELLA
FORMAZIONE GIUDIZIALE DEL DIRITTO. CASE LAW E
STARE DECISIS. Pavia, 1938, pag. 252.

-- ZANDER, MICHEAL: THE LAW-MAKING PROCESS. op.cit.
p.103 ss.

C. STARE DECISIS: I PRECEDENTI GIURISPRUDENZIALI
GUIDANO IL DIRITTO. L'IMPORTANZA DEL LEADING CASE.

I precedenti, nel 18°sec., "play a large part in the practice of law, but the judges don't consider themselves in any way bound by decisions of which they do not approve"(29). E' importante notare(30), che la dottrina dello stare decisis inglese, non si basa "upon the narrow theory" che un precedente dovrebbe essere vincolante solo in quei casi in cui allontanarsi da una decisione superiore significherebbe danneggiare colui che vi aveva fatto affidamento. La regola si fonda su una teoria più ampia, essenziale per la certezza del diritto (for the law to be certain), e per ottenere questa certezza

(29) ALLEN, C.K.: LAW IN THE MAKING. op. cit. p. 191.

(30) GOODHART, A.L.: CASE LAW IN ENGLAND AND AMERICA. In Corn.L.R., 1930, vol.XV, pp.173-193.

vale la pena sacrificare la giustizia del singolo caso (it is worth to sacrifice the justice in occasional cases). Non viene negato che casi difficili possono sorgere e quindi ci possano essere opinioni correnti che ritengono che la decisione precedentemente emessa sia errata, ma quella decisione pervenuta in interest rei publicae it is not an ordinary case, cioè "whatever it might be argued, whatever that may mean", non costituisce un "precedente", perchè "the doctrine applies in all cases equally".

"The doctrine of stare decisis does not preclude a departure from precedent established by a series of decisions clearly erroneous, unless property complications have resulted and a reversal would work a greater injury and injustice than would ensue by following the rule of stare decisis, though one tending to consistency and uniformity of decision is

not inflexible. whether it shall be followed or departed from, is a question ently within the discretion of court which is again called upon to consider a question once decided".

La pratica dei giuristi di common law è di ricercare e non creare i precedenti, anche se bisogna ammettere che "the search for a static security is misguided"(30). Ciò, non comporta, d'altronde che lo stare decisis sia così suscettibile al capriccio. "Stare decisis serves to take the capricious element out the law and give stability to a society".

E' facile enfatizzare lo stare decisis, come un principio nella vita dell'uomo giuridico. Per gli esperti di legge è solo un "indirizzo" per i giudici in presenza di determinati fatti, non è una logica deduzione, ma solo una funzione del comportamento

(30) WILLIAM, DOUGLAS: STARE DECISIS. In Col.L.R., 1949, vol.49, p.735.

umano. C'è una grande massa di precedenti e il problema non è trovare un precedente autoritativo ma stimare quali effetti possono derivare nel discernere i fatti e nel presentarli alla corte come determinati per la soluzione della controversia. Le decisioni di ieri o di un secolo fa, sono solo il punti di partenza. Le regole di diritto che governano questa materia devono considerarsi esistenti ex post facto.

"A single precedent, however binding, is merely the initiation of a process of generalization".

Le antiche regole inglesi, vanno adattate ai nuovi contesti economici e sociali, ed anche l'adeguatezza di esse, e la redazione delle nuove regole è ispirata da considerazioni quasi sempre superiori alla mera soluzione del conflitto individuale.

Lord Wright in un suo discorso, si meraviglia di come "this perpetual process of change can be reconciled with the principle of authority" (31).

Il problema è di creare nuove regole e di renderle in qualche modo stabili. Il solo metodo che il sistema giuridico della Common Law conosce è quello di ricorrere alla regola del precedente vincolante cioè al: valore vincolante (in senso tecnico) del caso precedentemente deciso nella medesima Corte o in una Corte della medesima giurisdizione sul quale si è formata una memoria collettiva. Anche nelle prime fasi storiche del diritto inglese, alloquando si inizia a delineare la teoria del precedente si riscontrano che le decisioni seguite sono quelle che palesano una serie conforma di precedenti.

(31) SYMPSON, A.W.B. : THE RATIO DECIDENDI OF A CASE AND THE DOCTRINE OF BINDING PRECEDENT.

"Judicial lawmaking and the following of precedent are correlative acts. They are like proposal and acceptance marriage. The judges who lay down a precedent offer it as a guide for subsequent decision, the judges who follow the precedent accept it as a guide"(32). Parlare dello stare decisis, semplicemente come "a general practice of adherence to prior holdings or building on prior law or resting on maximising fairness and efficiency in adjudication, or reasoned fondation..., significa associare "perspective and temporal dimension to the rule of stare decisis"(33).

La dimensione temporale, è un serio problema nella pratica del precedente al fine di una concreta giustizia. Ciò viene maggiormente percepito nel ruolo

(32) Ibidem...

(33) STONE, JULIUS: PRECEDENT AND LAW DYNAMICS OF COMMON LAW GROWTH. Butterworths, 1985, p.185 ss.

delle corti d'appello "in adjusting the law for the time being to demands of justice , amid the chancing circumstances and convictions of human beings".

Il problema, di conciliare i due valori, di equità e certezza del diritto, è comune a tutti i sistemi giuridici democratici, ma, nei paesi di Common Law, ove il diritto è ancorato al principio dello stare decisis, trova maggior terreno di contrasto.

"One policy basis of stare decisis of the judicial duty to follow precedents is to protect the reliance of parties on the law as it seemed to be at the time when they acted".

E' a questo proposito, che parlare di leading case, facendo riferimento ad un caso che pone una regola che in qualche modo può considerarsi nuova, assume una notevole rilevanza, nel diritto inglese.

Osservare un leading case(34), non significa osservare la regola dello stare decisis in senso stretto, nè dar luogo ad un rovesciamento decisionale, da comportare un overruling decision. Si tratta di fare riferimento ad una decisione che in presenza di determinati elementi, assume un determinato peso nei confronti delle future decisioni. La legal rule, presente in un leading case, presenta la caratteristica di essere formulata in prospettiva di un'applicazione futura come precedente vincolante, in quanto disciplina la fattispecie concreta, con gli adeguamenti necessari, rispetto alle particolari circostanze che si sono presentate. Qui, si ha presente come le regole che governano questa materia del precedente vincolante, siano da considerarsi ex

(34) Rinvio agli: ESEMPI DEL LAVORO SUL PRECEDENTE DA PARTE DI UN GIURISTA INGLESE. Capitolo V.

post facto, cioè "in visione retrospettiva".

Il fondamento della regola dello stare decisis, che consiste nell'applicare il diritto così come è stato disciplinato all'epoca in cui la corte ebbe a pronunciarsi, ("based on the law as it seemed when they acted"), si scontra con la pratica stessa delle Corti. A dispetto della tradizionale dottrina della Common Law, che nella linea blackstoniana vede un diritto dichiarato e quello che è errato non è diritto, non può mascherare il dato retrospettivo che maggiormente si configura in presenza di un diritto overruled. A differenza del leading case, che assume grande "peso" per aver posto una nuova disciplina prima assente, nell'ipotesi di un overruling, emerge un conflitto decisionale, e una regola nuovamente

statuuta dev'essere applicata non solo ai fatti passati ma anche a quelli futuri.

"The rule which emerges from an overruling cannot preexist its own appearance".

PAR. 2. " STARE DECISIS ": LA REGOLA E LE RISERVE.

Judge made law, legislazione parlamentare,
e scienza giuridica.

Nel quadro odierno del sistema giuridico inglese sono solite avanzarsi due riserve che riguardano la dottrina dello stare decisis e la sua rigidità (39).

In primo luogo, si fa presente che anche nei sistemi di Common Law, la legislazione parlamentare ha superato per ampiezza e importanza la judge made law.

In secondo luogo, anche in questo sistema giuridico, la formazione del diritto per via scientifica è in crescita.

Queste due argomentazioni, ben si presentano a palesare una disorganicità all'interno della regola dello stare decisis, tuttavia non sono state

(39) KRIELE, MARTIN: IL PRECEDENTE NELL'AMBITO GIURIDICO EUROPEO-CONTINENTALE E ANGLOAMERICANO. pag. 515 ss. in LA SENTENZA IN EUROPA. METODO, TECNICA E STILE. In Atti del Convegno Internazionale. Ferrara, 1988.

sufficienti a far vacillare in linea di principio la teoria dominante del precedente giurisprudenziale.

Rimane, quindi, ferma per i giuristi di Common Law la convinzione che almeno in linea di principio il diritto angloamericano riceva la sua impronta fondamentale dal precedente. Questo discorso, però, può evidenziare come la Common Law abbia subito un processo di evoluzione, seppure "lento, continuo, graduale ma non tanto da comportare innovazioni radicali all'indole propria del popolo inglese ove: la supremazia del diritto vuole ancora dire supremazia del potere giudiziario (40) .

A. In molti Paesi della CommonLaw, esistono varie organizzazioni sistematiche di leggi concernenti vasti rami del diritto; queste sono apparentemente

(40) SERENI, A.P.: LA COMMON LAW NEGLI STATI UNITI...

simili ai codici europei latini americani (41).

Lo sviluppo del governo parlamentare, l'emanazione di un numero sempre più crescente di atti legislativi ha sempre suscitato preoccupazioni nei giudici e in genere nel ceto forense. Le loro preoccupazioni provengono dal considerare gli statutes incapaci di assicurare una giustizia ad ogni eventuale e particolare situazione o "rapporto futuro che può sorgere dopo l'emanazione dell'atto scritto" (42).

Il quadro della situazione si può comprendere meglio se si inquadra la Common Law dal punto di vista di un common lawyer, quale sistema giuridico completo che è in grado di offrire sempre una soluzione alla fattispecie concreta rinvenendola tra le decisioni

(41) MERRYMAN, J. H.: LA TRADIZIONE DI CIVIL LAW NELL'ANALISI DI UN GIURISTA DI COMMON LAW. op. cit. L'ideologia sottostante l'emanazione di queste raccolte di leggi non è la stessa dei Paesi continentali. Diversa è soprattutto la concezione sulla natura e sulla funzione dei codici nel legal process.

(42) SERENI, A.P.: LA COMMON LAW NEGLI STATI UNITI D'AMERICA. op. cit.

precedentemente decise.

Il carattere limitativo degli statutes inoltre, ha condotto i giudici ad escogitare un espediente che fosse in grado di " to take a case out of the statute".

Si palesa in tal modo, che, anche "il diritto regolato dalla legge è un diritto dei precedenti", in quanto la sua interpretazione acquista, attraverso la giurisprudenza e solo sul piano dei precedenti, un carattere vincolante (43).

In questa prospettiva si può comprendere come la disciplina degli statutes riguardi solo alcuni istituti giuridici e come non sia stato possibile pervenire ad una codificazione di carattere generale.

Il complesso di leggi scritte viene utilizzato sovente per apportare correttivi alla Common Law; la

(43) KRIELE, MARTIN: IL PRECEDENTE NELL'AMBITO GIURIDICO CONTINENTALE E ANGLOAMERICANO. op.cit. pag. 515 e ss.

legge scritta è considerata *lex specialis* e l'equilibrio tra Common Law, o meglio case law, e statute è spostato a favore del primo (44).

Se da un lato l'asse della bilancia tra potere legislativo e potere giudiziario propende per quest'ultimo, ciò avviene in linea generale salva espressa disposizione contraria. Inoltre sussiste un secondo elemento che tende a ridimensionare l'utilizzo degli statutes: la legge scritta ha un'efficacia limitata territorialmente (di norma non si applica in aree quale l'alto mare, in volo, e al di fuori dello spazio del Regno Unito o in quelle aree soggette ad altri sistemi).

Infine lo stare rationibus decidendis, consente

(44) KURT, LIPSTEIN: LE CORTI DELLA COMMON LAW NELL'ETA' DEGLI STATUTES. pag.499. in LA SENTENZA IN EUROPA. METODO, TECNICA E STILE. in Atti del Convegno Internazionale. Ferrara, 1988.

-- MAXWELL, : INTERPRETATION OF STATUTES. 1969
12°ed.

-- ZANDER, MICHEAL: THE LAW-MAKING PROCESS. op.cit.

che lo statute sia interpretato restrittivamente, sia analizzato attraverso massime fondate sulla ragionevolezza e sulla logica.

Il dato giurisprudenziale emerge in tal contesto allorchè si rileva l'esistenza di un casus omissus, onde si verifica un'abdicazione della fonte decisionale in favore delle Corti di giustizia.

B. Alla seconda riserva si suole rispondere che la produzione scientifica possiede un valore di sintesi, di ricapitolazione e non invece un ruolo di coniare il diritto per via sistematica (45).

Molti giuristi continentali, in considerazione che ogni paese di legal process beneficia di una scienza sistematica, guardano alla Common Law ove questo fattore è assente, come "un diritto rozzo e

(45) MERRYMAN, J.H.: LA TRADIZIONE DI CIVIL LAW op. cit. in partic. pag. 95.

limitatamente evoluto" (46).

I giuristi anglosassoni al contrario configurano l'alto grado di astrazione e la connessa tendenza a respingere i fatti come un dato sorprendente nella scienza giuridica. Per questi giuristi, i principi che emergono dalla scuola sono avulsi dai fatti e dal contesto storico che caratterizzano la concretezza di quei principi. Tali considerazioni emergono dal configurare l'interesse per la scienza giuridica quale rivolta alla costruzione ed alla elaborazione di una struttura scientifica teorica piuttosto che volta alla soluzione dei problemi concreti.

Nei Paesi di Comon Law, pur essendo occasionalmente sorti vari movimenti ideologici

analoghi alla scienza giuridica, in realtà un fenomeno di questo genere non ha mai attecchito. La scienza giuridica è vista come una creazione dei professori, sa di biblioteca e trova difficilmente asilo nel diritto dominato dai giudici. La natura esasperatamente scientifica, sistematica e formale di un sistema giuridico, rappresenta un ostacolo per l'effettiva soluzione di questioni concrete e indebolisce inoltre il ruolo dei giudici nel processo di evoluzione del diritto a vantaggio del legislatore e della dottrina.

Il metodo del case law quale tecnica d'insegnamento, si riconosce essere sorta sotto l'influenza della scienza giuridica tedesca, ma le conseguenze sono state segnate da vari attacchi della

scuola del realismo giuridico.

Ciò comporta che i cases sono ancora studiati, ma non (più) come dati scientifici, bensì come testimonianze di concreti problemi sociali e come esempi significativi della realtà operativa del legal process. In Inghilterra, sono molti i giuristi della Common Law, che riconoscono il valore dell'ordine e della sistematica e ambiscono, almeno sporadicamente, ad introdurlo nel proprio sistema. Tuttavia, ritengono che il prezzo di un tale intervento, sarebbe troppo alto; si guadagnerebbe in razionalità e certezza ma si temono le perdite in termini di sensibilità in confronto alle esigenze di una società in continua evoluzione.

Ecco che nel sistema della Common Law il

protagonista rimane ancora il giudice che si affida alla regola dello stare decisis per quanto sia possibile. La Common Law, continua ad essere qualificata diritto dei giudici e l'esaltazione della certezza del diritto viene rappresentato dalla dottrina dello stare decisis, praticata attraverso l'attribuzione dei poteri equitativi nelle mani delle Corti.

CAPITOLO IV

LA REGOLA DELLO " STARE DECISIS "

PAR. 1. INTRODUZIONE ALLO STUDIO DELLE FONTI NEL
DIRITTO INGLESE: IL PRECEDENTE SI
AFFERMA TRA ECCEZIONALITA' E ABITUALITA'.

In Inghilterra, i Normanni, riescono ad imporre in tempo relativamente breve il loro potere sull'intero territorio del Regno, superando le resistenze dei signori feudali e del clero. Riescono anche ad imporre un loro sistema giudiziario che, pur essendo accentrato a Londra comprende vari giudici itineranti, (King's Justice on Eyre). Questi percorrono l'intero territorio del Regno per amministrare la giustizia in nome del Re, sostituendo così i tribunali locali. L'esistenza di un sistema giudiziario unificato contribuisce notevolmente all'unificazione della Common Law (1).

(1) BAKER, J.H.: AN INTRODUCTION TO LEGAL HISTORY. London, 1979.

--- CANNATA, C. A.: LINEAMENTI DI STORIA DELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA. Torino, 1976 vol.2.

--- CAVANNA, A.: LA STORIA DEL DIRITTO MODERNO IN EUROPA. LE FONTI E IL PENSIERO GIURIDICO. vol.1. Milano, 1982.

--- CROSS, R.: PRECEDENT IN ENGLISH LAW. Oxford, 1961.

--- GORLA, G.: DIRITTO COMPARATO E DIRITTO COMUNE EUROPEO. Milano, 1981.

--- STEIN P.: I FONDAMENTI DEL DIRITTO EUROPEO. Milano, 1987.

VARANO GIUSTIZIA CIVILE NELL'INGHILTERRA MODERNA. Milano, 1973.

La Common Law, quale risultato dell'assorbimento delle cause, per la maggior parte civili, nella giurisdizione della curia regis, ha come conseguenza più evidente, il graduale amalgamarsi del contenuto del diritto applicato in quella Corte, per lo più composto da consuetudini anglossassoni, danesi e normanne, e con infiltrazioni provenienti dal diritto romano e canonico. La possibilità di riferire l'autorità dei giudici, direttamente al Re, fa sì che le decisioni di questi tribunali costituiscano il corpo del diritto, le enunciazioni di regole a cui poter far riferimento in futuro.

Nell'epoca medioevale, non si può fare, in merito alle fonti del diritto, quella tripartizione che oggi(2), si trova nei moderni trattati di diritto inglese: "statute" che rappresenta la lex scritta; "case law" che rappresenta il diritto non scritto; dichiarato ed evidenziato nelle decisioni giudiziali;

(2) HOLDSWORTH, W.S.: HISTORY OF ENGLISH LAW. pag. 292.
-- MAITLAND, : EQUITY. 1913, pag. 298.
-- MICHELI, G.: CONTRIBUTO ALLO STUDIO DELLA FORMAZIONE GIUDIZIALE DEL DIRITTO. CASE LAW E STARE DECISIS. Pavia, 1938, pag. 252.

"custom" che oggi è rappresentato dalle usanze giuridiche di alcune comunità. Dall'analisi dell'antico diritto inglese, costituito dall'antica base consuetudinaria, emerge come ogni decisione giudiziale, e ogni diretta disposizione del Re, costituisca solo la dichiarazione autoritativa della regola da seguire nel caso particolare, e non la norma generale. Dato il carattere vago, frammentario ed impreciso delle consuetudini, la teoria che i giudici si limitano a rinvenire il diritto preesistente, viene vista in dottrina come una finzione(3). Il giudice, individua quelle regole che, egli stesso, o altri giudici, hanno enunciato in occasione di una concreta e analoga controversia. I giudici si trovano di continuo nella

(3) Rinvio alla bibliografia del paragrafo: LA COMMON LAW TRA DIRITTO CONSUETUDINARIO E DIRITTO GIURISPRUDENZIALE: DUE TESI A CONFRONTO.

condizione di dovere decidere rispetto a situazioni di fatto che sono state oggetto di precedenti decisioni(4). Da qui, la spontanea tendenza e la pratica a non disturbare una situazione di fatto creata nella fiducia: che il giudice anche in futuro si attenga al criterio seguito in passato. Il diritto si sviluppa intorno ad una finzione senza volere ricorrere alla finzione stessa. Le prime redazioni manuali si limitano a descrivere ciò che fanno le Corti di quel diritto elaborato e teorizzato sempre più dai giudici e tendono a conferire alle decisioni un valore di autorità, e quindi di stabilità.

I. Nella prima fase della letteratura giuridica, si verifica di rado che una precedente decisione venga seguita in un caso analogo successivo; e ciò potrebbe

(4) MICHELI, G. : CONTRIBUTO ALLO STUDIO DELLA FORMAZIONE GIUDIZIALE DEL DIRITTO....op. cit. p. 69 ss.

indurre, alcuni studiosi di diritto a valutare la sua portata come un fattore eccezionale (5) e non come una regola da seguire nella soluzione delle controversie. Gli elementi caratterizzanti la sua eccezionalità sarebbero attestati a) dal rifiuto di giudicare le controversie tenendo conto degli exempla precedenti, b) dalla rarietà delle citazioni delle precedenti decisioni che riguardano casi analoghi. Solo con l'evidenziarsi, sempre più, del principio di autorità e di uniformità del diritto, del rispetto per la tradizione giudiziale, (quando le decisioni vengono verbalizzate in modo sistematico), s'instaura un riconoscimento(6) di un binding precedent, con riferimento alla singola decisione.

(5) VACCA, LETIZIA: CONTRIBUTO ALLO STUDIO DEL METODO CASISTICO NEL DIRITTO ROMANO. op. cit. 1976, pag.11.

(6) CROSS, R: PRECEDENT IN ENGLISH LAW. op. cit. p.22. La dottrina dello stare decisis, non ha niente a che fare con "ancient usage of Englishman".

Solo in quest'ambito emergono i principi base del metodo del case law, come diritto sistematico, in cui si rilevano le decisioni giurisprudenziali attraverso uno strumento d'interpretazione, che costituisce una traccia per i giudici successivi (7).

La formazione del precedente giurisprudenziale, è stato studiato attentamente, da numerosi giuristi. Questi, giudicano(8) che la mancanza, sia di una espressa volontà di considerare i precedenti come vincolanti, e sia della citazione degli stessi precedenti, accompagnato dal riscontro di testi in cui sono verbalizzati solo aspetti sommari delle discussioni delle Corti, non sono prove sufficienti per negare l'uso dei giudicati come metodo tecnico, utilizzato per individuare le soluzioni nelle

(7) Ibidem...pag.14.

(8) ALLEN,C.K.: LAW IN THE MAKING. op.cit. pag. 190.

controversie quotidiane. Anzi, si perviene ad affermare che il ricorso alle decisioni anteriori, anche nelle prime fasi del diritto, è "per lo meno abituale" (9). Con l'affermarsi, accanto all'esigenza di giustizia, l'esigenza di certezza del diritto, determinata quest'ultima dal complicarsi dei rapporti sociali, sorge spontanea la tendenza a seguire nella vita quotidiana, quelle regole che il giudice ha enunciato in occasione di una concreta controversia

Il giudice si trova, nella condizione, di dover

(9) MICHELI, GIANNANTONIO: CONTRIBUTO ALLO STUDIO DELLA FORMAZIONE GIUDIZIALE DEL DIRITTO. CASE LAW E STARE DECISIS. op. cit. pag.18.

--- CAVANNA, A: STORIA DEL DIRITTO EUROPEO IN EUROPA. op. cit. p. 568. Considerando, "la prestigiosa elite dei giudici, che rilevano... il diritto preesistente", che "rendono di scarsa autorità ogni possibile intervento legislativo, volto a modificare le manifestazioni giudiziali della common law...", tutto ciò a apparire pienamente plausibile che già nella prassi medievale, l'utilizzazione del precedente fosse consueta".

--- HANNA, J.: THE ROLE OF JUDICIAL DECISION. VILL.L.R. 1957, pp.366-384. "judicial decision influence judges in subsequent cases in any country, especially where the judges. are member of a trained profession".

nuovamente decidere rispetto a situazioni di fatto che sono state oggetto di sue precedenti decisioni.

In un tal contesto, sono gli stessi giudici che iniziano a porre in risalto l'importanza dei giudicati e soprattutto di una serie di giudicati conformi, come migliori interpretazioni della legge(10). E solo in questo panorama i giudici, rilevano l'esigenza che questi giudicati siano seguiti ai fini della certezza e continuità del diritto. Si profila, in tal modo quella situazione che seicento anni più tardi è sostanzialmente descritta dal Parker:

" our common law system consists in the applying to new combination of circumstances, those rules of law which we derive from legal principles and judicial precedents and for to sake of obtaing uniformity, concistency and certainty, we must apply those rules

(10) ALLEN, C.K.: LAW IN THE MAKING. op.cit. pag.216. Lord Manfield, (nel caso Jones v. Randall 1774), "reaffirmed the doctrine of judicial concistency which had been gathering since the beginning of the Common Law", insistendo "upon an intelligent technique in the use of precedent".

where they are not plainly, unreasonable and inconvenient, to all cases which arise"(11).

Sebbene non sussista alcun vincolo per il testo della decisione precedente, si può ricavare, una generale metodologia del giudice per ricercare la ratio e adattarla per la soluzione di un caso concreto simile. Il ragionamento analogico che compie il giudice, diventa "un luogo comune nella procedura giuridica inglese"(12).

Ogni qualvolta(13) che un "case", una particolare controversia viene decisa, questa stabilisce il contenuto delle norme applicabili. Il principio giuridico racchiuso in una decisione (che ha per

(11) ALLEN,C.K.: LAW IN THE MAKING. op.cit. pag.232.

(12) CANNATA,C.A.: LINEAMENTI DI STORIA DEL DIRITTO... op.cit. pag.60.

--- ALLEN,C.K.: LAW IN THE MAKING. op.cit. p. 216 ss.
Lord Manfield: "the law of England, would be a strange science if indeed it were decided upon precedents only. Precedent serve to illustrate principle and to give them a fixed certainty".

(13) CROSS,R.: PRECEDENT IN ENGLISH LAW. op.cit. in part. p. 13 e 33.

oggetto un determinato complesso di fatti) rappresenta il diritto inglese sia pure limitatamente ai fatti quali emergono nel caso di specie. In questo ambito, il diritto rimane incerto sino a quando, su una decisione successiva, relativa ad una diversa situazione di fatto, non venga esteso dal giudice, il principio precedentemente formulato, oppure il giudice stesso, distinguendo i fatti in causa, non ritenga di applicare una regola diversa. Si sviluppa, in questa direzione, (14) il principio del precedente, questo, tende a stabilire come casi simili possano e debbano essere trattati in egual misura. La fattispecie concreta, costituita da un singolo complesso di fatti, è inscindibile dalla regola posta dal giudice nella sua decisione. Il giudice, quando vuole richiamarsi a quella regola deve compiere un procedimento logico (15) in virtù del quale: due fattispecie concrete, aventi tra loro una serie di elementi identici vengono ad essere disciplinate nello stesso modo.

(14) MICHELI, G. : CONTRIBUTO ALLO STUDIO DELLA FORMAZIONE GIUDIZIALE DEL DIRITTO... op. cit. p. 69 ss.

--- RADIN, MAX: CASE LAW AND STARE DECISIS: CONCERNING PRAJUDIZIENRECHT IN AMERICA. COL.L.R., 23, 1933, p. 198-212.

(15) STONE, JULIUS: PRECEDENT AND LAW. DYNAMICS OF COMMON LAW GROWHT. op. cit. p. 90 ss.

Già a partire dal XIII secolo, la dottrina dello stare decisis, trova nel ragionamento analogico, "an ordinary method of legal exposition", uno strumento utile per dare organicità e coerenza, al diritto racchiuso ^{nelle} decisioni giudiziali. "This utility", viene apprezzata nel lavoro di Brecton.

Brecton, riformula, il principio romano-latino, "si tamen similia venient per simile iudicentur cum bona et occasio a similibus procedere ad similia", alla luce del carattere giurisdizionale inglese: "when unwonted circumstances shall arise than, if any analogous has happened before, let the case be adjudged in like manner proceeding a similibus ad similia" (16).

Brecton, (in De Legibus et Consuetudinibus Angliae), anticipa certamente, la visione che i giuristi odierni, hanno della regola dello stare decisis. Questi, con la sua collezione, di più di duemila

(16) CROSS, RUPERT: PRECEDENT IN ENGLISH LAW. op. cit. pag. 19 e ss.

cases, analizza il diritto inglese, attraverso il metodo del case law, "in a very real sense"(17), e mostra come "in the early 13^oc., the judges, were seeking the guidance of precedent". Brecton, va oltre i suoi contemporanei, tuttavia, la sua raccolta, non può essere confrontata con gli attuali cases law, ove i precedenti (e di conseguenza, la scelta dei casi), si basa sulla authority delle decisioni stesse.

(17) ALLEN, C.K.: LAW IN THE MAKING. op.cit. pag. 188.

--- MAITLAND & POLLOCK : THE HISTORY OF ENGLISH LAW.
op. cit. pag. 206 e ss.

--- CANNATA, C. A.: LINEAMENTI DI STORIA DELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA. Torino, 1976 vol.2.
p.64.

A Brecton, si riconosce il merito di aver superato "lo stridente tecnicismo delle Corti, per giungere ad una esposizione di carattere generale, attingendo, a tal fine, anche al diritto romano". Tuttavia, la raccolta dei casi, operata dal Brecton, con i connessi principi, non è organica. Si rinviene che i principi esposti, sono a volte superati, avolte invecchiati, e avolte contrastanti tra loro.

PAR. 2. IL METODO GIURIDICO PER "STARE DECISIS".

LA VERBALIZZAZIONE DEL SISTEMA GIURIDICO E
L'IMPORTANZA DEL LAW REPORTING.

I. "La storia della dottrina del precedente giurisprudenziale è intimamente collegata alla storia della raccolta dei casi"(18). Questa connessione, mostra come lo stesso funzionamento della regola dello stare decisis, sia in stretto legame con il modo in cui il sistema giuridico di un paese viene verbalizzato(19). Da queste considerazioni, emerge come uno degli elementi essenziali, di un sistema basato sui precedenti, sia rappresentato dalla

(18) LEWIS, G: THE HISTORY OF JUDICIAL PRECEDENT.
in L.Q.R., 1930, pag.207. "The history of doctrine of judicial precedent is intimately bound up with the history of law reporting".

(19) CALABRESI, G. : A COMMON LAW FOR THE AGE OF STATUTES. Cambridge.1982. Per verbalizzazione di un sistema si vuole intendere riferirsi a tutte le fonti che permettono di conoscere le regole giuridiche di un dato sistema. S'intende comprendere la giurisprudenza raccolte nei reports, l'insegnamento scolastico e gli statutes .

configurazione di un metodo efficiente che permetta la ricerca delle delle decisioni giurisprudenziali, a chi intenda conoscere il diritto(20). "It is through law reporting(21), that common law is available to the profession and anyone else wishing to know the law". Infatti, una decisione anche se non si trova raccolta nei reports, ha la stessa identica autorità di quelle che sono "riportate". La sola differenza viene rinvenuta nella sua inaccessibilità(22).

Lo studio del "law reporting" in Inghilterra, "goes back to the earliest days of the sistem". Le

(20) rinvio al paragrafo: STARE DECISIS. IL PRECEDENTE GIURISPRUDENZIALE VISTO AL COMPUTER.

(21) GLENN, H. PATRICK: THE USE OF COMPUTERS QUANTITATIVE CASE LAW ANALYSIS IN THE CIVIL LAW AND COMMON LAW. in Inter. and Comp. L.R.Q., 1987. pag. 362 e ss.

(22) ZANDER, MICHEAL: THE LAW-MAKING PROCESS. Milano, 1988. pag. 138 e ss.

--- DONISI, CARMINE: GIURISPRUDENZA E DIRITTO CIVILE. Napoli, 1989. p. 3 ss.

prime(23) pubblicazioni verbali delle judicial decisions, emesse dai giudici inglesi, sono solo delle "rapide note", prese ad uso nelle Corti. E' noto, che, in Inghilterra, la storia del precedente giurisprudenziale, emersa con la storia del law reporting, viene divisa(24), (anche per comodità didattiche), in quattro periodi: il tempo degli Year Books (1272-1537); Il periodo caratterizzato dai

-
- (23) POLLOCK & MAITLAND : THE HISTORY OF ENGLISH LAW. Cambridge. 1898.
- HOLDSWORTH, W. : A HISTORY OF ENGLISH LAW. Londra.
- JENKS, E. : SHORT HISTORY OF ENGLISH LAW. Londra. 1956.
- BAKER, : AN INTRODUCTION TO ENGLISH LEGAL HISTORY. Londra, 1971.
- ALLEN, K.C. : LAW IN THE MAKING. Londra.
- MONTROSE, J. LUIS : PRECEDENT IN ENGLISH LAW AND OTHER ESSAY. Ireland, 1968.
- CANNATA, C. AUGUSTO : LINEAMENTI DI STORIA DELLA GIURISPRUDENZA EUROPOEA. Torino. 1976.

Le più antiche fonti giuridiche note, sono le raccolte di leggi redatte durante il regno di Enrico I (1100-1135), e hanno lo scopo di permettere un orientamento nel dedalo delle leggi; successivamente, un nuovo tipo di letteratura giuridica imperniata sul lavoro giuridico delle Corti regie, s'impone.

- (24) HANNA, JOHN : PRECEDENT IN JUDICIAL DECISION. IN VILL. L.R. p.374.

"In england the history of precedent is bound up with the history of law reporting. Decisions cannot be precedents without reliable publication".

Reports di Coke e di Plowden (1537-1765)(25); gli anni dei authorized reports (1765-1865); e infine il periodo moderno che comincia dal 1865(26).

II. I Reports, della Common Law sono caratterizzati dall'aspetto funzionale di informare sul reale contenuto, e sulla ratio, della judicial decision, con la stretta connessione di questa, al "case" deciso, e ai fatti rilevanti inerenti.

Numerosi sono i fattori storici che hanno contribuito allo statuirsi della regola dello stare

(25) JENKS, EDWARD: A SHORT HISTORY OF ENGLISH LAW. London, 1928, p.193.

I reports anonimi nella metà del 16°, lasciano il posto a quelli nominati, (of Dyer, Leonard, Plowden, Coke, Croke and others). "The flow of nominate reports, continued with unabated vigour after the Restoration; the only official restriction on the output of rival volumes being that imposed by the Licesing Act of 1662".

(26) LEWIS, G : THE HISTORY OF JUDICIAL PRECEDENT. IN L.Q.R., 46, 1930, p. 207-341;
L.Q.R., 1931, 47, p.411;
L.Q.R., 1932, 48, p.230.

--- WEEDER : THE ENGLISH REPORTS, 1292-1865. IN H.L.R., 1901, 15, p. 109.

decisis, attraverso gli strumenti dei reports, strumenti peculiari della tradizione della Common Law.

"Perhaps, the most striking illustration of binding nature of precedent, under the English system, is to be found in Volume I of the King's Bench Reports, for in six cases there^{sc} reported one or more of the judges state that they might have decided cases before them differently if they had not been bound by a prior decided case"(27).

Il report, è all'origine(28), un vero reportage di ciò che avviene nella Corte durante la discussione della causa. Il Report, porta tutt'oggi, l'impronta della forma e della struttura della judicial decision inglese. Il Report, considerato che il processo e la sentenza sono orali, è un'attività originale.

(27) GOODHART, A.L.: CASE LAW IN ENGLAND AND IN AMERICA. IN CORN.L.Q., 1930, 15, p.177.

(28) GORLA, GINO: STUDIO STORICO E COMPARATIVO DELLA COMMON LAW E DELLA SCIENZA DEL DIRITTO.
in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1962. pag.25 ss.

-- GORLA, GINO: STUDIO INTERNO E COMPARATIVO DELLA GIURISPRUDENZA E I SUOI PRESUPPOSTI: LE RACCOLTE E LE TECNICHE PER L'INTERPRETAZIONE DELLE SENTENZE. in Foro It., 1964. vol.V, col.73.

Questa impronta originale, emerge maggiormente laddove le opinions sono scritte e rivedute dai giudici(29). Il Report o reportage, soprattutto a causa della oralità delle opinions dei giudici, hanno una funzione essenziale nella vita della Common Law. Infatti, senza il Report, non rimarrebbe, quasi alcuna memoria della judicial decision, e così del precedente giurisprudenziale. Resterebbe solo quello che può essere costruito attraverso i pleadings, le istruzioni alla jury, (se questa è stata formata), e il verdetto di questa, e, sempre che tutto ciò, risulti dai documenti di causa presso gli archivi della Corte. Le conseguenze, dell'assenza di questi

(29) GORLA, GINO : STUDIO INTERNO E COMPARATIVO DELLA GIURISPRUDENZA E I SUOI PRESUPPOSTI. op. cit.

La menzione dei fatti rilevanti risultanti dalla discussione, che emerge nelle raccolte, attesta l'abilità del reporter.

--- ATAYAH, P.S.: JUDGMENT IN ENGLAND. In ATTI DEL CONV. INTER. FERRARA, 1985, p552-553.

La natura personale delle sentenze inglesi, compare nelle raccolte di giurisprudenza, e comporta la responsabilità dei giudici, per le pronunce emesse.

strumenti giuridici, sarebbero molto gravi, soprattutto in un Paese, quale l'Inghilterra, ove la fonte principale del diritto è rappresentata dalle decisioni giurisprudenziali; ove, anche, ai fini della formazione e della educazione dei giovani giuristi, l'attività giuridica è concentrata negli Inns of Court e nelle Corti, ed ove i testi d'insegnamento sono le stesse decisioni delle Corti. E' noto, che la storia della dottrina del precedente, non è caratterizzata da un primo periodo, in cui il sistema ha dovuto vivere di stenti, nella mancanza cronica(30) di fatti su cui basarsi, e, un secondo momento, in cui il sistema si è trovato a vivere nell'abbondanza e con difficoltà, dovuta all'eccessiva

-
- (31) LOMBARDI, VALLAURI : SAGGIO SUL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE. Milano. 1975.
- DE NOVA, G. : APPUNTI SUL METODO CASISTICO NELL'INSEGNAMENTO DEL DIRITTO PRIVATO. in Riv. Trim.Proc.Civ. 1978.pag.375. e ss.
- VACCA, LETIZIA: CONTRIBUTO ALLO STUDIO DEL METODO CASISTICO NEL DIRITTO ROMANO. Milano, 1976.

dovizia di precedenti, come è accaduto nel sistema continentale. Una ricerca condotta nei periodici inglesi, dal 1900, attesta che, il sistema giuridico in Inghilterra, è sempre stato soggetto alle critiche e alle stesse denunce di un pericoloso sovvertimento del sistema stesso, allorchè, si profili "a departure from the prior decision", cioè una violazione del precedente vincolante. In realtà, le ragioni di una tale insoddisfazione verso il sistema, possono essere ravvisate nella carenza di precedenti(32), sufficienti a disciplinare i vari settori del diritto. Le decisioni riportate, nelle raccolte giuridiche, rappresentano solo una piccola parte, (rispetto a

(32) GOODHART, A.L.: CASE LAW IN ENGLAND AND IN AMERICA. IN CORN.L.Q., 1930, 15, in part. pp.177-179.

"...the myriad precedents don't exist". Sono (solo) 175, i volumi degli English Reports, in cui "are reprinted case to 1865", e 450, quelli delle raccolte semi-ufficiali dei Law Reports, dal 1865, ai giorni nostri. Cossicchè solo 625 volumi, costituiscono l'intera letteratura giuridica inglese.

quelle pure esigue), emesse dai tribunali inglesi. Sebbene, i precedenti giurisprudenziali, siano "the source of law", solo i casi che trattano un nuovo punto di diritto, oppure, presentano una nuova costruzione giuridica, sono fatti oggetto delle raccolte. "It said that the English method of developing a legal system makes for a greater rigidity than... it said that the English method is too conservative..."(33).

(33) HOLDSWORTH, W.: CASE LAW. L.Q.R., 1934, p.192.

--- ALLEN, C.K.: LAW IN THE MAKING. op.cit. pag.216.

Il giudice è tenuto a decidere la particolare controversia, nello stesso modo nella quale una precedente specie analoga sia stata decisa. E' opinione consolidata, in diritto inglese, che la regola dello stare decisis, in cui il precedente giurisprudenziale vincola il giudice successivo, a decidere il caso, in modo simile a quello precedente, sia sorta, in considerazione che il diritto scritto, sia quasi totalmente inesistente. Infatti, i precedenti giurisprudenziali, non danno una visione globale del diritto inglese. "The law doesn't consist in particular cases, but in general principles, which run through the cases and govern the decision of them". La dottrina dello stare decisis, si sostanzia di "reason and spirit of case law, and not the letter of particular precedents". In questo senso, ogni precedente, è e può solo essere l'illustrazione di quella dottrina.

FAR. 3. IL PRECEDENTE GIURISPRUDENZIALE E
GLI YEAR BOOKS.

Gli Year Books (1290-1530), sono la prima forma di verbalizzazione delle decisioni giurisprudenziali inglesi; ma in queste raccolte non configura ancora alcuna traccia di citazioni di casi precedenti, non s'individua ancora una nozione di judicial precedent. In questa epoca, dominano le collezioni di decisioni giudiziali, e queste sono viste come "illustrative of custom"(34). L'origine degli Year Books, è da riconnettersi alle annotazioni dei cases(35), fatte da

--- -- -- -- --
(34)LEWIS: THE HISTORY OF JUDICIAL PRECEDENT. L.Q.R., 46, 1930, p.207, 353. Gli Y.B.,più antichi, mostrano i cases raggruppati secondo argomento, mentre inseguito seguono un ordine cronologico, tuttavia, non raggiungono lo scopo dei moderni Reports, costituendo raccolte di casi vincolanti secondo la regola dello stare decisis.

(35) WEEDER: THE ENGLISH REPORTS 1292-1865. H.L.R., 1901, 1, p. 109.

Il resonto è ridotto ad una descrizione del fatto, mentre le discussioni sono spesso omesse o commentate senza riguardo al particolare contenuto della decisione. In queste raccolte, le citazioni del caso che si rinvencono, non sono precise ma generiche, spesso nella forma di richiamo alla memoria, e la tecnica di argomentazione appare sviluppata con metodo analogico.

studenti e pratici per aggiornare i trattatelli di procedura, solo più tardi acquistano una forma autonoma (36). Il periodo degli Year Books (1282-1537), nella storia dello stare decisis, segna l'evoluzione del diritto inglese, e rappresenta una conferma della crescita dell'autorevolezza delle raccolte, ogni qualvolta, le decisioni giudiziali sono verbalizzate in modo sistematico .

Interessante, si presenta la considerazione del Mattei, che rileva, come nel periodo degli Year Books, la necessità della pubblicazione delle

(36) WEEDER: THE ENGLISH REPORTS 1292-1865. H.L.R., 1901, 1, p. 109.

CANNATA, C.A.: LINEAMENTI DI STORIA ... op. cit.
in part. pag. 60 e ss.

Successivamente, vengono verbalizzati resoconti più dettagliati e redatti dagli stessi giuristi che trattano la causa. Le decisioni, che si rinvengono, non presentano ancora, un'accurata la descrizione del fatto, inoltre, le discussioni che si svolgono nelle Corti sono spesso omesse, oppure commentate senza riguardo al particolare contenuto delle pronunce dei giudici.

Strettamente connessi agli Year Books, sono gli Abridgments: raccolte di cases comparsi durante il XIII-XIV secolo, e si presentano raggruppati per argomento, riassunti ed elaborati in funzione didattica.

decisioni, non fosse particolarmente sentita (37).

Le fonti giuridiche, del periodo normanno, come, the Domsday Book, the records of Curia Regis, e le varie Assise, gettano i primi bagliori sul precedente giudiziale(38). In questo primo stadio del diritto, i verbali, non rappresentano delle vere fonti giuridiche, ma, sono considerate mezzi ausiliari, utili, per la conoscenza di quel diritto, che i tribunali del tempo vengono elaborando.

"Brecton argues that a new case be adjudged by the

(37) MATTEI, UGO: STARE DECISIS. IL VALORE DEL PRECEDENTE GIUDIZIARIO NEGLI STATI UNITI. Milano, 1988, p.13.

L'autore, sottolinea il fatto che la classe forense, sia in realtà costituita da un numero relativamente piccolo di persone che vivono a stretto contatto gli uni agli altri; al punto che, si potrebbe parlare di una Common Law "a misura di professione".

(38) CANNATA, C.A.: LINEAMENTI DI STORIA ... op. cit. in part. pag.60 e ss.

Solo quando inizia ad affermarsi il principio della redazione scritta dei verbali dei dibattiti che avvengono nelle Corti, allora, si può scorgere lo sforzo di distinguere più chiaramente la discussione sul punto di diritto, da quella del fatto, e solo raccolte dei "cases" e la consapevolezza che le decisioni riportate possono essere usate come precedenti per i casi successivi.

precedent of a similar earlier case. Bracton however emphasize the importance of judicial decisions as a source of law, and is the first to do so"(39).

Il lavoro di Littleton(40), (Littleton's Tenures del 1475, in cui sono citati solo 25 casi, viene ricordato, perchè presenta uno studio logico dei principi del diritto inglese. Infatti, si nota come il diritto sia presentato "as a whole coherent rather than a series of accidental and unconnected byproducts of litigation". (Baker, fa presente, a questo proposito, che sarebbe un'anacronismo parlare del

--- -- -- -- --
(39) HANNA, JOHN: PRECEDENT IN JUDICIAL DECISION. op. cit.

Il trattato di Glanvill, scritto nel 1187, si basa sulla raccolta di writs, mentre quello di Bracton su circa 1250 citazioni e su c.a. 500 casi giudiziali. (The Note Book, attribuito a Bracton, "a small part of which are cited in Treatise mentions about 2000).

(40) BAKER, J.K.: AN INTRODUCTION TO LEGAL HISTORY. London, 1979, p. 466-476.

"Littleton, never cites a case...his work was admired, but as an essay in the exposition of abstract law it was hardly unique. It was just the most famous and succesful example of an enormous and much neglected genre of doctrine found in reports of readings and moots in the inns of courts".

medieval common law come se si trattasse semplicemente di case law). In Doctor and Student, (Saint Germain, 1540) i precedenti giudiziari guadagnano in authority, infatti vi si legge che "all cases into others cases shall be judged after the same law as other cases be".

Gli annuari che seguono, sia che abbiano o no(41) carattere ufficiale, rappresentano (as Pollock suggests) "a proof of importance of precedent"; e, malgrado l'opinione contraria di Lewis, che ritiene che sono "only used as evidence of judicial tradition, but not as precedents"(42), la prima affermazione trova in Coke, un forte sostegno. ("Coke clearly regards decisions (Y.B.) as authoritative, and

--- -- -- -- --
(41) HANNA, JOHN: PRECEDENT IN JUDICIAL DECISION. op. cit. "...the later Y.B. may have had some official character, most of them were notebooks of lawyer and students".

(42) LEWIS: THE HISTORY OF JUDICIAL PRECEDENT. L.Q.R., 1931, 47, p.422. L'autore, sostiene che nessuna authority può essere trovata negli Y.B.

no doubt he represented the prevailing opinion, his citations would scarcely be exceeded by a modern reporter")(43), Un valore autoritativo, ai precedenti, "in the Year Books of the later Middle Ages", è riconosciuto anche da Holdsworth(44). Questi, sebbene, fa presente, che il valore autoritativo dei casi decisi, in senso moderno si afferma, solo alla fine del 15° secolo-inizi del 16°, ritiene che, "they were regarded as precedent of some authority. If... not, it would be difficult to see what value the Y.B. would have seen to the legal profession"....

Quando, si afferma che gli Year Books, (45) sono

(43) HANNA, JOHN : PRECEDENT IN JUDICIAL DECISIONS. op. cit. L'autore riporta una frase di Coke: "law is said to be a science and a book cases provided a solution for all new cases".

(44) HOLDSWORTH, W. : CASE LAW. L.Q.R., 1934, p.180-181.

(45) VACCA, L. : CONTRIBUTO ALLO STUDIO... op. cit. in partic. pag.14.

La svolta dell'uso delle decisioni giudiziali è segnata senza dubbio, dall'introduzione dell'uso di redigere i verbali delle discussioni nelle Corti . L'affermarsi di un tale metodo consente una maggiore precisione nella descrizione delle fattispecie e del contenuto delle varie argomentazioni.

i Law Reports, in senso moderno, s'intende riferirsi all'epoca della loro comparsa. Un'epoca, che contribuisce a fondare maggiormente il principio di certezza del diritto e, ad agevolare l'utilizzo delle decisioni giudiziali come precedenti. Le prime(46) verbalizzazioni, dei precedenti giudiziali, forniscono una buona guida, per gli avvocati, ai pleadings ed ai procedimenti, e non sono rappresentative solo, di mere raccolte decisionali.

Oggi(47), gli Year Books, rivestono principalmente, un interesse meramente storico; i praticanti non hanno mai occasione di consultare o citare questi annuari nemmeno incidentalmente. Quando

(46) MAITLAND & POLLOCK: THE HISTORY OF ENGLISH LAW.
op. cit. pag. 80 e ss.

La lingua usata per le redazioni degli Year Books, originariamente è il franco normanno, più tardi s'impiega il law french: un misto tra il franco normanno, l'inglese e il latino

(47) CANNATA, C.A. : LINEAMENTI DI STORIA DELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA. op.cit.p.60 ss.
--- ZANDER, MICHEAL.: THE LAW-MAKING PROCESS. Milano, 1980. pag.138.

gli Year Books, cessano di destare interesse, compaiamo, le raccolte private dei Reports. La citazione dei Law Reports, diviene sempre più comune, pian piano che si perfezionano. Prima del XVIII secolo, i Reports, sono rari, e sono per lo più, raccolte private, (oggi sono raccolte in una grande serie denominata The English Reports). Il passaggio dagli Year Books, ai Reports, costituisce, solo uno sviluppo naturale del un sistema giuridico inglese, che si basa sui casi giudiziali, "senza soluzioni di continuità" (48). Jenks, analizzando, l'articolarsi della dottrina del precedente, prima nei Y.B. anonimi, e poi in di quelli nominati (dalla metà del 16°secolo), scorge, che nessun conflitto tra

(48) ALLEN, C.K.: LAW IN THE MAKING. op. cit. pag. 203. Se, nei primi Reports, la raccolta dei cases, si presenta in ordine sistematico e l'autorità del Report proviene dall'autore che lo ha compilato, nei successivi, s'impone l'esigenza di presentare le varie fasi dei cases in modo ben differenziato: esposizione dei fatti, argomentazioni, decisione.

L'authority decisionale delle Corti di Common Law e quelle dell'Equity, è presente(49). Inoltre, è dato riscontrare che dal tempo di Blackstone(1720-1780), in Inghilterra, sono poche le discussioni che mirano a vedere nella regola del precedente vincolante, una distinzione tra law and equity.

"The three Superior Courts of Common Law, though technically independent of one another respected one another's decisions; while, if there was no interchange of authority between the Common Law and the Equity tribunals this was because in theory at least, there could be no common ground between them"(50).

--- -- -- -- --
(49) JENKS, EDWARD: A SHORT HISTORY OF ENGLISH LAW. London, 1928, p.193 ss.

"The doctrine of judicial precedent had been full established in the preceding period through the agency of the Y.B., those anonymous compilations in which the decisions, and even the dicta, of courts were stored up, by unknown hands for reference and quotation in the argument of cases),

p.194. parlare di Y.B. anonimi, non significa riferirsi a Anonymous Series che sono pubblicazioni anonime o quasi di reports, iniziate nel 19°sec. che rappresentano un'interruzione ad un sistema giuridico visto come individualistico.

(50) WINDLER: PRECEDENT IN EQUITY. L.Q.R., 1941, 57, p.245. "In general there is a little difference between law and equity in the authority of precedents".

PAR. 4. "STARE DECISIS" COME REGOLA FORMALE:

L'IMPORTANZA DI DATARE LA REGOLA.

"Lo studio del precedente (giurisprudenziale), fornisce un efficace punto di osservazione dell'amministrazione giudiziaria, nei Paesi di Common Law, e del dibattito sulle funzioni della giurisdizione in una società moderna"(51). La regola dello stare decisis, in senso formale, si è definitivamente assestata successivamente alla formazione della gerarchia giurisdizionale unificata, (scomparsa della distinzione tra le Corti di Common Law ed Equity), accentrata in Londra ad opera della Supreme Court of Judicature Acts del 1873-1875, al cui apice è posta la House of Lords .

Un'analisi dottrinale dello stare decisis, impone

(51) MANDELLI, RICCARDO : RECENTI SVILUPPI DEL PRINCIPIO DELLO STARE DECISIS IN INGHILTERRA E IN AMERICA. in Riv.Proc.Civ. pagg.666-689, in in part. p. 666.

di datare la regola al fine di inquadrarla nella tradizione giuridica della CommonLaw. Indagare, sul "quando" si può iniziare a parlare della dottrina del precedente in senso moderno, è un'impresa ardua, nel diritto inglese. "If we look at it superficially, it appears to be a simple theory"(52). Sebbene, gli statments, volti a configurare la regola, established in modo chiaro, (anche perchè la regola, su un piano logico-dottrinale, si presenta di facile definizione), in realtà, non poche, sono le difficoltà, incontrate sul piano applicativo, soprattutto nelle Corti Superiori. In questo contesto, l'esigenza di

(52) HOLDSWORTH, W.: CASE LAW. L.Q.R., 1934, p.180-181.

James, Ram (THE SCIENCE OF LEGAL JUDGMENT, 1984) states the theory in this way: a case decided is called a precedent; and is an authority, which under many circumstances, binds a court to make the same decision in a future case.

F. Pollock, (A FIRST BOOK ON JURISPRUDENCE), states as: the decision of an ordinary superior court are binding on all courts of inferior jurisdiction, and though not absolutely, binding on courts of coordinate authority nor on that court itself, will be followed in the absence of strong reasons to the contrary.

collocare la regola, in un preciso periodo storico, non è volta, solo a dare una configurazione sistematica, ad un ordinamento giuridico, ove la "source of law is based on judicial authority", e, ove il diritto scritto, assume una relativa importanza.

L'obbiettivo principale, che i giuristi inglesi(53), si propongono in questo campo, è teso alla ricerca, di quei principi, che sono alla base dello stare decisis, di quei criteri, che si presentano idonei a identificare la regola nella sua attuazione e/o violazione. Gli sforzi in questo campo, non mirano a modificare il metodo del case law, in una scienza giuridica costruita su principi logici

--- -- -- -- --
(53) ALLEN, C.K.: LAW IN THE MAKING. op. cit.

(34) HOLDSWORTH, WILLIAM : PRECEDENT IN EIGHTEENTH CENTURY. in L.Q.R., 1951, pag.440.

-- HOLDSWORTH, WILLIAM: CASE LAW: UNWARRANTABLE INVENTION. in L. Q. R., 1951, pag.333.

-- GOODHART, A.L. : PRECEDENT IN ENGLISH AND CONTINENTAL LAW. CASE LAW: A SHORT REPLICATION. in L. Q. R., 1950, pagg. 40-196.

astratti(54), ma a "scoprire", gli elementi che hanno favorito lo sviluppo stesso della regola, al fine di mantenere un diritto, il più possibile, certo, coerente e adattabile "under many circumstances".

Una ricerca, nei termini sopra illustrati, è volta a definire "the limits of judicial power", nell'applicazione "discrezionale" del diritto, considerando che "it is more correct to say that English law is being largely judge made law...until the doctrine of precedent comes into force"(55).

Nella prassi è difficile, riscontrare quale o quali siano gli elementi che la caratterizzano la dottrina del precedente vincolante, che permettono di

(54) GOODHART, A.L. : PRECEDENT IN ENGLISH AND CONTINENTAL LAW. CASE LAW: A SHORT REPLICATION.
in L. Q. R., 1950, pag. 46.

Sebbene, non mancano, giuristi che considerano lo stare decisis, "a deep laid conspiracy to oppress the people... as irrational... and to accomplish this purpose, no weapon was so useful (to Bentham), as precedent for acting without reason..."

(55) Ibidem, in partic. p. 49.

distinguere il ruolo di un precedente meramente giurisprudenziale, persuasivo, dal un precedente autoritativo (56).

La moderna dottrina dello stare decisis, "as the authoritative case decided", è comprensibile solo alla luce dell'evoluzione della regola, durante i secoli 17°, 18° e 19°. Un'analisi, volta a cogliere il significato della regola, e gli elementi necessari per individuarla, si presenta, con maggiore urgenza, quando precedenti vincolanti "flatly absurd and unjust", "chiedono di essere abbandonati", altrimenti, lo stare decisis, trova una "naturale" applicazione nelle Corti di Common Law. "It's basis, is the application of the judicial experience of the past to the judicial questions of the present"(57).

(56) CROSS, R.: PRECEDENT IN ENGLISH LAW. Oxford, 1961. pag. 21 e ss.

(57) PARRY, HUGHES: ECONOMICS THEORIES IN ENGLISH CASE LAW. L.Q.R., 1931, 42, p. 183-186.

L'esperienza giuridica, attestata dal prof. Parry, è maggiormente percepibile nello stile discorsivo delle sentenze inglesi, nel linguaggio "of common life", utilizzato dai giudici nell'emissione delle loro decisioni, e nella pretesa che sia facilmente comprensibile per un "layman". Se i giuristi utilizzassero abitualmente "a highly abstract and highly technical language, both the law and the language, (they) will tend to lose touch with common life...(58). Lo sviluppo della moderna regola dello stare decisis, è stato reso possibile, dal mutamento dello stile delle decisioni, prima orali, e poi scritte, attraverso il law reporting, quale strumento per attestare l'autorità delle decisioni giudiziali.

(58) HOLDSWORTH, W.: A HISTORY OF ENGLISH LAW. op. cit. vol. 2°, in part. p. 482. "...because abstract and technical, is uncple of the slightest change". "The life will be sacrificed to logic, and the lawyers, will tend to become the slaves of their own abstraction".

I. Un breve excursus storico della regola dello stare decisis, tracciato nei secoli 16°-18°, aiuta a inquadrare meglio, lo sviluppo della dottrina del precedente giurisprudenziale.

E' noto, che nella seconda metà del 16° secolo, e agli inizi del 17°, la regola dei precedenti autoritativi, è riconosciuta nei tribunali di Common Law, e della Cancelleria.

Bacone(1561-1620), Cancelliere inglese, afferma che "decided cases are the anchors of law, as laws are of state", e Coke (1552-1634), "our book cases, (he says), are the bestproof what the law is: argumentum ab auctoritate est fortissimus in lege"(59).

Inoltre, è nota l'autorità delle decisioni giudiziali, emesse da Coke, e il riconoscimento a

(59) ALLEN, C.K.: LAW IN THE MAKING. op. cit. in part. p.207-208.

--- CANNATA, C. A. : LINEAMENTI DI STORIA DELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA. op.cit.p.60 ss. (Chief Justice of Common Pleas dal 1606, Chief Justice of King's Bench dal 1613).

questi tributato, nell'aver disposto, una sistemazione storica dei principi della Common Law, attraverso lo studio dei cases portati innanzi alla Corte. "The imperishable landmark in the development of the Common Law", è attestato proprio dai Reports di Coke, in cui raccogliendo e classificando metodicamente i casi e le proprie opinioni su di essi, predispone la trattazione del diritto inglese come un case law, basandone l'evoluzione sullo sviluppo giurisprudenziale dei precedenti, e su quello dei principi giuridici accolti nelle singole sentenze(60).

Sir Matthew Hale, scrivendo nel 17° secolo, inizia a parlare della teoria del precedente, asserendo che le decisioni delle Corti, non possono costituire la legge in senso proprio, "law so properly called".

Secondo questi, solo il Re e il Parlamento possono creare la legge, sebbene le judicial decisions abbiano

(60) CAVANNA, A: STORIA DEL DIRITTO MODERNO IN EUROPA.
op. cit. p.368.

un grande peso e una grande autorità nell'espone, dichiarare e pubblicare "la legge" del Regno(61).

Nel 18° secolo, Blackston, (ugualmente), afferma che le decisioni delle corti di giustizia, evidenziano ciò che è la Common Law.

Mentre, nel 19° secolo, Lord Esher, sottolineando il ruolo del giudice, asserisce che "non vi è nessuna cosa come un judge made law" (62).

II. Studiosi di diritto inglese a confronto, nel datare la regola dello stare decisis.

"Precedent in Eighteenth Century", è intolato uno degli scritti forse più citato, di Holdsworth. Già il titolo, anticipa quale risposta il giurista, offra alla problematica lungamente dibattuta in Inghilterra,

(61) HALE, MATTEW: HISTORY OF COMMON LAW.

6°ed. pag.90 e ss. "They have a great authority in expounding, declaring and publishing what the law of Kingdom is, especially when such decisions hold a consonancy and congruity with resolutions and decisions of former times, and, though such decisions are less than law, yet they are a great evidence".

(62) CROSS, R.: PRECEDENT IN ENGLISH LAW. Oxford, 1961. pag.21 e ss.

sulla collocazione temporale della regola dello stare decisis in senso formale(63). Holdsworth, ritiene che, la "moderna dottrina del precedente", si debba collocare, nell'ultima metà del 18° secolo. Per questo giurista inglese, il precedente, si presenta, già, del tutto vincolante nel 18° secolo. "A decided case makes law for the future cases and will bind all inferior courts and generally courts of coordinate jurisdiction". Allen, fa notare, a questo proposito, come il termine "modern doctrine of precedent", sia inteso in senso relativo. "No doubt, in proportion to the whole span of the history of legal English doctrine of 18° century", che la dottrina del precedente, in questo periodo, "may be considered as

(63) HOLDSWORTH, WILLIAM : PRECEDENT IN EIGHTEENTH CENTURY. in L.Q.R., 1951, pag.440.

-- HOLDSWORTH, WILLIAM: CASE LAW; UNWARRANTABLE INVENTION. in L. Q. R., 1951, pag.333.

-- GOODHART, A.L. : PRECEDENT IN ENGLISH AND CONTINENTAL LAW. CASE LAW: A SHORT REPLICATION. in L. Q. R., 1950, pagg. 40-196.

modern". "The modern doctrine of precedent", nel 19° secolo, non presenta le stesse caratteristiche, che si presentano nel secolo successivo, soprattutto, se la si rapporta "alle più profonde trasformazioni giuridiche che fanno seguito nel 19° secolo.

Molti sono gli avvenimenti, che convincono che, il principio dello stare decisis, come viene considerato e praticato oggi, nelle aule delle Corti inglesi, non è, né può essere quello "settled until the nineteenth century"(64). Allen, trae le sue asserzioni dal panorama storico e giuridico che costella la tradizione della Common Law, in Inghilterra. Secondo, Allen, le argomentazioni di Holdsworth, se ragionevolmente confutate, portano i giuristi a collocare la dottrina dello stare decisis, in senso

(64) ALLEN, C.K.: LAW IN THE MAKING. op.cit. pag. 219 ss.

I fattori, a cui, l'autore si riferisce, sono:
a. "a clear and unchallengeable hierarchy of courts",
b. "a marked contrast in the whole system of reports and reporting".

odierno, proprio nel 19° secolo. Il fatto che, Holdsworth, dopo aver asserito che la "moderna dottrina del precedente", "as the operation of precedent, had become an integral part of the common system, in the second half past of the 18° century", prosegue, con "(this modern doctrin) is object of some reservations which during the 19° century" sono rimosse o finiscono per svanire. Questa affermazione offre lo spunto ad Allen, per confutare direttamente la tesi di Holdsworth(65).

Se secondo Allen, non può essere accolta, la data del 18° secolo, nei termini di Holdsworth, perchè la conseguenza di una simile impostazione, sarebbe, quella di dubitare della stabilità dell'attuale

(65) ALLEN, C.K.: LAW IN THE MAKING. op.cit. pag. 219 ss. "He cannot have it (the doctrin) both ways". Allen, intende criticare la tesi di Holdsworth, che finisce per propendere per un secolo, e poi mistificarlo con quello successivo. "It is not unsustainable, on the manifest facts, evolving in the course of all 19° and part of 20° century, but is in contradiction of his own thesis... on the contrary we certainly speak about an anacronism".

sistema giudiziario inglese, e, quindi, nel ritenere che, le Corti moderne, esercitano ancora una qualche "censorship" su ciò che vogliono o no, accettare come authority. Dall'altra parte, Holdsworth(66), ritiene, che non siano state prese in seria considerazione le differenze, tra la sussistenza di una teoria generale del precedente autoritativo e le riserve con cui la regola dello stare decisis, è stata ed è tutt'ora accettata.

Infatti, l'esistenza di riserve verso la regola, sebbene, di vario tipo, e con diverso peso, siano state fatte oggetto delle più varie critiche dagli stessi giudici inglesi, ciò testimonia, che la regola

(66) HOLDSWORTH, WILLIAM : PRECEDENT IN EIGHTEENTH CENTURY. in L.Q.R., 1935, pag.441.

--- HOLDSWORTH, W.: CASE LAW. L.Q.R., 1934, p.180-181. "It is true that the character and the force of the reservations have differed from age to age, and that some judges have at all periods attached more weight to some of them than other judges; but these facts do not affect the truth of the view that, subject to those reservations, they accepted the modern theory".

dello stare decisis, in senso moderno era stata, già da allora, pienamente e consapevolmente accettata, ancora prima che le riserve "so effective in the 18° century" fossero superate(67).

A. La prima e fondamentale riserva, "stated by" Coke, Hale, e Blackstone, riguarda la teoria dichiarativa del diritto: "cases don't make law", e di conseguenza, "a rule which led to inconvenient results was probably not law". Questa riserva considerata, successivamente, "as a childish fiction"(68).

B. La seconda, puntualizzata da Holdsworth in 18° c., "it was always possible for a judge to decry the authority of a report with which he disagreed". Questo aspetto critico, emerge quando nel 18°c. "the reports were made by private reporters", e quindi possiedono differenti gradi di autorità. Oggi giorno, può essere riproposto, solo per precedenti illustrati da una

(67) GOODHART, A.L. : PRECEDENT IN ENGLISH AND CONTINENTAL LAW. CASE LAW: A SHORT REPLICATION. in L. Q. R., 1934, in part. pagg. 196-200

(68) SALOMOND, J: JURISPRUDENCE. 1928, Oxford, p.192.

--- HOLLAND, T.E.: THE ELEMENTS OF JURISPRUDENCE. Oxford, 1924, p.66.

fonte diversa dai Law Reports(69).

C. La terza, riserva, riguarda la presenza, (sempre nel 19° c.), di un considerevole numero di Corti, che presentano precedenti in conflitto tra loro. Dopo lo Judicature Act 1873, il conflitto, esiste solo apparentemente tra la Court of Appeal, e la Court of Criminal Appeal(70).

D. La quarta, che difficilmente si distingue dalla prima, si basa su un'asserzione di Lord Hardwicke, che tratta di precedenti vincolanti sporadici, che possono essere ignorati, se in conflitto con i principi generali del diritto. Oggi giorno, nessun giudice, può considerarsi libero di abbandonare un precedente della House of Lords, soprattutto se questo si presenta "clear and unambiguous"(71).

--- --
(69) HOLDSWORTH, W.: CASE LAW. L.Q.R., 1934, p.180-181.

(70) VARANO, VINCENZO: ORGANIZZAZIONE E GARANZIE DELLA GIUSTIZIA CIVILE NELL'INGHILTERRA MODERNA. Milano, 1973. pag.34 ss,

Il conflitto, è prontamente soppresso con le raccomandazioni della Business of Courts Committee.

(71) GOODHART, A.L.: PRECEDENT IN ENGLISH AND CONTINENTAL LAW. CASE LAW: A SHORT REPLICATION. in L. Q. R., 1934, in part. pagg. 196-200

"Neither law, neither equity consists merely of casual precedents, but of general rules and principles by reason of which, the several cases coming before, the Court of justice, are to be governed".

III. Critica alla regola dello stare decisis, affrontata in chiave di evoluzione storica.

Il dibattito, su una configurazione definitiva del processo evolutivo, della regola dello stare decisis, tra i secoli 18° e 19°c., a cui tributare la stabilità della teoria, nella sua moderna concezione, rimane aperto.

Dall'analisi(72), della regola dello stare decisis, emerge, comunque, che occorre risalire ad un periodo abbastanza tardi, per vedere imporsi il concetto di precedente vincolante. E, per quanto sia impossibile fissare date precise a riguardo, si è

(72) CROSS,R: PRECEDENT IN ENGLISH LAW op. cit. pag.22.

Se la teoria di Holdsworth, (sostenuta anche da Goodhart) da una parte, di Allen, dall'altra, sono le più rappresentative della controversia sulla regola dello stare decisis quale regola formale, non mancano altri affermati giuristi, per es. Coke, che propendono per uno dei due orientamenti sopra delineati o altri ancora che si limitano a distinguere un'epoca in cui il sistema del precedente diventa rigido (18° secolo), da quella, in cui la regola si afferma in senso stretto (nel 19° secolo).

soliti partire dal 18° secolo(73), per mettere in luce l'efficacia del precedente di una singola decisione (74). Quando, invece, si fa riferimento, ai periodi che precedono il 18° secolo, non si riscontra, l'esistenza di un precedente vincolante in senso formale o positivo del termine (binding precedent). La regola dello stare decisis, "as rule of law", volta a disciplinare come i precedenti giurisprudenziali possono o debbono essere applicati, nelle Corti, è una concezione recente, prima del 18° secolo, sussiste la tendenza ("a judicial behaviour") ad attribuire un peso decisivo alle

(73) ALLEN, C.K.: LAW IN THE MAKING. op.cit. pag. 219 ss. Alla luce delle considerazioni sopra delineate, il dato reale, e inconfutabile, è che nel 18° secolo la dottrina odierna dello stare decisis viene riconosciuta ed applicata completamente, sia pure per quanto le circostanze lo abbiano permesso (Allen). Inoltre, si può, comunque affermare che la dottrina del precedente, si viene sempre più arricchendo e sviluppando, soprattutto dal 18° secolo. "All the foundations had been laid down".

(74) MICHELI, G.: CONTRIBUTO ALLO STUDIO DELLA FORMAZIONE GIUDIZIALE DEL DIRITTO. CASE LAW E STARE DECISIS. op.cit. pag. 37.

decisioni giurisprudenziali in serie è la linea di (75). Mattei, rileva, che l'importanza della regola dello stare decisis, non deve essere segnata da una problematica affrontata in chiave di evoluzione storica, perfezionatasi in un certo momento temporale a partire dal quale il precedente una volta non vincolante sia divenuto tale(76). Lo studio dello stare decisis, deve essere affrontato in termini pragmatici, volti considerare quale sia la reale portata, della regola, nelle moderne Corti dei Paesi della Common Law, quali risvolti, e quali principi di diritto, grazie a questa, si sono "stabilizzati" nella moderna tradizione giuridica inglese. In questo contesto, anche se la regola dello stare decisis, fosse considerata un

(75) VARAND, V.: ORGANIZZAZIONE E GARANZIE... op.cit. pag. 32.

(76) MATTEI, U.: STARE DECISIS. IL VALORE DEL PRECEDENTE... op.cit. pag. 11 e ss.

prodotto del 19° secolo, si tratterebbe di una affermazione priva di valore. Un discorso in tal senso, sarebbe volto a raccogliere i precedenti giurisprudenziali in categorie, e queste, non differirebbero dal materiale metagiuridico, che i giudici utilizzano nel determinare la disciplina più opportuna per il caso concreto (78).

(78) ALLEN, C.K.: LAW IN THE MAKING. op.cit.

CAPITOLO V

ESEMPI DEL LAVORO SUL PRECEDENTE

DA PARTE DEL GIURISTA INGLESE.

PAR. 1. PRIMO ESEMPIO. ANALISI DELLA RELAZIONE
TRA LA TEORIA E LA PRASSI. IL PRECEDENTE
GIURISPRUDENZIALE OVE PREDOMINA LA LEGGE SCRITTA.

CASO: REGINA v. ALLEN. COURT OF APPEAL 1982 (1)

Presiede il giudice Cockburn.

Questo caso, non è una leading authority(2), nè
una causa che ha dato luogo a profonde perplessità
teoriche, ma, ben si presenta, per illustrare le
"operazioni" quotidiane che i giudici sono soliti

(1) STONE, JULIUS: PRECEDENT AND LAW. DYNAMICS OF
COMMON LAW GROWTH. op. cit. p. 82 ss.

Quando si parla "of the judicial role", non si fa
riferimento ad una qualsiasi entità astratta "called
judge", ma "the actual judge as they have to operate
in the institutional and historical contexts, in which
they are placed and work in common law countries".

--- In tema di istituto di Appello, e di precedente
autoritativo nella gerarchia giudiziale inglese, rinvio
a: IL DIRITTO CREATO ED ELABORATO DAI GIUDICI...p.51.

Nell'evoluzione del sistema, l'autorità dei
precedenti si afferma non tanto in ossequio alla
volontà dell'organo giudicante ma in virtù del suo
potere persuasivo, e didascalico, a qualsiasi grado di
giurisdizione. Questo valore connaturato nella
tradizione giuridica inglese è caratterizzato dal
fatto che "the oral judgment is the rule", anche se
sussistono numerosi repertori giudiziali in cui sono
pubblicate la maggior parte delle judicial decisions
delle Corti Superiori.

2- GORLA, GINO: STUDIO INTERNO E COMPARATIVO ...in Foro
It. 1964, V, c.73.

compiere sui precedenti giurisprudenziali. Nel caso Allen, il giudice Cockburn, risolve la controversia basata su una dubbia e complessa interpretazione di una legge (statutory), attraverso l'attività di una operazione giuridica che mostra come i precedenti sono trattati nelle Corti inglesi(3).

Il punto specifico di diritto, riguarda l'interpretazione della parola "sposerà" alla Sect. 57 dell'Offences Against the Person Act, 1861(4). Si contesta che la parola in questione sia ambigua. Da un lato, l'accusa sostiene che la parola in questione fa riferimento ad una cerimonia di matrimonio comunque riconosciuta dalla legge; dall'altro lato, la difesa

(3) STONE, J: PRECEDENT AND LAW. DYNAMICS OF COMMON LAW GROWTH. op.cit. p.82-83.

(4) POUND, ROSCUE: COMMON LAW AND LEGISLATION. In Harv. L.R., XXI, 1907, p.383ss.
Agli inizi del XX sec., è opinione comune tra i giuristi inglesi che la legge debba solo integrare e in casi eccezionali emandare le norme di common law, e che la sua applicazione debba essere limitata ai casi paradigmatici con esclusione dell'applicazione della analogia legis.

propende per una più precisa definizione del senso che può qualificare la fattispecie legislativa: "contrarrà un matrimonio che sarebbe valido se non fosse contratto in stato di bigamia".

Nel diritto inglese, il caso Allen, viene ritenuto decisivo per aver eliminato l'abiguità interpretativa (5), confermando la posizione dell'accusa, e respingendo non solo l'interpretazione avanzata dalla difesa, ma anche quella posizione giurisprudenziale che era stata accolta nella precedente Court for Crown Cases Reserved. Il caso Allen avendo eliminato il dubbio interpretativo, rimane tutt'ora il caso

(5)MANDELLI, R.: RECENTI SVILUPPI DEL PRINCIPIO DELLO STARE DECISIS IN INGH. E IN AMER. op,cit. in Riv.Dir.Proc. p.685.

L'intenzione del Legislatore, elemento fondamentale dell'interpretazione, deve risultare dalla lettera (titolo, preambolo, note marginali), e non possono avere rilievo i lavori preparatori. L'approccio giudiziale, spinge il Legis. ad emanare sempre più leggi dettagliate per chiarire le proprie intenzioni. Domina la literal rule, ed è esclusa un'interpretazione in chiave evolutiva. Ne deriva una rigidità interpretativa dello Statute a prescindere dallo stare decisis.

principale in tale contesto: a leading case.

"Leading case, means that is rule by presenting leeways for judicial choice, admits the changing values of the community into legal principles whose content is in dispute. It produces, where necessary, new interpretations of old principles, new sub-principles or entirely new principles. This rule provides the main foci of substantive law as thought in law school"(6).

In questo leading case, non vengono precisati completamente gli elementi che dovrebbero presiedere la corretta interpretazione(7) dell'articolo in esame.

(6) STONE, J.: PRECEDENT AND LAW DYNAMICS OF COMMON LAW. op. cit. p. 81.

(7) LIPSTEIN, K: COMMON LAW IN THE AGE OF STATUTE. op. cit. p. 501 ss. "il carattere eccezionale della legge scritta, spiega il suo carattere imperativo". Mentre negli Stati Uniti, si ritiene che la Corte Suprema, possa integrare una legge, o addirittura togliere efficacia dichiarandola incostituzionale, nel Regno Unito, è improbabile che le Corti di Common Law, possano attribuirsi simili poteri.

-Lord Justice Denning (All Er 2, 1950, p. 1226ss): "nostro compito è quello di individuare l'intenzione del Parlamento...ed attuarla, meglio se colmeremo le lacune e attribuiremo significato alle disposizioni normative piuttosto che sottoporle il sistema ad un'analisi distruttiva".

-contraddetto da Lord Simond: secondo cui una tale operazione usurpa la funzione legislativa mascherandola sotto il velo dell'interpretazione. "Se si scopre una lacuna il rimedio è una correzione legislativa".

Non si comprende bene,* se l'espressione includa anche
cerimonie fasulle o altrimenti invalide, oppure
cerimonie islamiche o di altro tipo tali da dare
origine a matrimoni potenzialmente poligami. Il
giudice Cockburn lascia aperti questi quesiti al
termine della sua judicial decision, si limita ad
affermare che ai fini ~~del~~ dell'attuale
controversia è stato sufficiente ritenere che vi fosse
compresa la situazione di "una forma di matrimonio
nota e riconosciuta dalla legge come idonea a dar
luogo ad un matrimonio valido".

Se avesse avanzato le sue opinioni in merito alle
altre situazioni, ciò avrebbe rappresentato un chiaro
esempio di obiter dictum in tutti i suoi aspetti(8).

*(8) Questo caso è stato analizzato con l'ausilio dei
testi: TWINNING, L.W.-MIERS, DAVID: HOW TO DO WITH RULES.
Milano, 1991, e TWINNING, L.WILLIAM: IL PRECEDENTE
NEL DIRITTO INGLESE: UNA DEMISTIFICAZIONE. in GALGANO,
F.: LA GIURISPRUDENZA PER MASSIME E IL VALORE DEL
PRECEDENTE. Padova, 1988, pp.35-50.

Nell'ultimo paragrafo della judicial decision il giudice Cockburn fa un'affermazione esplicita del principio di diritto che regola il caso, e che ne costituisce la ratio decidendi. Ma, le parole precise che compongono la judicial decision del giudice Cockburn, non ritenendosi(9) vincolanti per nessun'altra Corte, comportano che, possono essere modificate alla luce di altre affermazioni insite nel caso di specie oppure possono essere considerate troppo restrittive o troppe ampie.

Il caso Allen mostra una procedura eccezionale in quanto sono chiamati tutti i quindici giudici della Court of Crown Reserved. Questo fatto è indice che il caso si è presentato difficile già in primo grado sia in termini di etica morale che giuridica.

(9) Ibidem...

Le questioni problematiche sono innanzitutto rappresentate a) dall'ambiguità della parola "sposerà", b) il fatto che i precedenti sono in conflitto, c) le difficoltà nel configurare la precisa natura del torto cioè gli elementi che consentono di configurare la bigamia come reato.

Il caso Regina v. Allen rappresenta un esempio del contrasto tra il "buon senso" o common sense e le risposte giuridiche ai problemi d'interpretazione. Mentre questo caso risolve il dubbio circa il significato della disposizione di legge che regola il reato di bigamia, non risolve i dubbi e i contrasti che concernono il concetto base della bigamia.

L'interpretazione del giudice di questo caso circa il torto, in quanto profanazione di una cerimonia solenne, è spiegata in termini storici e accettata la

judicial decision per la sua razionalità, tanto da costituire un precedente vincolante, (a binding authority), perchè s'incentra sul "compiere una cerimonia", (actus rei), tuttavia non viene accettata nella sua chiave di giustificazione, per cui dà luogo a diversi disaccordi giudiziari ed accademici. Interessante ai fini della decisione del giudice Cockburn è anche la considerazione, seppure relativa, che suscita un caso analogo di un'altra giurisdizione.

Il caso Fanning della Court of Appeal d'Irlanda.

Questo caso non è stato considerato vincolante per la Corte di primo grado, nè per la Court of Appeal.

Il fatto che avesse un forte carattere persuasivo(10),

(10) DENTI, VITTORIO: RELAZIONE DI SINTESI. In GALGANO, F.: LA GIURISPRUDENZA PER MASSIME E IL VALORE DEL PRECEDENTE. op. cit. p. 114-115.

"I giudici e gli altri interpreti dedicano molta attenzione non solo ai precedenti con efficacia vincolante, ma anche a quelli che hanno una mera efficacia persuasiva". Questa considerazione, vale maggiormente nel diritto americano, ove gli obiter dicta hanno un peso notoriamente rilevante.

a high persuasive authority, è ritenuto un argomento sufficiente per giustificare l'allontanamento operato in sede decisionale dal giudice Cockburn(11).

L'argomentazione della accusa, che è stata ritenuta valida ai fini della decisione del caso argomenta a sfavore del caso Fanning, ne sottolinea il mero valore persuasivo, e propende in ultima analisi per la sussistenza di caratteri distintivi rilevanti, che non permettono di correlare i due casi in una identica pronuncia (art of distinguishing), considerando anche il caso che la Corte Irlandese (a parere dell'accusa) abbia errato nell'interpretare

(11) Si fa presente che il carattere persuasivo di questo caso, emerge in primo luogo perchè trattasi di un precedente giurisprudenziale appartenente ad una diversa giurisdizione; in secondo luogo, il caso irlandese si presenta debole, quanto alla componente strutturale che ha presieduto la soluzione decisionale. La decisione non presenta un carattere unanime (la Court of Criminal Appeal sentenza con un voto di maggioranza di 7 a 4, sugli undici giudici della Corte). Infine, ma non di minore importanza, al fine della stabilità di una regola, il fatto che i giudici di amggioranza hanno fatto presente il loro "dispiacere" di pervenire a quella conclusione.

i propri precedenti.

Il giudice Cockburn ha considerato valide le considerazioni dell'accusa, ma si è rifiutato di distinguere i fatti al fine di giungere ad una interpretazione generale della norma, disapprovando in linea di massima il caso Fanning.

RIPORTO LE PRINCIPALI CONSIDERAZIONI STORICHE

che hanno indotto il giudice Cockburn, ad un mutamento giurisprudenziale, da quando è stata redatta la disposizione originaria dello Statutory.

Nel 1603, quando fu introdotta per la prima volta quella precisa formulazione della disposizione di legge, che faceva della bigamia un delitto capitale, la sola Chiesa aveva la competenza a celebrare matrimoni validi. Originariamente, la bigamia, era stata equiparata alla bestemmia ed al sacrilegio, poichè essenzialmente rappresenta la profanazione di una cerimonia religiosa solenne. Tuttavia, quando nel 1836, fu introdotta la possibilità di celebrare matrimoni in forma secolare, la filosofia originale

alla base della bigamia perse un pò della sua forza, dal momento che sembrò strano considerare analogo alla bestemmia il raggiero (deception), implicito nel compiere una seconda cerimonia di matrimonio davanti ad un ufficiale di stato civile. Ciononostante, si possono addurre altre ragioni al perchè si sia mantenuto un reato di bigamia in una qualsiasi forma.

Secondo le parole del giudice Cockburn, una delle ragioni può essere visto il reato di bigamia, (nella sua fattispecie di inganno) "in un mezzo" per un inganno con malvagità e crudeltà. Infatti, per quanto riguarda le cerimonie di stato civile, si configura tutt'ora una fattispecie di inganno, ad es. la falsificazione dei registri. Mentre, nel campo delle cerimonie religiose, è tutt'ora presente un'offesa contro la religione, anche se è una sfera dibattuta se una politica all'insegna della monogamia sia una questione di competenza penale.

Glanvill, ha affermato in questa sede, che se anche si provvedesse ad abolire il reato di bigamia, ogni politica di questo genere, troverebbe soddisfazione in un'altra norma.

Un precedente giurisprudenziale del caso sopra esaminato e ritenuto irrilevante per la decisione è rappresentato dal caso:

REGINA v. SAGDO COURT OF APPEAL 1975. 2 ALL.ER.

in cui un matrimonio potenzialmente poligamo è considerato valido per quanto riguarda il significato delle parole "essendo sposato". Anche in questo caso non viene operato alcun riferimento, per delineare un quadro completo delle situazioni giuridiche e delle conseguenze che possono derivare da testi legislativi che si prestano a dubbie interpretazioni.

I casi in esame, sono stati oggetto di studio, da parte dei giuristi inglesi(12), che hanno subito cercato di dare una risposta alle problematiche (per così dire), lasciate aperte dalle Corti inglesi.

(12) TWINNING, L.W.-MIERS, DAVID: HOW TO DO WITH RULES. Milano, 1991.

Una prima considerazione che è stata posta a riguardo delle due fattispecie considerate, è stata quella di vedere se fosse possibile instaurare un'analogia(13) tra i due casi, cioè se le fattispecie fossero simili per essere decise in modo analogo, e in caso di risposta

-
- (13) CROSS, R.: PRECEDENT IN ENGLISH, op. cit. p.33 ss.
--- STONE, J.: PRECEDENT AND LAW. DYNAMICS OF COMMON LAW GROWTH. Butterworths, 1985.
--- SYMPSON, A.W.B.: THE RATIO DECIDENDI OF A CASE AND THE DOCTRIN OF BINDING PRECEDENT. in OXFORD ESSAY IN JURISPRUDENCE. London, 1961.

In dottrina, non esiste un uso consolidato giudiziale-dottrinale che permette di evidenziare quale sia la parte vincolante di una decisione per la soluzione di casi simili successivi. Inoltre i termini ratio decidendi e obiter dictum sono spesso usati in modo impreciso nella prassi. Gran parte della letteratura giuridica della common law, è volta all'analisi di quaste ambiguità terminologiche e pratiche.

- TWINNING, L.W.-MIERS, DAVID: HOW TO DO WITH RULES. Milano, 1991.

E' stato possibile identificare alcuni (quattro) usi distinti del termine ratio decidendi; si è inteso riferirsi a) al principio di diritto stabilito espressamente dal giudice quale base della decisione cioè una risposta alla questione di diritto nel caso giudiziario; b) quale risposta data in riferimento alla domanda (pleading); c) in riferimento alla propria decisione; d) infine in riferimento ad un principio di diritto che viene assunto perchè citato come autorevole da un interprete successivo.

affermativa, vedere gli effetti dell'applicazione del precedente giurisprudenziale "kept out to the past decisions". Una volta affermata che un'analogia sussiste tra i due casi: Allen e Sago, è possibile, si giunge alla conclusione che un individuo, già validamente sposato, secondo la legge inglese è considerato colpevole di bigamia se ha celebrato una cerimonia religiosa musulmana o altrimenti poligama in Inghilterra, anche se non è noto, nè riconosciuto che per legge, ciò può dar luogo ad un matrimonio valido.

Un altro precedente giurisprudenziale, riguardante lo stesso statuto, e la stessa disposizione di legge, Section 57, of the Offence against the Person Act, 1861(14), è raffigurato dai casi(15):

R. v TREANDR COURT OF CRIMINAL APPEAL 55, T.L.R.,
1939, p.1182. ss.

e (il precedente da cui si è discostato) caso:

R v. TAILOR, COURT OF CRIMINAL APPEAL 66, T.L.R.,
1950, p. 348 ss.

Attraverso l'analisi di questi casi, si vede come già da tempo, il problema di definire con termini precisi il reato di bigamia, fosse stato più volte oggetto di discussione nelle Corti giudiziarie, e avesse investito sia il campo civile, che quello

(14) Sect,57: "Whosoever, being married, shall marry any other person during the life of the former husband or wife.....shall be guilty of felony...
Provided that nothing in this section contained, shall extend to any person marryng a second time whose husband or wife shall have been continuately absent from such person for the spce of seven years then last past, and shall not have known by such person to be living within that time..."

(15) Anche nelle note di Goodhart in OCT.1950, L.Q.R.,
66 pp.440-441.

penale. In modo specifico, qui si fa presente l'ambiguità interpretativa delle parole "marring a second time". La Court of Criminal Appeal, del 1939, si è tenuta ferma su una posizione, che faceva presente che in caso siano state celebrate più cerimonie matrimoniali, il termine da prendere in considerazione, ai fini della configurazione del reato di bigamia, non dovesse essere quello disciplinato dallo Statute, ma uno più breve(16). La Corte, in quell'occasione, faceva presente che l'espressione "merryng a second time", dovesse essere preso alla lettera, ("neither more nor less"), e quindi il termine "di prova" per configurare il crimine si dovesse riferire solo a questa ipotesi.

La stessa problematica interpretativa, si

(16) "the prisoner was dprived of seven years' defence".

ripresenta presente dopo undici anni, con il caso Tailor, che coinvolge l'intera Court of Criminal Appeal, presiedono tutti i suoi sette giudici. La conclusione unanime a cui questi pervengono, "is that the prior Court has been incorrectly decided because the second marriage, did not mean the second marriage in a series of marriages, but the second marriage set out in the indictment". Lord Chief Justice, riassume la posizione della Corte, rilevando che il reato di bigamia, si configura quando, "on particular day a man go through a ceremony of marriage when his lawfull life is alive. It is only dealing with two ceremonies of marriage and not more". Quindi, è solo quando una Corte si trova davanti ad una cerimonia legittima da un lato, e a più cerimonie (bigamous or poligamous),

dall'altro, che queste ultime vanno considerate come "second marriage". Tenendo conto di questo calcolo, conseguì che "the prisoner", può sempre invocare a difesa il termine di legge(17).

Al fine della regola dello stare decisis, The Lord Chief Justice, fa presente il vincolo del precedente giurisprudenziale: the Court of Appeal usually considers itself bound by its decisions or by decisions of a court of coordinate jurisdiction...The House of Lords, also, always considers itself bound by its own decisions(18). Ma, il dato interessante che emerge dal suo discorso riguarda la differenza del

(17) "the result is that on a charge of bigamy the defendant can always raise the defence that he has not seen his wife for seven years, however many other marriages he may have purported to contract in the intervening period".

(18) Si fa presente che il discorso di Lord C.J. è pronunciato nel 1950, prima del mutamento seguito dalla House of L. nel 1966.

ruolo dello stare decisis, in campo civile e in quello penale. In campo penale, si ha a che fare (undoubtedly) con la sfera di libertà del soggetto, mentre in campo civile, non di minor importanza, assume l'amministrazione della giustizia. In questo quadro, è noto che, la regola dello stare decisis, se è seguita con ragionevolezza, tende al compimento della giustizia, ma se è seguita ciecamente, può gettare scompiglio e ingiustizia nei casi di specie.

Considerando il fatto che in materia civile è essenziale che la regola sia preservata, allorchè "a court is concerned with the liberty of the subject, si ritiene (maggiormente se concorda unanimamente la Corte adita), che il diritto, sia rivisto(19), quando si presentino, o si ritengano rilevanti per la

(19) "it is in opinion of a full court, that the law in a particular case had been either misapplied or misunderstood..."

questione particolari circostanze, prima non prese in considerazione. Questo argomento, è presente nel caso Taylor, ove una persona "sentenced for an offence" è questo imprigionata. Si fa presente, che rappresenta un sacro dovere della Court of Appeal, riconsiderare la decisione di primo grado, per stabilire, se quella persona "had been properly convicted"(20). Questo riesame, oltre aver contribuito a precisare il significato delle parole, oggetto ad un'ambigua interpretazione, offre l'occasione per considerare il ruolo della regola dello stare decisis, in due campi del diritto.

Nonostante che, Lord C.J., si augura che l'interpretazione offerta dalla Court of Criminal

(20) BROWN, B.F.: CANON LAW OF MARRIAGE. In Va.L.R., 26, 1939, p.70-85.

--- MUELLER, G.D.W. : INTERNATIONAL CHOICE OF LAW TO DETERMINE THE VALIDITY OF MARRIAGE. In H.L.J., 2, 1956, p.21-56.

Appeal, sia seguita in futuro anche dalla Court of Appeal, si fa presente che l'esperienza offerta dal Judicial Committee of Prive Concil, dalla Supreme Court of United States, e da molte altre giurisdizioni, suggeriscono che il pericolo di sconvolgere la regola dello stare decisis, non è imminente. "The doctrine can continue to play an effective role even though the court is not bound to follow a precedent which it considers is clearly wrong or which it regards as obsolete owing to change in the circumstances".

FAR. 2. SECONDO ESEMPIO. IL PRECEDENTE IN UNA
MATERIA MAI DISCIPLINATA PRIMA: LA
RESPONSABILITA' PROFESSIONALE.

CASO : BOLAM v. FRIEN. QUEEN'S BENCH DIVISION. 1957.

Presiede il Giudice Mc NAIR.

Un settore di gran rilievo ove il diritto contemporaneo è chiamato a sciogliere nodi sempre più complessi, riguarda il cd. "informed consent" soprattutto in tema di responsabilità civile per i professionisti(21).

Il caso Bolam è rappresentativo dello sviluppo della materia in questione. La responsabilità

(21) IUDICA, GIOVANNI : INTERVENTO in GALGANO, F.:
GIURISPRUDENZA PER MASSIME IL VALORE DEL
PRECEDENTE. op. cit. p. 357.

Il tema della colpa professionale, rappresenta un iceberg, a differenza di quanto accade in altri settori del diritto. Qui la maggior parte delle responsabilità, resta ignota, "sott'acqua, non arriva al tavolo del giudice", in quanto, le cause si concludono spesso con "il mero danno della perdita del cliente che decide di cambiare professionista".
Ci sono però, dei casi che nonostante "l'effetto stregone" (pubblicità della bravura o della cattiva professionalità), arrivano nelle aule giudiziarie.

civile derivante dall'informed consent è una questione tutt'ora dibattuta(22) e affrontata secondo, diverse angolazioni nell'area della common Law, e soprattutto nelle Corti inglesi. Il caso in esame applica l'informed consent nel campo della responsabilità del medico. Il caso Bolam, mira a stabilire se sia necessario un consenso cosciente, razionale ed illuminato del paziente sulla natura e sui rischi possibili, anche se remoti, della cura a cui sottoporre il paziente, (specialmente nell'ipotesi di interventi chirurgici).

Le difficoltà in materia, sorgono con maggior rilievo in caso di incidente, quando l'informazione che il professionista comunica al paziente, è carente,

(22) DE VINCENTIS, G-ZANFANI, P. : METODOLOGIA GENERALE DELL'ACCERTAMENTO TECNICO DELLA RESPONSABILITA' PROFESSIONALE NELL'AMBITO DELLE DISCIPLINE MEDICO CHIRURGICHE. Estratto dal XXI Cong. Naz. siena, 1968.

--- GERIN, C. : LA VALUTAZIONE MEDICO LEGALE DEL DANNO ALLA PERSONA NELLA RESPONSABILITA' CIVILE. 1987.

insufficiente, o superficiale. In questo caso, il lavoro giuridico che mira a stabilire fino a quale punto, se, quali criteri, a quale titolo si può ritenere che sussista la responsabilità del professionista nei confronti del paziente, è complicato, soprattutto, quando non vi è una disciplina giuridica ad hoc.

In Inghilterra, la responsabilità del medico, per violazione dell'informed consent, viene configurata come una specificazione applicativa del principio generale di "negligence". Il caso Bolam rappresenta una leading case in questo ambito, perchè, affronta per la prima volta nelle aule giudiziarie inglesi, la questione, se il dovere di diligenza del medico nei confronti del paziente, si estende solo alla terapia e alla diagnosi oppure, include anche un obbligo di informare l'ammalato sull'entità e sul tipo di rischi a cui può andare incontro.

Il caso Bolam, tratta di un malato mentale, che sottoposto ad elettroshock su iniziativa del medico dell'ospedale, presso cui era in cura, riporta gravi fratture. Queste, sarebbero state evitate, secondo le testimonianze fornite dal paziente e secondo il parere di una certa corrente scientifica, qualora fossero stati somministrati dei calmanti o, in alternativa, si fosse provveduto a tenere fermo il paziente durante la terapia. John Bolam intenta una azione di risarcimento del danno indicando la responsabilità del medico, in primo luogo, per l'erroneità del trattamento, e in secondo, per la violazione del dovere di renderlo esaurientemente edotto sul rischio possibile, benchè remoto, delle fratture. La decisione si è imposta in diritto inglese quale leading case, sia in materia di etica medica, sia di

etica tout court.

Il caso Bolam, si svolge in primo grado davanti la Queen's Bench Division.

A) Dopo venti anni, la House of Lords(23), viene investita della questione e riconferma il principio di diritto del caso Bolam(24).

Il caso Bolam, scioglie definitivamente i dubbi sulla collocazione della responsabilità del medico nella più ampia area della negligence. Il giudice Mc Nair indica chiaramente(25) lo standard of care che

(23) In WHITHOUSE v. JORDAN AND ANOTHER. 1981. ALL. ER. 267 HOUSE OF LORDS.

(24) Si fa presente, che questo è un esempio della resistenza delle Corti inglesi a promuovere lo sviluppo della medical law e delle conseguenti esitazioni delle vittime ad agire in giudizio se colpite da danni, al di fuori di quelli tradizionalmente riconosciuti.

(25) Il principio di diritto, o ratio decidendi, enucleato in questa sede, attraverso un discorso denso di riferimenti tecnici, di richiami a principi generali del diritto in materia di negligence, e con numerosi accenti di compartecipazione alle condizioni drammatiche della vittima, configura la non responsabilità del medico professionista, per l'omessa comunicazione, di conseguenze remote che possono verificarsi.

grava sul medico e che viene fissato secondo la pratica del "reasonable competent medical men" del tempo. Nella fattispecie non risulta, dalle testimonianze di altri medici competenti, essere sufficientemente provato che il medico coinvolto abbia agito al di sotto dello standard professionale. Consegua che il povero Bolam non ottiene il risarcimento dei danni, malgrado che le sue condizioni muovessero, secondo le parole del giudice Mc Nair, "to pity and compassion".

Sotto il profilo dell'informed consent, il tema della responsabilità civile del professionista, è ritenuta del pari anche nel campo medico) una medical judgment, anche se, ai fini di intentare un'azione basata sulla negligence, il caso Bolam, non precisa l'ambito di tale azione. In particolare non si

comprende(26) se la classe medica, abbia il dovere di informare, di certe circostanze, il paziente, e se in caso di conoscenza dei relativi rischi possibili, incomba alla vittima l'onere di provare la sua involontarietà, (non consent), a sottoporsi ai relativi trattamenti.

Nella judicial decision del caso Bolam, si evidenzia che il problema dell'informed consent è maturato tardi nelle Corti Inglesi, rispetto all'area dei Paesi della Common Law. Infatti negli Stati Uniti la nozione assume una valenza giuridica già verso la fine degli anni '50, per divenire oggi una delle "most controversial issues" in American Medical

(26) Le questioni insolute che rimangono, derivano dalla caratteristica distinzione tra la ratio decidendi e gli obiter dicta.

La ratio decidendi del caso Bolam, si enuclea nel principio di diritto che riconosce la rilevanza giuridica dell'informed consent dell'ammalato, nell'ambito del duty of care del medico, quindi la sua responsabilità in caso di negligence. Ma nel caso che il giudice si fosse pronunciato anche nel merito alle altre questioni, avrebbe formulato degli obiter dicta.

Law. Per vari anni, il diritto inglese è rimasto fermo sulle posizioni del caso Bolam. Nel frattempo the doctrine of informed consent, si afferma oltre oceano. B). Negli anni '80, la questione viene riproposta nelle Corti di primo grado(27), che mirano a confermare la linea tracciata dal caso Bolam..

Ampie disamine si hanno da parte della Court of Appeal e, in seguito nella House of Lords, nel caso Sidway v. Bethlem(28). Solo in una judicial decision di primo grado del 1980, il caso Chatteron v. Gerson, la High Court, assume un atteggiamento più

(27) Le Corti di primo grado in Inghilterra, sono le meno disposte, per tradizione, ad introdurre innovazioni in campo giudiziale. Ciò è dovuto soprattutto al non voler incorrere in situazioni impreviste (ai "pericoli" che una loro pronuncia sia attaccata in seguito), cosicchè tendono a negare, come nel caso di specie, la sussistenza di un "positive legal duty" a carico del medico sul piano dell'informazione dei rischi gravanti sul paziente.

Solo gradualmente e di recente, la casistica inglese, seppure esigua degli anni '80, si afferma in questo senso.

(28) Caso : Sidway v. Bethlem Royal Hospital Governors and Others del 1984-1985.
1984. 1. ALL. ER. 1018. COURT OF APPEAL.
1985. 1. ALL. ER. 643. HOUSE OF LORDS.

aperto. La High Court, arriva ad estendere l'ambito del duty of care generale del medico fino a comprendervi anche il dovere di informazione. Più

precisamente si giunge ad ammettere, che nell'ipotesi di rischio effettivo di disgrazia, "misfortune", nell'esecuzione di un particolare intervento, il medico può essere ritenuto responsabile se omette di avvertire il paziente. Il test rimane pur sempre, quello dello standard della professione, cd. "reasonable competent medical men".

C) Il passo più significativo in questa materia è dato dalle pronunce(29) della Court of Appeal e della House of Lords nel caso Sidway. Il caso citato ha provocato un intenso dibattito giudiziale in materia.

(29) I giudici inglesi sono i più restii, nell'area dei Paesi della Common Law, a sconvolgere l'assetto consolidato delle regole preesistenti. Per questo la regola dello stare decisis si afferma in Inghilterra, in modo particolarmente rigido e coercitivo al punto che le Corti stesse esitano a lungo prima di riconoscere l'effettiva rilevanza di un problema, nella problematica attuale dell'informed consent.

CASO : SIDWAY v. BETLEM Royal Hospital Governors
and Others del 1984-1985.

1984. 1. ALL. ER. 1018. COURT OF APPEAL.

1985. 1. ALL. ER. 643. HOUSE OF LORDS.

Il caso, in questione, riguarda una signora, Mrs Sidway, che acconsente a sottoporsi ad un intervento chirurgico, al fine di alleviare i dolori acutissimi di cui soffre da tempo ad un braccio ed ad una spalla.

Nel corso dell'intervento, eseguito con innegabile perizia e abilità da un autorevole neurochirurgo, sopravvengono lesioni al midollo spinale. Considerando che, le probabilità molto remote di eventuali complicazioni riguardo ad una totale paralisi, nel tipo d'intervento operato e non contestandosi la diligenza nell'esecuzione

dell'intervento (come nel caso Bolam), l'azione intentata dalla signora Sidway, si concentra nella negligenza per violazione di informazione.

Mrs Sidway, chiede pertanto il risarcimento dei danni profilando che se fosse stata adeguatamente informata non si sarebbe sottoposta al trattamento chirurgico. Le pronunce(30) della Court of Appeal, e della House of Lords, negano la responsabilità del neochirurgo, pur ammettendo di fatto, che la conoscenza del rischio di lesioni al midollo spinale avrebbe indotto la signora Sidway a non consentire all'operazione.

Nella judicial decision del caso Sidway, la

(30) Il principio di diritto, la ratio decidendi, che emerge dalle judicial decisions delle Corti, (enucleate dalla maggioranza dei giudici, e quindi non prese ad unanimità) comporta che il medico è tenuto a dare le informazioni che ritiene adeguate secondo i criteri "del resonable and responsible member of the medical profession".

Nel caso Siway, le prove addotte mostrano, che un medico ragionevole non avrebbe ritenuto necessario informare il proprio paziente sui rischi tanto remoti.

questione viene ampiamente dibattuta, e soprattutto s'incentra sull'analisi della dottrina americana dell'informed consent, che viene richiamata e illustrata con dovizia di particolari(31).

Rilevante si presenta, la dissenting opinions di Lord Scarman, l'unico Lord che propende per l'accoglimento della dottrina americana. Conformemente a questa, Lord Scarman, ritiene che il compito di decidere sul dovere d'informazione, spetti al medico stesso, in quanto solo questi può valutare se le informazioni troppo sconvolgenti, possono turbare l'equilibrio del

--- --

(31) Il fatto che i colleghi americani siano pervenuti prima ad inquadrare la tematica e siano provvisti di un'ampia dottrina a riguardo, non è sufficiente per un mutamento d'indirizzo giurisprudenziale. Infatti, se da una parte si ascoltano i riferimenti dottrinali americani, dall'altra, si conclude che una tale dottrina "is not part of the law in England".

La regola dello stare decisis, in Inghilterra, sembra essere dominata da motivi di policy, di eccessivo ossequio a equilibri consolidati, di tradizione e soprattutto dalla incertezza. In considerazione che gli orientamenti dottrinali sono insufficienti, le soluzioni vengono ricercate esclusivamente per via giudiziale.

paziente, sottoposto alle sue cure. In questo contesto, lo standard valutativo, sarebbe quello del paziente ragionevole, "standard del prudent patient"(31).

(21) DE VITA, ANNA: ANALISI DELLA COLPA PROFESSIONALE.

In GALGANO, F: LA GIURISPRUDENZA PER MASSIME E IL VALORE DEL PRECEDENTE, op. cit. p.333 ss.

Il diritto inglese, basato principalmente sulla regola dello stare decisis permette alla judicial decision, di incamerare e di enucleare in modo stabile i risultati raggiunti dalle Corti. E' importante rilevare che gli obiter dicta, possono diventare ratio in un caso successivo se successivamente se ulteriormente meditato e riesaminato.

Infatti i motivi palesati nelle dissenting opinions, possono essere riappropriati dalla maggioranza delle decisioni di ulteriori casi analoghi, e potrebbero essere riprese quali principio di diritto da una Corte successiva per la soluzione dei casi simili.

Interessante è constatare che nell'esperienza inglese, il principio di diritto viene formulato in termini relativizzati, tali da consentire comunque al giudice di esercitare la sua creatività senza timori di un sospetto arbitrio per il sistema. Il giudice col variare la connessione tra fatto e diritto, al fine di privilegiare la soluzione che ritiene più idonea per la soluzione del caso e nell'interesse delle parti in causa finisce per stabilire una linea direttiva per i giudici successivi.

FAR.3. PERCHE' IL CASO SIDWAY 1985 RAPPRESENTA IN
INFILTERRA LA FONTE GIURIDICA-NORMATIVA IN
MATERIA DI PESPONSABILITA' CIVILE PROFESSIONALE.

Le judicial decisions accennate in questa sede
mostrano quello che alcuni giuristi definiscono
"paternalismo nelle Corti inglesi".

Emerge come una questione, in assenza di
precedenti, dibattuta e approfondita dalle Corti
inglesi, possa acquistare nel corso degli anni, una
rilevanza giuridica anche in presenza di una esigua
casistica sull'argomento.

Se il caso Bolam (1957), ha sciolto i dubbi sulla
collocazione della responsabilità del professionista
per violazione dell'informed consent nell'area della
negligence, solo con il caso Sidway (1984-1985), si

perviene a stabilire che l'informed consent ha una precisa valenza giuridica nella tematica della responsabilità civile del professionista. Si giunge a considerare l'informed consent, come elemento essenziale e parte vincolante della decisione, quale ratio decidendi vincolante, che consente di guardare al caso Sidway come precedente vincolante dei casi successivi. Il problema dell'informed consent, è maturato in un clima culturale sensibile a migliorare il rapporto tra medico e paziente, a stabilire i valori fondamentali dell'uomo e a riconoscere i suoi diritti anche in campo medico. Per questo la tematica incide profondamente sul piano sociale, etico e giuridico.

CONCLUSIONI.

Gino Gorla, parecchi anni or sono, sottolineava la peculiare ambiguità dialettica sottesa alla tematica del precedente giurisprudenziale, scrivendo che il principio della certezza del diritto, garantita da una prassi ispirata allo "stare decisis" deve essere combinato o armonizzato con quello di una certa libertà di interpretazione in ogni giudice o collegio giudicante e così con l'esigenza dello sviluppo o progresso o moto del diritto nel detto interpretativo(1).

Dal lavoro svolto sulla regola dello stare decisis nella traduzione giuridica della Common Law, e sulla storia del problema della vincolatività del precedente giurisprudenziale nel diritto inglese, sono pervenuta

(1) GORLA, GINO: RACCOLTA DI SAGGI SULL'INTERPRETAZIONE E SUL VALORE DEL PRECEDENTE GIUDIZIALE IN ITALIA.
In Quaderni del Foro It. 1966, c. 16.

a distinguere quegli argomenti che possono risultare favorevoli ad una prassi giurisprudenziale rivolta alla stabilità, e quindi al pieno rispetto della regola nel suo aspetto formale, e quegli argomenti che compromettendone il rispetto, creano con facilità spazi aperti per il libero gioco delle eccezioni, creando quella dialettica complessa sull'esperienza giurisprudenziale, presente nei sistemi giuridici sia di Common Law e che di Civil Law.

ARGOMENTI A FAVORE.

Prima di tutto, sussiste un argomento di natura "politica", desunmibile dalla struttura dell'ordinamento giuridico di diritto non codificato, che attribuisce all'attività giurisdizionale una funzione normativa, quale fonte primaria del diritto inglese. In un quadro del genere le istituzioni

giudiziarie, si pongono come gli agenti del cambiamento, appartenendo a loro il compito di adeguare le regole alle esigenze sociali che via via storicamente si determinano.

In secondo luogo, vi è un argomento desumibile dal principio di uguaglianza, quale si esprime nell'enunciato "stare decisis" or "to keep the decision to the past sentence", per designare la tecnica di giudicare in modo eguale situazioni analoghe. Secondo questo punto di vista, le decisioni successive contrastanti, contravvengono al principio di coerenza, cosicchè ben si presenta l'osservazione di recente avanzata(2), che l'uguaglianza e l'ossequio del precedente rappresentano "il profilo temporale e spaziale del più largo principio normativo della

(2) SCHAWER: PRECEDENT. In Stratford L.R., 1987, p.597.

coerenza".

In terzo luogo, si presenta l'argomento della prevedibilità. Questo argomento di tutti il più diffuso, sottolinea, come sia preferibile una prassi ispirata al rispetto del precedente giurisprudenziale, perchè essa riduce la conflittualità e permette una maggiore sicurezza e programmabilità del traffico giuridico. Ciò consente alle parti di un rapporto, la possibilità di prevedere meglio le future conseguenze delle loro azioni, proprio attraverso i precedenti giurisprudenziali (o come direbbe un giurista di Civil Law, in base agli indizi dei passati orientamenti giurisprudenziali e meglio se consolidati).

In quarto luogo, esiste un argomento che accredita una migliore efficienza dell'attività decisoria, come

effetto di una prassi ispirata al rispetto dei precedenti. E' evidente, difatti che una simile prassi richiede, a chi vi si adegua, uno sforzo e una quantità di lavoro intellettuale incompatibilmente minori di quelli richiesti a chi si accinge a risolvere ogni singolo caso senza affidarsi, senza per così dire rilassarsi nell'*auctoritas rerum similiter iudicatorum*. (Senza voler negare che minor quantità di lavoro per ogni singolo caso significa miglior efficienza dell'attività sotto il profilo della superiore velocità del processo decisorio e conseguentemente della maggiore quantità di casi decisi nell'unità di tempo).

Infine un ultimo argomento fa leva sul rilievo della compattezza. Il rafforzamento della credibilità esterna che deriva dal mantenere la coerenza interna

comporta un potenziamento dell'istituzione giudiziaria nel quadro dei poteri dello Stato, specularmente opposto all'indebolimento che è rappresentato, invece dalla credibilità connessa ad un *dicere ius segnato* dai contrasti, sbandamenti e oscillazioni. Inoltre, a chi pensasse che l'istituto dell'overruling, attraverso l'arte del *distinguish*, tuttavia presente nei Paesi di Common Law, potesse essere un chiaro esempio di "oscillazione" giurisprudenziale, si fa presente che proprio nella sua esplicita e espressa dichiarazione di contravvenire alla linea di precedenti prima noti, trova la sua presenza la certezza del diritto.

ARGOMENTI A CONTRARIO.

Come nell'esperienza della vita comune, così in quella giuridica, capita sovente che il bagaglio di

convinzioni, apparentemente fondato su argomenti conclusivi rimanendo a livello di astrazione diventino problematici quanto ad una loro validità universale non appena si approfondisce l'indagine per cogliere ulteriori determinazioni.

Per quanto riguarda l'argomento politico e a prescindere dall'eterno dissidio di un approccio positivista e approccio realista al fenomeno giuridico, ad un approccio consuetudinario o meramente giurisprudenziale della Common Law, occorre riconoscere che l'attività giudiziaria anche laddove si limita in apparenza a dichiarare il diritto esercita una funzione creativa. E il fatto che in Inghilterra tale funzione creativa riconosciuta alle corti venga esercitata *uno actu*, non contraddice che sia il risultato di un lungo processo e talvolta tormentato

dove i contrasti assumono la funzione positiva di catalizzatore del nuovo, che avanza e si afferma anche attraverso successive correzioni di rotta.

Nell'analisi del principio di uguglianza in materia di precedenti giurisprudenziali, secondo una prospettiva di assoluta concretezza, si ravvisano quei principi giurisdizionali che l'Equity ha sempre tenuto presente: nessun caso è uguale ad un altro, poiché ciascun caso è dotato di un complesso di fatti che si presenta nella sua irripetibile unicità.

L'affermazione della uguaglianza o della similitudine di due o più casi, quale presupposto fondamentale della regola dello stare decisis, è sempre frutto di un processo di astrazione, che implica una scelta dell'interprete, indirizzata a mettere da parte le peculiarità ritenute irrilevanti,

allo scopo di determinare la sfera di influenza del vincolo che nasce dal precedente e specularmente i confini dello spazio esterno dove è consentito esercitarsi nell'arte del distinguishing. Per questo, che uno degli argomenti maggiormente affrontati dai giuristi inglesi è l'argomento dei material facts, della ratio decidendi e degli obiter dicta.

L'argomento della prevedibilità, per quanto si ricollega all'argomento dell'uguaglianza, può essere sottoposto ai medesimi rilievi compiuti. Si tratta, peraltro, di un suo indipendente vigore, che sta alla base dell'overruling dichiarativo, dove la Corte proclama che cambierà orientamento rispetto al precedente solo per il futuro, mentre vi si adegua per il caso sottoposto al suo esame, allo scopo di non deludere l'affidamento di almeno una delle parti

circa il mantenimento delle soluzioni antiche.

Dall'analisi di questo fattore, si rileva che senza dubbio la prevedibilità incarna un valore estremamente positivo.

Il dato più curioso, sotto un profilo giuridico che è emerso nel lavoro da me svolto, riguarda l'efficacia del precedente, o meglio del vincolo che la regola giuridica dello stare decisis instaura nei sistemi di Common Law. Si scopre che l'efficacia o il vincolo del precedente giurisprudenziale, hanno modo di esprimersi in un caso solo: quando il giudice se non fosse per quel vincolo deciderebbe la causa in modo diverso e magari migliore. Nel caso in cui invece il giudice, per sue autonome valutazioni, avrebbe risolto la fattispecie oggetto del suo giudizio in maniera

identica a come è stata risolta da altri giudici, non sussiste evidentemente alcuna operatività del precedente. Ecco che allora, la prevedibilità delle decisioni discendente dal rispetto dei precedenti, appare avere un suo prezzo: il risultato prevedibile, e cioè il risultato che si ottiene seguendo il precedente non è in realtà il risultato ottimale, almeno stando alle convinzioni del giudice che attualmente decide. Naturalmente, stabilire quando sia opportuno perseguire il risultato prevedibile, ossia la regola dello stare decisis, oppure il risultato ottimale, è questione di scelta che dipende dalla tipologia delle fattispecie su cui il giudice è chiamato a decidere, sarà solo di vedere se le ragioni del cambiamento prevarranno su quelle della stabilità.

Se da un lato lo stare decisis, è un argomento a

favore della stabilità, ed pertanto è un valore fonte di incremento della credibilità sociale ed un rafforzamento dell'istituzione giudiziaria, dall'altro canto, appare innegabile che una cristallizzazione dello jus dicere, non sussiste nemmeno nei paesi di Common Law, laddove applicazione dei precedenti non si presenta come meccanica, nè come puro modello di imitazione per la soluzione dei casi futuri, ma rivela essere una fondamentale guida per il comportamento che i giudici dovranno tenere in sede decisionale.

NOTE BIBLIOGRAFICHE (AUTORI).

- =====
- ALLEN, CARLETON KEPLTON: LAW IN THE MAKING. London,
- ATYIAH, S. PATRICK : JUDGMENTS IN ENGLAND. in ATTI DEL
CONV. INTER. FERRARA 1985.
LA SENTENZA IN EUROPA. METODO, TECNICA E
STILE. Padova, 1988.
- BAKER, J. H. : AN INTRODUCTION TO ENGLISH LEGAL HISTORY.
London, 1979, 2° ed.
- BAKER, J. H. : THE LEGAL PROFESSION AND THE COMMON LAW.
London, 1986.
- BARTON, J. H. : EQUITY IN THE MEDIEVAL COMMON LAW. In
NEWMAN, R. A. : EQUITY IN THE WORLD LEGAL
SYSTEMS. 1973.
- BLACK, H. C. : LAW OF GIUDICIAL PRECEDENT.
- BLACKSTONE, WILLIAM : COMMENTARIES OF THE LAW OF ENGLAND.
Londra, 1899, vol. I, pag. 61.
- BERRING, COHERING : HOW TO FIND THE LAW. St. Paoul, 1984.
- BORCHARD, EDWIN : DECLARATORY JUDGMENT. Cleveland, 1934.
- BREWER, A. R. - CARIAS : JUDICIAL REVIEW IN COMPARATIVE
LAW. Cambridge, 1989.
- BROWN, B. F. : CANON LAW OF MARRIAGE. In VA. L. R., 26,
1939, p. 70-85.
- CALABRESI, GIOVANNI : A COMMON LAW FOR THE AGE OF STATUTES.
Cambridge. 1982.

(CAN-CRO)

CANNATA, C. AUGUSTO: LINEAMENTI DI STORIA DELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA. II. vol. DAL MEDIOEVO ALL'EPOCA MODERNA. Torino, 1976, 2° ed.

CAPPELLETTI, MAURO: IL PROCESSO CIVILE ITALIANO NEL QUADRO DELLA CONTRAPPOSIZIONE CIVIL LAW E COMMON LAW. PROCESSO E IDEOLOGIE. Bologna, 1969.

CAPPELLETTI, MAURO: THE DOCTRINE OF STARE DECISIS AND THE CIVIL LAW.

CAPPELLETTI, MAURO: THE JUDICIAL PROCESS IN COMPARATIVE PERSPECTIVE. Oxford, 1989.

CAVANNA, ADRIANO: STORIA DEL DIRITTO MODERNO IN EUROPA. LE FONTI E IL PENSIERO GIURIDICO. vol. I. Milano, 1982.

CECCHERINI, ALDO: IL PRINCIPIO GENERALE DELLA MOTIVAZIONE DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIALI E L'INFORMATICA GIURIDICA. Giust. Civ. 1987, Osservatorio, 2 parte, p. 55-63.

COING, H.: ENGLISH EQUITY AND THE RENUNTIATIO EVANGELICA OF COMMON LAW. In L.Q.R., 1985, p. 223 ss.

CRISCUOLI, GIOVANNI: VALORE SEMANTICO E CONTENUTO DOGMATICO DELL'ESPRESSIONE COMMON LAW NEL LINGUAGGIO GIURIDICO ITALIANO. in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1967, pag. 1446.

CROSS, RUPERT: PRECEDENT IN ENGLISH LAW. Oxford, 1961.

CROSS, R.-RADCLIFFE: THE ENGLISH LEGAL SYSTEM. London, 1977.

(DAI-FRA)

DAINOW, JOSEPH: THE ROLE OF JUDICIAL DECISIONS AND DOCTRINE IN CIVIL LAW AND IN MIXED JURISDICTIONS.

DAVID, RENE': LES GRANDES SYSTEMS DE DROIT CONTEMPORANEIS. Paris, 1971, pag.370.
" " trad. it. Milano, 1987.

DAWSON, J.P.: THE ORACLES OF THE LAW. 1968.

LORD DENNING: THE DISCIPLINE OF LAW. London, 1979, pp. 149-150.

DE NOVA,GIORGIO : APPUNTI SUL METODO CASISTICO NELL'INSEGNAMENTO DEL DIRITTO PRIVATO.
in Trim. Proc. Civ. 1978. pag. 375. e ss.

DENTI,VITTORIO : RELAZIONE DI SINTESI in GALGANO,FRANCESCO: LA GIURISPRUDENZA PER MASSIME E IL VALORE DEL PRECEDENTE. Padova, 1988.

DE VINCENTIS, G-ZANFANI,P: METODOLOGIA GENERALE DELL'ACCERTAMENTO TECNICO DELLA RESPONSABILITA' PROFESSIONALE NELL'AMBITO DELLE DISCIPLINE MEDICO CHIRURGICHE. ESTRATTO DAL XXI CONGR. NAZ. Siena, 1968.

DE VITA,ANNA: RELAZIONE SULLA COLPA PROFESSIONALE. IN GALGANO,FRANCESCO: LA GIURISPRUDENZA PER MASSIME E IL VALORE DEL PRECEDENTE. Padova, 1988.

DONISI,CARMINE : GIURISPRUDENZA E DIRITTO CIVILE. Napoli. 1989.

DOUGLAS, O.W.: STARE DECISIS. In COL.L.Q.R., 49, 1949, pp.735-755.

(DUM-HOL)

DUMAN, D. : THE RESHAPING OF A PROFESSIONAL ELITE.
London, 1982.

ELTON, G.R. : F.W.MAITLAND. London, 1985.

FRANK, J. : LAW IN MODERN MIND. New York, 1948.

GERIN, C. : LA VALUTAZIONE MEDICO LEGALE DEL DANNO ALLA
PERSONA NELLA RESPONSABILITA' CIVILE.
1987.

GLENN, H. PATRIK : THE USE OF COMPUTERS QUANTITATIVE CASE
LAW ANALYSIS IN THE CIVIL LAW AND COMMON
LAW. in Intern. and Compar. L.R.Q.,
Aprile. 1987. pag. 362 e ss.

GODDARD, : NOTA AL CASO TAILOR IN L.Q.R., 1950, 66,
pp. 440-441.

GOODHART, A. L. : MODERN THEORIES OF LAW. London,
1933.

GOODHART, A. L. : PRECEDENT IN ENGLISH LAW AND
CONTINENTAL LAW. in L. Q. R., 1934,
pag.40.

GOODHART, A.L. : PRECEDENT IN ENGLISH AND CONTINENTAL
LAW. CASE LAW: A SHORT REPLICCATION.
in L. Q. R., 1950, pagg. 40-196.

GOODHART, A.L. : CASE LAW IN ENGLAND AND AMERICA. In
CORN.L.Q.R., XV, 1930, PP. 173-193.

GORLA, GINO : DIRITTO COMPARATO E DIRITTO COMUNE EUROPEO.
Milano, 1981.

GORLA, GINO : STUDIO STORICO E COMPARATIVO DELLA COMMON
LAW E DELLA SCIENZA DEL DIRITTO. in Riv.
Trim. Dir. Proc. Civ.1962. pag25 e ss.

(GOR-KRI)

- GORLA,GINO: STUDIO INTERNO E COMPARATIVO DELLA GIURISPRUDENZA E I SUOI PRESUPPOSTI: LE RACCOLTE E LE TECNICHE PER L'INTERPRETAZIONE DELLE SENTENZE. in Foro It.1964. vol.V col.73.
- GORLA,GINO: RACCOLTA DI SAGGI SULL'INTERPRETAZIONE E SUL VALORE DEL PRECEDENTE GIUDIZIALE IN ITALIA. IN Quad: Foro It., 1966, c.16.
- HALE, MATTHEW : THE HISTORY OF THE COMMON LAW OF ENGLAND. Londra. 1971.
- HANNA,JOHN: THE ROLE OF JUDICIAL DECISION. In VILL.L.R., 2, 1957, pp: 366-384.
- HOLDSWORTH,WILLIAM : A HISTORY OF ENGLISH LAW. Londra, 1971.
- HOLDSWORTH,WILLIAM : CASE LAW. in L.Q.R.,1934,pag.180.
- HOLDSWORTH,WILLIAM : PRECEDENT IN EIGHTEENTH CENTURY. in Law Quaertely Review, 1951, pag.440.
- HOLDSWORTH,WILLIAM: CASE LAW; UNWARRANTABLE INVENTION. in L. Q. R., 1951, pag. 333.
- HOLLAND, T. ERSKINE : THE ELEMENTS OF JURISPRUDENCE. Oxford, 1928.
- HOLMES,O.W.: PATH OF THE LAW. In HARV.L.R., 1987, 457.
- KIRAFLY,A.K.R.: LAW AND RIGHT IN ENGLISH LEGAL HISTORY. In ATTI DEL III CONG. INTER. DELLA STORIA DEL DIRITTO. FIRENZE, 1977.
- KRIELE, MARTIN: DAS PRADJUDIZ IM KONTINENTAL EUROPEAISCHEN UND ANGLOAMERIKANISCHEN RECHTSKREIS. In ATTI DEL CONV.INTERN. FERRARA, 1985.

(KOT-MAT)

KOTZ, HEINZ : RELAZIONE SULLA FISIONOMIA DELLA SENTENZA
NEI SINGOLI ORDINAMENTI EUROPEI. In ATTI
DEL CONV. INTER. FERRARA, 1985,

ILWAN, MC : CONSTITUTIONALISM ANCIENT AND MODERN.
1947, pag. 70 e ss.

IUDICA, GIOVANNI: INTERVENTO in GALGANO, F: LA
GIURISPRUDENZA PER MASSIME E IL VALORE
DEL PRECEDENTE. Padova, 1988.

JENKS, E. : A SHORT HISTORY OF ENGLISH LAW. Londra,
1924.

LEWIS : THE HISTORY OF JUDICIAL PRECEDENT. in L. Q.
R., 1930. pag. 207.

LIPSTEIN, KURT : THE DOCTRINE OF PRECEDENT IN
CONTINENTAL LAW. 1946.

LIPSTEIN, KURT: COMMON LAW IN THE AGE OF STATUTES. IN
ATTI DEL CONV. INTERN. FERRARA, 1985.

LOMBARDI, V.: SAGGIO SUL PRECEDENTE GIURISPRUDENZIALE.
Milano. 1975.

MAITLAND, F.W. : EQUITY. London, 1913.

MANDELLI, RICCARDO : RECENTI SVILUPPI DEL PRINCIPIO
DELLO STARE DECISIS IN INGHILTERRA E IN
AMERICA. Riv. di Dir, Proces. 1979,
pag. 660 e ss.

MATTEI, UGO: STARE DECISIS. IL VALORE DEL PRECEDENTE
NEGLI STATI UNITI D'AMERICA. Milano,
1988.

(MER-PER)

MERRYMAN, J. HENRY : LA TRADIZIONE DI CIVIL LAW NELL'ANALISI DI UN GIURISTA DI COMMON LAW. Milano, 1973.

MICHELI, GIANNANTONIO: CONTRIBUTO ALLO STUDIO DELLA FORMAZIONE GIUDIZIALE DEL DIRITTO. CASE LAW E STARE DECISIS. In Studi delle Scienze Giuridiche e Sociali. Pavia, 1938.

MILLAR, R. WYNES: CIVIL PROCEDURE OF THE TRIAL COURT. in HYSTORY PERSPECTIVE. New York, 1952.

MOCCIA, LUIGI : GLOSSARIO PER UNO STUDIO DELLA COMMON LAW. Milano, 1986.

MONTROSE, J. LUIS: PRECEDENT IN ENGLISH LAW AND OTHER ESSAY. Irland, 1968.

MULLER, G. O. W.: INTERNATIONAL CHOICE OF LAW TO DETERMINATE THE VALIDITY OF MARRIAGE. IN H.L.J., 2, 1956, p.21-56.

PATTERSON, A.: THE LAW LORDS. Lndon, 1982.

PACCHIONI, G. : I POTERI CREATIVI DELLA GIURISPRUDENZA. in Riv. Dir. Comm.I, 1912, pag.40 ss.

PERGOLESI, FERRUCCIO: SISTEMI DELLE FONTI NORMATIVE. Bologna, 1949, 3 ° ed.

PERGOLESI, F. : LA GIURISPRUDENZA COME FONTE NORMATIVA NORMATIVA. in Giur.Critica IV 1937.

PERGOLESI, FERRUCCIO: SISTEMA DELLE FONTI NORMATIVE. Bologna, 1949, 3°ed.

(PES-RUP)

- PESCATORE, PIERRE: L'INFLUENZA DEL COMPUTER SULLO STILE DELLE SENTENZE. In GALAGANO, F: LA GIURISPRUDENZA PER MASSIME E IL VALORE DEL PRECEDENTE. Padova, 1988.
- PLUCKNETT, T.F.T.: A CONCISE HISTORY OF THE COMMON LAW. 5° ed. London, 1956.
- PLUCKNETT, T.F.T.: BONHAM'S CASE AND JUDICIAL REVIEW. IN HARVARD LAW REVIEW. 40, 1927, PP. 30-70.
- POLLOCK E MAITLAND : THE HISTORY OF ENGLISH LAW. Cambridge, 1898, vol. II.
- POLLOCK, FREDERICK : FIRST BOOK ON JURISPRUDENCE. 1929,
- POUND, ROSCUE : INTERPRETATIONS OF LEGAL THEORY. London, 1933.
- POUND, ROSCUE : THE SPIRIT OF THE COMMON LAW. Milano, 1970.
- POUND, ROSCUE : MECHANICAL JURISPRUDENCE. COL.L.R., 8, 1908, p.603 ss.
- POUND, ROSCUE : COMMON LAW AND LEGISLATION. HARV.L.R., 21, 1907, p.383 ss.
- RADIN, MAX: CASE LAW AND STARE DECISIS: CONCERNING PRAJUDIZIENRECHT IN AMERICA. IN COL.L.R., XXXIII, 1933, pp. 198-212.
- RADBRUCK, GUSTAVE : LO SPIRITO DEL DIRITTO INGLESE. Milano, 1962.
- RHEINSTEIN, M. : COMMON LAW AND EQUITY. in Encic. del Dir. Milano, vol.VII, pag. 925.
- RUPPIN, : LEGEND OF STARE DECISIS. IN ALA.L.R., 1980, 41, p.603.

(SAL-TAR)

- SALOMOND, JOHN : JURISPRUDENCE. Londra, 1930. 8^{ed}.
- SHAWER: PRECEDENT. IN STARD.L.R., 1987, p.597.
- SCLESINGER - BAADE - DAMASKA HERZOG: COMPARATIVE LAW.
New York, 1988.
- SERENI, A.P. : LA COMMON LAW NEGLI STATI UNITI
D'AMERICA.
- SHAPIRO, : COURTS: A COMPARATIVE AND POLITICAL
ANALYSIS. Cambridge, 1981.
- SHARTEL, : OUR LEGAL SYSTEM AND HOW IT OPERATES.
Michigan, 1951.
- STEIN, PETER : I FONDAMENTI DEL DIRITTO EUROPEO.
Milano, 1987.
- STEIN, PETER: I VALORI GIURIDICI NELLA CIVILTÀ'
OCCIDENTALE. Milano, 1981.
- STEIN, PETER: JUDGMENT IN EUROPEAN TRADITION. In ATTI
DEL CONV. INTER. FERRARA, 1985.
- STEVENS, R.: LAW AND POLITICS. THE HOUSE OF LORDS AS
JUDICIAL BODY 1800-1976. London, 1979.
- STONE, JULIUS: PRECEDENT AND LAW. DYNAMICS OF COMMON
LAW GROWHT. Butterworths, 1985.
- SYMPSON, A.W.B.: THE RATIO DECIDENDI OF A CASE AND THE
DOCTRIN OF BINDING PRECEDENT. in
OXFORD ESSAY IN JURISPRUDENCE. London.
1961.
- " " " " Second Series, Oxford, 1973.
- TARELLO, GIOVANNI: IL FORMALISMO GIURIDICO AMERICANO.
Milano, 1962.

(TWI-ZAN)

TWINNING, L. WILLIAM : IL PRECEDENTE NEL DIRITTO INGLESE: UNA DEMISTIFICAZIONE. in GALGANO, FRANCESCO : LA GIURISPRUDENZA PER MASSIME E IL VALORE DEL PRECEDENTE. Padova, 1988.

TWINNING, L.W.-MIERS, DAVID : HOW TO DO THINGS WITH RULES. Milano, 1991.

TOCQUEVILLE, C.A. : DEMOCRAZIA IN AMERICA. vol. I.

UCCELLA, FULVIO: SPUNTI DI RIFLESSIONE PRELIMINARE PER UNA RIFORMA DELL'UFFICIO DEL MASSIMARIO CORTE DI CASS.
Giust.Civ. Osserv. parte 2,
p.239-244.

VACCA, LETIZIA: CONTRIBUTO ALLO STUDIO DEL METODO CASISTICO NEL DIRITTO. Milano, 1976.

VAN CAENEGEM, C. ROUL: I SIGNORI DEL DIRITTO. Milano, 1991.

VARANO, VINCENZO: ORGANIZZAZIONE E GARANZIE DELLA GIUSTIZIA CIVILE NELL'INGHILTERRA MODERNA. Milano. 1973.

LORD WILBERFORCE : HOUSE OF LORDS. In ATTI CONV.INTER. FERRARA, 1985.

ZANDER, MICHAEL : THE LAW-MAKING PROCESS. London, 1980.

NOTE BIBLIOGRAFICHE (RIVISTE ITALIANE).

=====

ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO

RHEINSTEIN, M.: COMMON LAW AND EQUITY. in Encic. del Dir. Milano, vol.VII, pag. 925.

FORO ITALIANO

GORLA,GINO: STUDIO INTERNO E COMPARATIVO DELLA GIURISPRUDENZA E I SUOI PRESUPPOSTI: LE RACCOLTE E LE TECNICHE PER L'INTERPRETAZIONE DELLE SENTENZE. in Foro It.1964. vol.V col.73.

GIUSTIZIA CIVILE

CECCHERINI,ALDO: IL PRINCIPIO GENERALE DELLA MOTIVAZIONE DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIALI E L'INFORMATICA GIURIDICA. Giust.Civ. 1987, Osservatorio, 2 parte, p. 55-63.

UCCELLA, FULVIO: SPUNTI DI RIFLESSIONE PRELIMINARE PER UNA RIFORMA DELL'UFFICIO DEL MASSIMARIO CORTE DI CASS. Giust. Civ. Osserv. parte 2, p.239-244.

GIURISPRUDENZA CRITICA

PERGOLESI, F. : LA GIURISPRUDENZA COME FONTE NORMATIVA NORMATIVA. in Giur.Critica IV 1937.

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

CRISCUOLI, GIOVANNI : VALORE SEMANTICO E CONTENUTO DOGMATICO DELL'ESPRESSIONE COMMON LAW NEL LINGUAGGIO GIURIDICO ITALIANO. in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1967, pag. 1446.

DE NOVA, GIORGIO : APPUNTI SUL METODO CASISTICO NELL'INSEGNAMENTO DEL DIRITTO PRIVATO. in Trim. Proc. Civ. 1978. pag. 375. e ss.

GORLA, GINO: STUDIO STORICO E COMPARATIVO DELLA COMMON LAW E DELLA SCIENZA DEL DIRITTO. in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1962. pag. 25 e ss.

MANDELLI, RICCARDO: RECENTI SVILUPPI DEL PRINCIPIO DELLO STARE DECISIS IN INGHILTERRA E IN AMERICA. Riv. di Dir. Proces. 1979, pag. 660 e ss.

RIVISTA DI DIRITTO COMMERCIALE

PACCHIONI, G. : I POTERI CREATIVI DELLA GIURISPRUDENZA. in Riv. Dir. Comm. I, 1912, pag. 40 ss.

NOTE BIBLIOGRAFICHE (RIVISTE STRANIERE).

=====

LAW QUARTELY REVIEW:

COING, H.: ENGLISH EQUITY AND THE RENUNTIATIO EVANGELICA OF COMMON LAW. In L.Q.R., 1985, P. 223 SS.

HOLDSWORTH, WILLIAM: CASE LAW. in L.Q.R., 1934, pag. 180.

HOLDSWORTH, WILLIAM: PRECEDENT IN EIGHTEENTH CENTURY.
in Law Quarterly Review, 1951, pag. 440.

HOLDSWORTH, WILLIAM: CASE LAW; UNWARRANTABLE INVENTION.
in L. Q. R., 1951, pag. 333.

GODDARD, : NOTA AL CASO TAILOR IN L.Q.R., 1950, 66,
pp. 440-441.

GOODHART, A. L.: PRECEDENT IN ENGLISH LAW AND CONTINENTAL LAW. in L. Q. R., 1934, pag. 40.

GOODHART, A. L. : PRECEDENT IN ENGLISH AND CONTINENTAL LAW. CASE LAW: A SHORT REPLICATION.
in L. Q. R., 1950, pagg. 40-196.

LEWIS : THE HISTORY OF JUDICIAL PRECEDENT. in L.Q.R., 1930. pag. 207.

COLUMBIA LAW QUARTELY REVIEW

DOUGLAS, D.W.: STARE DECISIS. In COL.L.Q.R., 49, 1949,
PP.735-755.

RADIN, MAX: CASE LAW AND STARE DECISIS: CONCERNING
PRAJUDIZIENRECHT IN AMERICA. IN
COL.L.R., XXXIII, 1933, pp. 198-212.

CORNELL LAW QUARTELY REVIEW

GOODHART, A.L.: CASE LAW IN ENGLAND AND AMERICA. In
CORN.L.Q.R., XV, 1930, PP. 173-193.

HARVARD LAW JOURNAL

MULLER, G.O.W.: INTERNATIONAL CHOICE OF LAW TO
DETERMINE THE VALIDITY OF MARRIAGE. IN
H.L.J., 2, 1956, p.21-56.

HARVARD LAW REVIEW

HOLMES, D.W.: PATH OF THE LAW. In HARV.L.R., 1987, 457.

FLUCNETT, T.F.T.: BONHAM'S CASE AND JUDICIAL REVIEW. IN
HARV.L.R. 40, 1927, PP. 30-70.

FOUND, ROSCUE: COMMON LAW AND LEGISLATION. HARV.L.R.,
21, 1907, p.383 ss.

INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTELY REVIEW

GLENN, H.PATRIK: THE USE OF COMPUTERS QUANTITATIVE CASE
LAW ANALYSIS IN THE CIVIL LAW AND COMMON
LAW. in Intern. and Compar. L. R. Q.,
Aprile. 1987. pag. 362 e ss.

VILLANOVA LAW QUARTELY REVIEW

HANNA, JOHN: THE ROLE OF JUDICIAL DECISION. In
VILL.L.R., 2, 1957, pp: 366-384.