

# Rule of law, certezza del diritto e valore del precedente

di Andrea Pin

**Abstract: Rule of law, legal certainty and the value of precedent.** – The article analyses the relationship between the rule of law and precedent from a comparative perspective considering Italian scholarship in the field. After sketching out Dicey’s description of the rule of law, it reviews various interpretations of the concept and how they have balanced the rule of law’s concerns for fundamental rights with predictability. Then it summarizes how precedent is applied in common law jurisdictions within case law, statutory legislation and constitutions, how pan-European and Italian courts have reconceptualized the role of precedent, and how it now serves to justify legal development. The article wraps up by emphasizing how differently common law and civil law jurisdictions understand precedent and its legal force.

**Keywords:** Rule of law; Precedente; Common law; Civil law; Diritto giurisprudenziale.

*You ask me, why tho’ ill at ease,  
Within this region I subsist,  
Whose spirits falter in the mist,  
And languish for the purple seas.*

*It is the land that free men till,  
That sober-suited Freedom chose,  
The land, where girt with friends or foes  
A man may speak the thing he will;*

*A land of settled government,  
A land of just and old renown,  
Where Freedom slowly broadens down  
From precedent to precedent*

*(Lord Tennyson, “You ask me, why”)*

## 1. Introduzione

Alcuni anni orsono, Jeremy Waldron dichiarava di essersi occupato del precedente dopo essersi “stupito” del fatto che, eccettuate alcune riflessioni di Hayek prive di un inquadramento organico, la dottrina non avesse prestato

---

\* L’autore ringrazia sentitamente i (molti) che hanno aiutato la riflessione confluita nel testo con osservazioni, suggerimenti e correzioni. Gli errori sono naturalmente dell’autore.

attenzione al “significato dello *stare decisis* per il *rule of law*”.<sup>1</sup> Waldron ha poi ulteriormente esplicitando il suo rilievo, ponendo in evidenza la connessione teorica quanto storica tra due aspetti fondamentali dell’esperienza giuridica rinvenibili sia nello *stare decisis* quanto nel *rule of law*, ossia l’idea di regolarità<sup>2</sup> e la necessità di bilanciare le esigenze di stabilità e cambiamento.<sup>3</sup>

Posto in questi termini, il tema del *rule of law* in rapporto alla giurisprudenza non riguarda soltanto gli ordinamenti che tradizionalmente attribuiscono un valore normativo autonomo al precedente. Infatti l’argomento coglie anche le evoluzioni dei recenti decenni del mondo di *civil law*, le quali hanno visibilmente mostrato segnali di avvicinamento al *common law* quanto all’importanza riconosciuta al precedente.<sup>4</sup> Il tema della certezza giuridica rispetto al precedente acquisisce poi una particolare rilevanza sul piano europeo, ove la pronuncia giudiziale è stata ritenuta in maniera sempre più vigorosa una forma, se non ideale, quantomeno necessaria per ricongiungere stratificazioni normative soprattutto in ordinamenti multilivello, che avrebbero investito i giudici del ruolo di armonizzare e stabilizzare le dinamiche dello sviluppo giuridico.

Tutti questi fattori confermano che il rapporto tra *stare decisis* e *rule of law* ha una portata globale,<sup>5</sup> collocandosi in uno scenario in cui la legge ha spesso visto declinare la sua capacità di ordinare l’agire sociale<sup>6</sup> facendo leva sulle categorie di validità ed efficacia,<sup>7</sup> mentre sono emersi poteri al di fuori della sfera d’azione e persino d’influenza statale. Lungi dall’essere una tematica confinata al *common law*, la relazione tra *rule of law* e precedente ha dunque una caratura teorica sul piano del sistema delle fonti, con importanti ricadute sulla teoria dell’interpretazione e sulla separazione dei poteri.

Il presente contributo muove da queste problematiche, tracciando a partire dal *rule of law* un percorso funzionale all’inquadramento nel sistema delle fonti del “precedente”, definito come “un’affermazione in punto di diritto

---

<sup>1</sup> J. Waldron, *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*, 111 *Mich. L. Rev.* 1, 4-5 (2012).

<sup>2</sup> Su cui già R. Pound, *Book Review: Precedent in English and Continental Law. An Inaugural Lecture Delivered before the University of Oxford*, 48 *Harv. L. Rev.* 863, 863 (1935).

<sup>3</sup> *Id.*, 864.

<sup>4</sup> Lo notava già A. Pizzorusso, *Corso di diritto comparato*, Milano, 1983, 70.

<sup>5</sup> L’autore ringrazia uno dei commentatori, che ha suggerito di distinguere l’area di applicazione del *rule of law* rispetto alla nozione di stato di diritto e di riferirla solo ai sistemi di *common law*; l’autore rimane tuttavia dell’opinione che il *rule of law* sia stato applicato fin da Dicey anche ai sistemi di *civil law* e che gli sviluppi successivi abbiano ulteriormente rinforzato questo approccio.

<sup>6</sup> R.E. Kosteris, *Introduzione*, in *Id.* (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Bologna, 2016, 19 si interroga su come assicurare prevedibilità e conoscibilità delle norme nella fase di declino della centralità della legge.

<sup>7</sup> P. Grossi, *Sulla odierna ‘incertezza’ del diritto*, in *L’incertezza delle regole*, Atti del convegno annuale 2014, Napoli, 2015, 11; S. Cassese, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009, 3-4, 22 e 30.

che sia assunta a *ratio decidendi* di una pronuncia di un giudice riguardo a una fattispecie concreta”.<sup>8</sup> Tramite il prisma del *rule of law* sembra infatti di poter integrare il contributo emerso nella dottrina italiana, mossa da preoccupazioni di natura teoretica quanto applicativa, all’interno della discussione intorno al precedente sviluppatasi in alcuni ordinamenti di *common law*. Si ricapitolerà dunque la posizione della dottrina italiana sulla collocazione del precedente nelle fonti del diritto, per poi passare all’inquadramento del *rule of law* e infine alla sua articolazione con il precedente giudiziario. Le conclusioni proporranno una nuova considerazione della dottrina e della giurisprudenza soprattutto interna, alla luce dell’esperienza comparata. Gli ordinamenti di riferimento saranno, da un lato, alcuni tra quelli di *common law* che paiono di particolare salienza per la riflessione, e dall’altro quello italiano nella cornice del diritto dell’Unione e della Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Il riferimento quasi esclusivo al diritto italiano in questo secondo sottoinsieme deriva sia dall’esigenza di contenere l’ambito d’indagine sia dall’interesse a confrontarsi con l’autorevole dottrina dei decenni passati, che ha avuto tra le preoccupazioni principali la riconfigurazione dell’ordinamento della Penisola rispetto alla dicotomia *civil law/ common law*.

## 2. La comprensione del precedente nella dottrina costituzionalistica e comparatistica italiana

Il tema del precedente ha un rilievo tanto teoretico quanto comparatistico. Sul piano teoretico, il precedente offre una risposta alla necessità, derivante in primo luogo dal principio di uguaglianza, che a casi analoghi venga offerta un’analoga soluzione, assicurando la certezza del diritto quanto l’affidamento per le parti: in questo senso il rilievo del precedente pare connaturato alla sostanza di qualunque esperienza giuridica.<sup>9</sup> La riflessione comparatistica si innesta invece su di un piano differente, ma conferma che la certezza del diritto rientra tra le caratteristiche intrinseche di qualunque ordinamento. I sistemi di *common law*, con il loro particolare riguardo per il precedente, hanno infatti rappresentato dei punti di riferimento della riflessione comparatistica proprio in quanto hanno offerto un termine di paragone anche per ordinamenti di diversa struttura al fine di comprendere come assicurare la certezza del diritto, soprattutto a seguito del declino del mito e del ruolo della legge e della centralità del codice nei sistemi di *civil law*. Lo sguardo sul *common law* si è caricato dunque di un significato per il comparatista, volto ad individuare il perimetro d’azione del giudice rispetto al dato legislativo e in particolare della sua creatività rispetto a qualunque ordinamento.

Le molte riflessioni sul *common law*, sulle sue fonti e sull’utilizzabilità

<sup>8</sup> A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto. Art. 1-9*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario al Codice civile Scialoja-Branca*, II ed., Bologna-Roma, 2011, 706.

<sup>9</sup> R. Cross, J.W. Harris, *Precedent in English Law*, Clarendon Press, Oxford, 1991 (4° ed), 3.

delle sue categorie nel campo del *civil law* in Italia si possono distinguere sommariamente in tre filoni, ciascuno dei quali indaga un profilo particolare. Sul piano sistematico, si segnalano i lavori sul funzionamento di tale sistema, che afferiscono tradizionalmente alla disciplina del diritto privato comparato, come quelli di Criscuoli, Mattei o Moccia;<sup>10</sup> vi sono poi le riflessioni offerte dagli studiosi di storia del diritto, tra i quali è senz'altro Gino Gorla<sup>11</sup> ad esercitare un ascendente particolare.<sup>12</sup> Infine nel campo costituzionalistico e di sistematica delle fonti emerge naturalmente il lavoro pionieristico di Alessandro Pizzorusso.<sup>13</sup>

Mentre autori come Criscuoli e Mattei si focalizzano sul funzionamento del *common law* nella sua componente angloamericana, Gino Gorla rappresenta un punto di riferimento particolare per chi affronta il tema dello *sviluppo* dei sistemi giuridici. Egli infatti mostra come il rispetto dei precedenti sia una costante degli ordinamenti – un elemento inevitabile per il buon funzionamento di un sistema, sia sotto il profilo sostanziale sia sotto quello procedurale. Infatti, assicurare che casi simili siano trattati in modo analogo persegue un ideale di giustizia e al contempo rende più snella l'attività giurisdizionale. È tuttavia ovviamente Alessandro Pizzorusso a porsi, con chiara impostazione costituzionalistica, il problema di qualificare e sistematizzare il precedente nel sistema delle fonti, valorizzandone grandemente la funzione.

Pizzorusso infatti assume una prospettiva sincretica dei modelli di *civil law* e *common law* nel riscontrare l'inevitabile centralità del precedente nell'esperienza giuridica. Nel suo sforzo ricostruttivo, egli coglie come ciascuno ordinamento costruisca il proprio percorso di sviluppo anche tramite i precedenti, sebbene a questi ultimi possa essere riconosciuta un'efficacia diversa. In altri termini, se non tutti gli ordinamenti riconoscono al precedente un valore vincolante, ciascuno di essi nondimeno ne valorizza l'esistenza.<sup>14</sup>

Si può meglio cogliere l'importanza del contributo di Pizzorusso se si considerano le parole di un osservatore esterno e disincantato del funzionamento del *civil law*. John Henry Merryman demolisce infatti negli anni Ottanta del Novecento l'idea di certezza del diritto derivante

---

<sup>10</sup> U. Mattei, *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1998; G. Criscuoli, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, III ed., Milano, 2000; L. Moccia, *Common Law*, in *Digesto – Discipline privatistiche*, Torino, 1988.

<sup>11</sup> Sul ruolo di Gorla e Moccia, si veda, recentemente, E. Calzolaio, *Il ruolo della giurisprudenza come fonte normativa tra civil law e common law*, in Id., R. Torino, L. Vagni (a cura di), *Liber Amicorum Luigi Moccia*, Roma, 2021, 176.

<sup>12</sup> G. Gorla, *Il diritto comparato in Italia e nel «mondo occidentale» e una introduzione al «dialogo civil law-common law»*, Milano, 1983.

<sup>13</sup> Cui sono poi seguiti diversi altri studiosi: *ex multis*, qui si consideri almeno A. Torre, *il Regno Unito*, Bologna, 2013; C. Martinelli, *Diritto e diritti oltre la Manica: perché gli inglesi amano tanto il loro sistema giuridico*, Bologna, 2014.

<sup>14</sup> A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, cit., 713.

dall'esistenza di una legge scritta e di un impianto codicistico sistematico che non debba offrire alcuna discrezionalità al giudice. Merryman nota come i soggetti dell'ordinamento non possano essere rassicurati dal testo legislativo, poiché in ogni caso "la definizione dei diritti delle parti frequentemente deve attendere i risultati di una causa. Il giudice non è, in pratica, sollevato dalla necessità di interpretare e applicare le norme dalla chiara, completa, coerente, presciente legislazione. Come il giudice di *common law*, egli è coinvolto in un processo vitale, complesso e difficile [di adattamento del] diritto a condizioni mutevoli", all'interno del quale fa ricorso ai precedenti per illuminare il diritto da applicare.<sup>15</sup> Merryman conclude che, nonostante la retorica della sufficienza del codice, "le corti di *civil law* non agiscono in maniera molto differente nei confronti delle decisioni giurisprudenziali da quanto fanno le corti negli Stati Uniti".<sup>16</sup> Merryman individua dunque una chiara distanza tra la teoria delle fonti e la pratica dell'interpretazione giudiziaria nei regimi di *civil law*:<sup>17</sup> distanza all'interno della quale trova spazio l'opera di Pizzorusso.

L'analisi del precedente come fonte condotta da Pizzorusso illumina un fenomeno indubitabile, se la Corte di Cassazione nel 2019, pur nel reiterare la posizione formale secondo la quale il precedente non costituisce una fonte del diritto,<sup>18</sup> tuttavia non può non rilevare come sia "cresciuta la considerazione da attribuire al precedente ... nei principali ordinamenti di *civil law*".<sup>19</sup> La posizione della Cassazione non è nemmeno isolata, se la Corte costituzionale dà per acquisito che un "orientamento stabilmente consolidato della giurisprudenza" si innesta in profondità nel disposto normativo, fino a diventarne quasi inseparabile.<sup>20</sup> Il lavoro di Pizzorusso dunque coglie nel segno, in quanto, nell'affrontare il tema del precedente sul piano della teoria costituzionale anche italiana, rileva un fenomeno innestatosi profondamente anche nel sistema giuridico italiano. La sua è dunque un'opera di realismo, che fa emergere dalla prassi l'esistenza di un fattore che formalmente in molti sistemi non costituisce una fonte, ma che tuttavia contribuisce in maniera importante a plasmare l'esperienza giuridica.

L'impegno di Pizzorusso acquisisce un valore ulteriore anche alla luce dello sviluppo del diritto europeo. La nascita delle Comunità europee e l'affermazione della Corte europea dei diritti dell'uomo – anche a spese della Commissione – sono infatti due poli d'attrazione fondamentali, che hanno fatto convergere il sistema delle fonti verso la dimensione processuale, enfatizzando ulteriormente il profilo normativo delle sentenze. Non è un caso, del resto, che Mauro Cappelletti abbia celebrato tali nuove istituzioni

---

<sup>15</sup> J.H. Merryman, *The Civil Law Tradition*, Stanford, 1985, 43 e 47.

<sup>16</sup> *Id.*, 47.

<sup>17</sup> *Id.*, 43.

<sup>18</sup> Cass. Civ. sez. unite, 3 maggio 2019, n. 11747, 13.6.

<sup>19</sup> Cass. Civ. sez. unite, 3 maggio 2019, n. 11747, 13.7.

<sup>20</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 350 del 1997, 2.

come strumenti della nascita di un nuovo assetto normativo e istituzionale in Europa, a trazione giurisprudenziale e che avrebbe consentito persino di “ripudiare Montesquieu” e la sua separazione dei poteri in nome del perseguimento di valori e principi di giustizia tramite la funzione giurisdizionale.<sup>21</sup>

Tra i molti aspetti che Pizzorusso rileva della convergenza tra *civil law* e *common law* quanto al valore dei precedenti, due paiono meritare una particolare considerazione per gli studi comparatistici e per il perimetro del *rule of law* nel quale si iscrive la presente riflessione. Uno dei due punti è esplicitamente evidenziato, mentre l'altro sembra dato per pianamente acquisito, al punto da apparire quasi implicito. Converrà metterli brevemente in luce.

Il primo aspetto fondamentale che si rinviene nella riflessione di Pizzorusso sul precedente riguarda la pervasività di quest'ultimo all'interno del sistema delle fonti. Pizzorusso, muovendo dall'evidente presa del precedente “anche nell'area della *civil law* ed in particolare in Italia”,<sup>22</sup> mette in evidenza come esso non si inserisca tuttavia all'interno della gerarchia delle fonti come qualunque altra fonte, ma piuttosto sia delocalizzato, applicandosi a qualunque altra fonte.<sup>23</sup> Questo rilievo è coerente con il pensiero di Pizzorusso, secondo il quale il precedente non è semplicemente parte di qualunque sistema delle fonti, compreso quello di *civil law*, ma piuttosto una *dimensione* ineludibile dell'esperienza giuridica contemporanea. Una dimensione che tra l'altro non sottostà a condizioni di efficacia come la pubblicazione, poiché rientra tra le fonti-fatto.<sup>24</sup>

Pizzorusso rileva tuttavia come la specifica rilevanza del precedente all'interno dell'esperienza giuridica muti con il sistema istituzionale: in ordinamenti come quello italiano il precedente ha una sua forza peculiare, derivante da una precisa opzione. Pizzorusso rammenta infatti come sotto la vigenza dello Statuto albertino<sup>25</sup> la prevalenza del legislativo si traducesse nella previsione che i dubbi interpretativi emersi nella prassi giudiziaria fossero sciolti dal Parlamento, non dai medesimi giudici nella loro attività.<sup>26</sup> L'ordinamento repubblicano aveva viceversa accordato alla giurisdizione un'indipendenza interpretativa – poi approfondita dai contributi della giurisprudenza costituzionale in tema di interpretazione autentica – secondo Pizzorusso determinando un'importante conseguenza per le fonti del diritto e per la collocazione del precedente all'interno di esse.<sup>27</sup> Infatti, grazie a

---

<sup>21</sup> M. Cappelletti, *Repudiating Montesquieu? The Expansion and Legitimacy of “Constitutional Justice,”* 35 *Cath. U. L. Rev.* 1, 6, 6 (1985).

<sup>22</sup> A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, cit., 706.

<sup>23</sup> *Id.*, 728.

<sup>24</sup> *Id.*, 730.

<sup>25</sup> Art. 73: “L'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo”.

<sup>26</sup> A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, cit., 718.

<sup>27</sup> *Id.*, 722: “il controllo della Cassazione sull'interpretazione giudiziaria ha potuto affermarsi

questa soluzione, ciascun giudice non è stato chiamato a confrontarsi sull'interpretazione da dare ad una disposizione con gli organi politici, ma piuttosto con un precedente ugualmente di derivazione giurisprudenziale. In sostanza, quest'opzione ha affidato la decisione di un caso al serrato confronto tra il giudice e i precedenti, non ad un dialogo tra il giudice e il legislatore.

Il secondo dato di rilievo, profondamente connesso con il primo, che sembra trarsi implicitamente dal pensiero di Pizzorusso e che tuttavia non pare occupare molto della sua riflessione, riguarda la natura *interpretativa* del precedente. Pizzorusso infatti affronta il tema dei precedenti innanzitutto a partire dal diritto italiano, nel quale il giudice si confronta con una fonte scritta, derivandone un certo significato in considerazione di uno specifico contesto normativo e fattuale. Quest'approccio considera come precedente il *significato* che una disposizione ha dispiegato in precedenza, ossia il contenuto precettivo precedentemente assegnatole. Si tratta, come vedremo, di un punto di particolare rilievo per affrontare il tema del precedente nei regimi di *common law*.

Il contributo di Pizzorusso si delinea per un valore culturale piuttosto vicino a quello di Gorla e, in un certo grado, a quello di Moccia. Tali autori rinvencono infatti nel precedente un aspetto della vita giuridica che incrocia la generalità degli ordinamenti. Gorla ne individua una comune ascendenza; Moccia trova che la storia dei sistemi giuridici evidenzia importanti “punti di contatto”. Lo studio del *common law* e del *civil law*, fino ad allora focalizzatosi sulle “connotazioni e implicazioni di ordine storico e insieme storiografico”, a parere di quest'ultimo avrebbe “condizionato un certo modo di concepire le due maggiori tradizioni giuridiche europee, all'insegna di una loro netta divisione e, anzi, contrapposizione”,<sup>28</sup> mentre sarebbe stato più adeguato proporre una ermeneutica capace di avvicinare tali universi giuridici.

Queste posizioni della dottrina italiana hanno dei riscontri nella dottrina estera. Avvertiti comparatisti anglosassoni notano come, da direzioni diverse, *common law* e *civil law* tendano verso un punto d'equilibrio comune. In particolare Michel Rosenfeld rileva che mentre il ragionamento sillogistico promosso dal sistema di *civil law* progressivamente tende a diventare opaco e perdere nitore con il proliferare delle decisioni, affidandosi dunque al giudice per armonizzare l'ordinamento, il sistema di *common law*, che teoricamente dipende in maniera maggiore dal contributo della giurisdizione, subisce una progressiva contrazione dei margini decisionali proprio per l'accumularsi di una giurisprudenza che si consolida in una certa direzione. In questo modo entrambi i sistemi puntano a raggiungere la

---

soprattutto nel periodo 1945-1946, dopo che l'introduzione del regime democratico aveva portato ad una cospicua attenuazione dei vincoli che in precedenza legavano la Magistratura, e soprattutto il pubblico ministero, al potere esecutivo”.

<sup>28</sup> L. Moccia, *Comparazione e diritto europeo*, Milano, 2005, 963.

certezza del diritto attraverso un equilibrio giurisprudenziale.<sup>29</sup>

Le posizioni, *ex multis*, di Pizzorusso, Moccia e Gorla indicano dunque nella giurisdizione il punto di snodo del sistema anche di *civil law*, rispetto al quale in particolare Pizzorusso rileva lo sviluppo di una consapevolezza condivisa dal mondo accademico e dalla prassi giudiziaria.<sup>30</sup> Queste considerazioni hanno tra i loro bersagli polemicamente quella che è stata considerata una forzosa “contrapposizione tra i due sistemi”<sup>31</sup> tali autori suggeriscono,<sup>32</sup> o persino auspicano, a fronte della crisi della legge,<sup>33</sup> l’avvicinamento dei sistemi, proprio grazie all’inevitabile ruolo del precedente nel cogliere e distillare l’esperienza giuridica.<sup>34</sup> Tale dottrina offre un’importante sponda teorica ad una deriva giurisprudenziale significativa, se è vero che la Corte di Cassazione, usando tra il 2011 e il 2019 il termine “*overruling*” in oltre mille pronunce,<sup>35</sup> si è anche stilisticamente avvicinata agli stili di *common law*.

Gli sforzi dottrinali che tentano di congiungere le due esperienze di *common law* e di *civil law* si comprendono particolarmente se si guarda in prospettiva la situazione della scienza giuridica pubblico-comparatistica nel Vecchio Continente. Il filone europeo ha infatti promosso – sia sul piano del diritto dell’Unione sia su quello della Convenzione – un approccio giurisprudenziale volto all’integrazione non solo giuridica ma anche tra i modelli ordinamentali,<sup>36</sup> sollecitandoli ad una reciproca apertura.<sup>37</sup> Questo atteggiamento ha del resto irrobustito il ruolo del diritto comparato, che da disciplina e metodo di analisi del fenomeno giuridico si è trasformato anche in un approccio di *ricostruzione* della medesima esperienza giuridica e persino di un corpo normativo.<sup>38</sup> Il mutamento è di tale portata che secondo certa dottrina ormai si assisterebbe all’esistenza di un “diritto costituzionale generico”,<sup>39</sup> che passerebbe da un ordinamento all’altro innanzitutto tramite la giurisdizione. La logica del “dialogo tra le corti”, per quanto recentemente

---

<sup>29</sup> M. Rosenfeld, *The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*, 74 *S. Cal. L. Rev.* 1307, 1346 (2001).

<sup>30</sup> A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, cit., 724. Sull’evoluzione del ruolo del giurista e dunque la necessità di ripensarne la formazione, si veda M. Cappelletti, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna, 1994, 150-151.

<sup>31</sup> L. Moccia, *Comparazione e diritto europeo*, cit., 891.

<sup>32</sup> Su queste posizioni si veda M. Rosenfeld, *The Rule of Law*, cit., 1346.

<sup>33</sup> E. Calzolaio, *Il ruolo della giurisprudenza come fonte normativa tra civil law e common law*, in *Contratto e impresa*, 2020, 1449.

<sup>34</sup> P. Grossi, *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, 84.

<sup>35</sup> E. Calzolaio, *Il ruolo della giurisprudenza come fonte normativa*, cit., 1460.

<sup>36</sup> A. Donati, *Rule of Law Common Law lineamenti*, Milano, 2010, 1; F. Viola, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino 2011, 4.

<sup>37</sup> L. Moccia, *Comparazione e diritto europeo*, cit., 964.

<sup>38</sup> Su questo tema, diffusamente, R. Hirschl, *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2014.

<sup>39</sup> D.S. Law, *Generic Constitutional Law*, 89 *Minn. L. Rev.* 652, 652 (2005).

messa in discussione<sup>40</sup> e probabilmente in fase di parziale contrazione, ha attribuito alla funzione giurisdizionale proprio un ruolo di prestito e contaminazione tra i sistemi, che non ha fatto che potenziare il ruolo della giurisprudenza e posizionare il giudice in un ruolo sempre più centrale dell'ordinamento.<sup>41</sup>

All'interno di tali fenomeni appena accennati, i quali hanno senz'altro fortemente caratterizzato i decenni recenti, paiono essersi congiunte istanze diverse, che hanno caricato di plurimi significati il precedente innanzitutto nei Paesi di *common law* ma anche di *civil law*. È nel prisma del *rule of law* che si può sia apprezzare la profondità del contributo di studiosi come Pizzorusso, sia cogliere le torsioni del ruolo del precedente negli ultimi decenni, i quali gli hanno attribuito un valore molto differente in base all'ordinamento e al momento storico. In sostanza, una ripresa del tema del *rule of law* consente di comprendere la convergenza tra ordinamenti di famiglie diverse di cui parla autorevole dottrina italiana, in cosa essa consista e, di converso, cosa sfugga o rimanga opaco del ruolo del precedente sul piano delle fonti nel diritto comparato.

### 3. *Rule of law* e sistema delle fonti: i valori in gioco

Da quando A.V. Dicey ha usato l'espressione *rule of law*, l'impegno della dottrina e l'uso che le istituzioni ne hanno fatto sono innumerevoli.<sup>42</sup> Tra le moltissime evenienze, basti ricordare la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, il *Preambolo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, il *Preambolo allo Statuto del Consiglio d'Europa*, o il *Trattato sull'Unione europea*. Tutto ciò ha aumentato le aspettative nei confronti del concetto, ma ha inevitabilmente contribuito a renderne incerto e persino controverso il perimetro.<sup>43</sup>

Se Dicey è senz'altro il primo teorico quanto il primo responsabile della fortuna dell'idea,<sup>44</sup> sotto il profilo pratico quanto scientifico,<sup>45</sup> non si contano infatti le varietà di interpretazioni, in molti casi profondamente

<sup>40</sup> G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010.

<sup>41</sup> J.H. Merryman, *The Civil Law Tradition*, cit., 157.

<sup>42</sup> Si utilizza qui A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, VIII ed., Londra, 1915.

<sup>43</sup> F. Viola, *Rule of Law*, cit., 1.

<sup>44</sup> M. Loughlin, *The Apotheosis of the Rule of Law*, 89 *Pol. Quart.* 659, 659 (2018).

<sup>45</sup> Ricostruzioni del concetto hanno infatti ricondotto le basi teoriche del *rule of law* ad Aristotele – A. Sajo, R. Uitz, *The Constitution of Freedom*, Oxford, 2017, 302; R.H. Fallon, *The Rule of Law as a Concept in Constitutional Discourse*, 97 *Colum. L. Rev.* 1, 1-2 (1997) – o persino a Platone – Venice Commission, *Report on the Rule of Law*, Adopted by the Venice Commission at its 86<sup>th</sup> plenary session (Venice, 25-26 March 2011), Study no. 512/2009, CDL\_AD(2011)003 rev., Strasburgo 4 aprile 2011, p. 3). Le tematiche inerenti il *rule of law* sono state anche più generalmente ricondotte al fermento culturale dell'antica Grecia (R.A. Stein, *What Exactly Is the Rule of Law*, 57 *Hous. L. Rev.* 185, 187 (2019)).

divergenti, che si sono misurate col significato del *rule of law* e col suo rapporto con i concetti di *Etat de Droit* e di *Rechtstaat*.<sup>46</sup> L'impalpabilità del *rule of law* è addirittura aumentata insieme all'importanza della nozione: il lemma si è caricato di una tale tensione<sup>47</sup> e persino di densità morale al punto che alcuni hanno tentato di sublimarlo trasformando il *rule of law* in un ideale<sup>48</sup> anziché in una categoria ermeneutica. Nessuna soluzione tuttavia sembra aver dissipato le ambiguità o ricondotto ad unità le diverse letture, le cui differenze hanno un impatto non solo sul modo di concepire l'estensione del concetto, ma anche più ampiamente sulle basi del costituzionalismo e, per quanto più preme, sull'inquadramento del ruolo del precedente all'interno degli ordinamenti giuridici. Conviene dunque tornare su alcune delle affermazioni di Dicey per riscontrare, *in nuce*, alcuni aspetti di quanto emergerà più tardi nella dottrina e nella giurisprudenza relativamente al rapporto tra precedente e *rule of law*.

Dicey individua tre fattori nel *rule of law*, che qui si riprendono solo sinteticamente. I) In primo luogo, il *rule of law* esige che nessuno possa subire delle conseguenze giuridiche se non in base ad una sentenza emessa al termine di un processo, nel quale vengono applicate norme conoscibili al momento in cui la condotta era stata commessa. II) Per Dicey – in questo frangente in chiara e forse poco consapevole<sup>49</sup> polemica con gli ordinamenti continentali, che a suo dire assicurano la preminenza delle istituzioni pubbliche sui privati – il *rule of law* richiede che tutti i soggetti dell'ordinamento siano sottoposti alla medesima legge e, in caso di controversie, al medesimo tipo di procedimento giudiziario, e dunque afferma la necessità di assicurare un trattamento egualitario sul piano sia sostanziale sia processuale.<sup>50</sup> III) Infine, per Dicey il *rule of law* impone l'esistenza di idonei strumenti di tutela dei diritti:<sup>51</sup> ed è in questo terzo ambito che Dicey fa emergere il precedente, come una delle due opzioni disponibili.<sup>52</sup> In Gran

---

<sup>46</sup> Commissione di Venezia, *Report on the Rule of Law*, 4 aprile 2011, studio n. 512/2009, p. 3. Sul rapporto tra *rule of law*, *Rechtstaat* ed *Etat de droit* si veda diffusamente M. Rosenfeld, *The Rule of Law*, cit., 1318, M. Loughlin, *The Apotheosis of the Rule of Law*, cit., 662, R. Bin, Stato di diritto, in *Enciclopedia giuridica, Annali IV*, 2011, 1153, e S. Bartole, *The Internationalisation of Constitutional Law*, Oxford-New York, 2020, 13.

<sup>47</sup> M. Loughlin, *The Apotheosis of the Rule of Law*, cit., 662.

<sup>48</sup> R.A. Stein, *What Exactly Is the Rule of Law*, cit., 201 ("The rule of law, I suggest, is an ideal, a goal, something to be strived for. As an ideal, it is never fully achieved."); J.A. Grant, *The Ideals of the Rule of Law*, 37 *Ox. J. L. St.* 383, 383 (2017).

<sup>49</sup> Sovente si ritiene che Dicey abbia sottostimato lo sviluppo di un apparato giuridico pubblicistico destinato all'amministrazione britannica, che poi è stato ritenuto non troppo divergente da quello emerso nel secondo Ottocento nell'Europa continentale. Si vedano P.W. Hogg, C.F. Zwibel, *The Rule of Law in the Supreme Court of Canada*, 55 *U. Toronto L. J.* 715, 716 (2005), o S. Cassese, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1990, 79-80.

<sup>50</sup> Si veda M. Loughlin, *The Apotheosis of the Rule of Law*, cit., 659.

<sup>51</sup> Su questo convenivano autori come Fortescue e Coke: H.K. Lucke, *The Common Law as Arbitral Law*, 8 *Adel. L. Rev.* 229, 249 (1982).

<sup>52</sup> In alcune parti del testo, Dicey senz'altro sembra confinare l'area di pertinenza del *rule of*

Bretagna, egli afferma, le corti tutelano i diritti degli individui attraverso una dimensione prettamente giudiziaria, che offre protezione sulla base di quanto deciso dai giudici nelle loro sentenze anteriori, mentre nell'Europa continentale i diritti ottengono protezione sulla base di principi contenuti in costituzioni scritte.<sup>53</sup>

Se ci si arresta a queste considerazioni, paiono confermate le diagnosi dei molti protagonisti della dottrina contemporanea, i quali hanno individuato nella seconda metà del Novecento una confluenza tra quei due modelli: ossia da quando il peso del precedente si è caricato di significato nel Continente, trovando spesso impreparati i giudici,<sup>54</sup> mentre negli ordinamenti di *common law* è emersa con forza l'importanza del diritto legislativo, tanto da far parlare alcuni di una "età della legislazione",<sup>55</sup> rispetto alla quale la tradizione di giuristi cresciuti nel *common law* ha specularmente tradito una comprensibile immaturità.<sup>56</sup> Dicey, tuttavia, con queste sue considerazioni offre alcune chiavi di lettura che possono consentire di procedere più in profondità e apprezzare come il valore del precedente si articoli diversamente nei due modelli di *civil law* e di *common law*.

Dicey infatti pone in evidenza come il *common law* – ossia il diritto generato dalle sentenze delle corti – abbia dato vita ad un *corpus* di norme che tutelano i diritti.<sup>57</sup> Il *common law* dunque non è per Dicey semplicemente uno stile giudiziario, ma un vero e proprio ambito dell'ordinamento – uno spazio che contiene alcune tutele di diritti individuali. L'idea di un diritto giurisprudenziale a tutela dei diritti individuali che per Dicey è un vanto del sistema di *common law* – e che poi paradossalmente la Commissione di Venezia criticherà come incapace di opporsi al potere legislativo che lo sovrasta<sup>58</sup> – rimane profondamente radicata nei sistemi basati su quel modello, tanto da

---

*law* soltanto all'Inghilterra a causa del suo approccio rimediale, basato sulle sentenze con efficacia normativa. Tuttavia egli stesso successivamente nota che "[t]he rule of law is as marked a feature of the United States as of England" (A.V. Dicey, *Introduction*, cit., 119), attribuendo in tale circostanza il carattere di *rule of law* a un ordinamento di stampo consuetudinario e giurisprudenziale quanto a uno che adotta una costituzione scritta, rigida e con una lista di diritti esplicitamente enumerati (Dicey in questo frangente si disinteressa del fatto che entrambi i sistemi abbiano radici nel *common law*).

<sup>53</sup> Dicey lasciava trasparire una maggiore considerazione per il sistema sviluppatosi intorno al modello di *common law* rispetto ai modelli di *civil law*. Si vedano P.W. Hogg, C.F. Zwibel, *The Rule of Law in the Supreme Court of Canada*, cit., 716.

<sup>54</sup> R. Siltala, *A Theory of Precedent*, Oxford-Portland, 2000, 249.

<sup>55</sup> G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge (Mass.), 1982; si veda anche M. Kirby, *Precedent Law, Practice and Trends in Australia*, 28 *Austr. Bar Rev.* 243, 243 (2007).

<sup>56</sup> R. Pound, *Book Review: Precedent in English and Continental Law. An Inaugural Lecture Delivered before the University of Oxford*, 48 *Harv. L. Rev.* 863, 867 (1935): "Handling of legislative texts is the weakest point in our common-law technique of decision". Si veda anche D.G. Baird, *Common Law Judging in an Age of Statutes*, 87 *U. Chi. L. Rev.* 2321, 2321 (2020).

<sup>57</sup> F. Viola, *Rule of Law*, cit., 1; L. Moccia, *Comparazione e diritto europeo*, cit., 220; L. Mezzetti, *Tradizioni giuridiche e fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 200-201.

<sup>58</sup> Commissione di Venezia, *Report on the Rule of Law*, cit., 4.

essere puntualmente avvertita anche in tempi e luoghi successivi come l'Australia di fine Novecento.<sup>59</sup>

Già queste brevi osservazioni sul *rule of law* consentono di riconsiderare quanto visto sopra relativamente alla progressiva congiunzione dei sistemi di *civil law* e *common law*. Innanzitutto, in Dicey il precedente è un aspetto *peculiare* del *common law*, non un elemento costitutivo dell'esperienza giuridica: si tratta di una posizione dunque molto diversa da quella di Gorla e persino di Pizzorusso, che vedono nel precedente un tratto caratterizzante differenti modelli. In secondo luogo, Dicey non parla del precedente come di uno strumento semplicemente per giudicare o per regolare le condotte individuali e sociali. Non è infatti un elemento necessario e tuttavia neutro di un sistema giuridico: al contrario, è un fattore di tutela sostanziale, in quanto in esso si ritrovano *diritti individuali*.<sup>60</sup> Il *common law* e il suo rispetto per il precedente costituiscono dunque degli elementi di resistenza all'arbitrio, sia nei confronti della pubblica amministrazione che dei privati<sup>61</sup> – e, per alcuni commentatori, persino del legislatore.<sup>62</sup> Questi profili catturano lo stato di evoluzione del *common law* al momento in cui viene descritto da Dicey, ma avranno un'eco ben più duratura.

#### 4. Il *common law* di Dicey

All'interno del *common law* le fasi storiche assumono un ruolo decisivo nella comprensione dello *stare decisis*. Come noto, l'ordinamento inglese *in primis* ha vissuto una varietà di periodi, all'interno dei quali il precedente ha acquisito spessore diverso. Il medesimo Dicey scriveva in un periodo di forte travaglio. Egli descriveva un *common law* che fino a poco prima era stato malleabile, aveva impegnato i giudici in interpretazioni ariose dei precedenti, volte a coglierne l'orientamento più che una specifica e puntuale regola, e rispetto ai quali i giudici non erano in una posizione di subalternità. In particolare, se il precedente aveva già una funzione verticale, con le decisioni dei giudici di ultima istanza vincolanti per le corti inferiori, pena la revisione delle sentenze di questi ultimi in grado d'appello, è soprattutto nel secondo Ottocento, mentre Dicey scriveva, che è venuta ad irrobustirsi nel *common law* la valenza orizzontale del precedente, ossia la sua forza normativa nei

---

<sup>59</sup> L. Zines, *The Common Law in Australia: Its Nature and Constitutional Significance*, 32 *Fed. L. Rev.* 337, 347 e 351 (2004).

<sup>60</sup> E. Santoro, *The Rule of Law and the 'Liberties of the English': The Interpretation of Albert Venn Dicey*, in *The Rule of Law* a cura di P. Costa, D. Zolo, Dordrecht, 2007, 161, evidenzia come questa concezione fosse rivolta a tutelare i diritti nei confronti dell'esecutivo, ma non del legislativo.

<sup>61</sup> Sulla resilienza di questo aspetto si veda D. Zolo, *The Rule of Law: A Critical Reappraisal*, in *Id.*, 30-31.

<sup>62</sup> A. Sajo, R. Uitz, *The Constitution of Freedom*, *cit.*, 308, enfatizzano il tentativo di Dicey di riconciliare diritto e sovranità parlamentare, in ultima analisi contenendo quest'ultima a favore del primo.

confronti della stessa autorità giurisdizionale che l'ha emanato.

Attraverso i secoli il sistema delle azioni nell'Ottocento si era finalmente strutturato sulla base di formalizzati *claims*, non negoziabili tra le parti.<sup>63</sup> I giudici, e non osservatori esterni, ormai annotavano le proprie sentenze,<sup>64</sup> con una sufficiente precisione affinché si potessero individuarne esattamente i contorni e dunque i giudici successivi fossero in grado di farvi riferimento: questo consentiva al singolo giudice di spostare la propria attenzione dalla ricerca di un generico orientamento tra le sentenze anteriori all'individuazione di un precedente specifico, da prendere a riferimento per la propria decisione. Il percorso del precedente si sarebbe concluso soltanto nel 1898, tredici anni dopo la comparsa della prima edizione del volume di Dicey, quando la *House of Lords* avrebbe dichiarato un proprio precedente così vincolante da non poterlo successivamente rivedere.<sup>65</sup>

Dicey è intervenuto nel momento in cui i fattori appena accennati hanno consentito di assorbire il sistema dello *stare decisis* all'interno dell'ideologia liberale. Un sistema di precedenti fisso, non alterabile e precisamente individuato in singole sentenze, veicolava infatti il ferreo rispetto di quanto già deciso in precedenza, garantendo la massima prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle condotte individuali.<sup>66</sup> Quest'ultima era funzionale alle esigenze tipiche del mondo economico dell'epoca liberale, che in tal modo trovava le condizioni ottimali per la programmazione dei propri affari.

Il sistema dei precedenti congegnato alla fine dell'Ottocento in Inghilterra rispondeva dunque alle esigenze di tutelare i diritti di proprietà e gli scambi commerciali, su quali si era del resto nel frattempo innestata la cultura giuspositivistica di Bentham<sup>67</sup> e Austin.<sup>68</sup> Questi autori, preoccupati di limitare la discrezionalità e l'imprevedibilità giudiziaria, non erano riusciti nel loro tentativo di sovvertire la tradizione anglosassone e il suo baricentro giurisdizionale con un impianto codicistico, che avrebbe dovuto assicurare una "definitiva, coerente e sistematica" esposizione del sistema normativo;<sup>69</sup> essi erano tuttavia stati capaci di influenzare la cultura giuridica riguardo alla necessità di assicurare una stabilità e una chiarezza nell'attività

---

<sup>63</sup> N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, 2008, 25.

<sup>64</sup> J.P. Dawson, *The Oracles of the Law*, Westport, 1968, 80.

<sup>65</sup> *London Tramways Co. v London County Council* [1898] AC 375.

<sup>66</sup> "The common law experienced a crisis in the middle of the eighteenth century. Britain's rapid economic growth led many observers to conclude that English law was unfit for a modern commercial society... Judges and lay observers lamented the law's uncertainty, while a surge of parliamentary activity raised new questions about the role of courts and legislation in reforming the law": C.R. Burset, *Advisory Opinions and the Founders' Crisis of Legal Authority*, 18 agosto 2020, in *SSRN*, 39-40.

<sup>67</sup> H.K. Lucke, *The Common Law as Arbitral Law*, *op. cit.*, 229.

<sup>68</sup> Sul parallelismo tra lo sviluppo di queste idee e il liberalismo, si veda D. Lieberman, *The province of legislation determined*, Cambridge, 1989, 79.

<sup>69</sup> A.P. Morriss, *Codification and Right Answers*, 74 *Chi.-Kent L. Rev.* 355, 356 (1999).

giurisdizionale.<sup>70</sup> Se in particolare Austin non credeva alla finzione di un diritto “rinvenuto” dal giudice, ma piuttosto fabbricato da quest’ultimo,<sup>71</sup> tale opinione, all’interno dello schema di pensiero liberale, non suggeriva di esplicitare tale libertà creativa delle corti, ma piuttosto di contenerla: se non era possibile farlo tramite lo strumento della legislazione, come auspicato dai due teorici, conveniva orientarsi verso un precedente specifico e granitico.

Negli Stati Uniti, considerazioni almeno parzialmente analoghe sospingevano nel frattempo l’esigenza di codificazione sul piano statale, che nel federalismo americano occupa ancora buona parte del diritto privato e dunque della regolazione delle attività economiche. La prospettiva della codificazione del diritto statale negli Stati Uniti è rimasta a lungo una questione aperta, poiché avrebbe avuto il benefico effetto di mettere fine ai contrasti giurisprudenziali, assicurare la conoscibilità del diritto applicabile ed evitare la trasformazione dei giudici in creatori di diritto:<sup>72</sup> tra i tanti progetti sviluppatasi in questo scenario, vale menzionare almeno quello del codice civile per lo Stato di New York, che mirava a sostituire un coacervo di circa due milioni di regole di *common law*, prive di sistematicità e contraddittorie, con una disciplina coerente e uniforme.<sup>73</sup>

Il precedente dunque ha assunto una fisionomia compiuta solo dopo una protratta fase di stabilizzazione, grazie a trasformazioni istituzionali e all’ideologia liberale, per conservarsi sostanzialmente fino all’epoca attuale. La sua configurazione da allora consiste nella *ratio decidendi* – o, nella versione statunitense, nell’*holding* – di una decisione giudiziaria,<sup>74</sup> da cui viene invece espunto il *dictum*, ossia quanto è contenuto nella sentenza ma non incide nel contenuto della decisione. Il precedente esprime vigore normativo nei confronti dei casi simili che vengano in rilievo nelle corti successivamente all’emanazione del precedente. Poiché quest’ultimo non ha valore normativo se non nel perimetro dei casi analoghi, un ruolo centrale è assegnato ai fatti: essi permettono infatti di distinguere l’area di applicabilità delle decisioni esistenti.

Se il *rule of law* di Dicey ha recepito il precedente inglese fine-ottocentesco, esso nondimeno ha espresso istanze più vaste. A prescindere dalla forza specifica del precedente, infatti, il *rule of law* esige che ai casi già decisi sia conferita quantomeno una valenza *orientativa*. Infatti il giudice non può non tenere conto di quanto deciso in precedenza, al fine di assicurare il principio di uguaglianza – in questo caso inteso in senso diacronico – che pure è innestato nel *rule of law*. Quest’esigenza pare ritrovarsi in chi ha

---

<sup>70</sup> H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, II ed., Oxford, 2004, 245.

<sup>71</sup> J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Londra, 191. Si veda anche H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 *Harv. L. Rev.* 539, 609 (1958).

<sup>72</sup> A.P. Morriss, *Codification and Right Answers*, cit., 369.

<sup>73</sup> *The Civil Code of the State of New York*, 2 *Alb. L.J.* 385, 408 (Nov. 19, 1870); citato in A.P. Morriss, *Codification and Right Answers*, cit., 385.

<sup>74</sup> P. Jaffey, *Two Ways to Understand the Common Law*, 8 *Jurisprudence* 435, 438 (2017).

sostenuto la valenza “persuasiva” del precedente come Pizzorusso, che ha intravisto quest’atteggiamento deferente nei confronti del precedenti nella “intera tradizione giuridica occidentale”,<sup>75</sup> e ha esplicitato i requisiti della persuasività, declinandoli nella “autorevolezza dell’autorità che ha pronunciato la decisione”, nel “carattere più o meno convincente delle argomentazioni” e in “ogni altro fattore che possa essere richiamato per indurre il giudice che si trovi a decidere un caso simile”.

Se l’aspetto persuasivo e quello vincolante sono entrambi connessi al *rule of law*, essi comunque non coincidono. In effetti il precedente può avere una forza *vincolante* in alcuni ordinamenti in quanto si impone non per la sua razionalità, ma per il fatto stesso di essere stato deciso. Vi è in verità persino una potenziale tensione tra l’aspetto persuasivo e quello vincolante: la vincolatività del precedente emerge proprio in quanto costringe il giudice a rendere un certo giudizio *nonostante* egli non ne sia persuaso.<sup>76</sup> E questo è in effetti l’approdo cui il *common law* nella sua culla inglese è giunto alla fine dell’Ottocento.

Se, come si vedrà più avanti, nessuna Corte oggi giorno si sente *assolutamente vincolata* dal precedente, come accadeva alla *House of Lords* tra la fine dell’Ottocento e gli anni Sessanta del Novecento, il precedente comunque esprime nei regimi di *common law* ancora un profilo vincolante e non semplicemente persuasivo. Esso infatti attribuisce un forte onere motivazionale al giudice posteriore che intenda superare il precedente: questi deve offrire un’accurata analisi delle ragioni che lo spingono a contraddire quanto già deciso. In questo senso, la necessità di certezza e di non frustrare le aspettative rimane ancora un cardine essenziale del precedente, che non ha semplicemente una funzione orientativa che incoraggi il giudice a seguire casi già decisi.

Il grado vincolante del precedente di *common law* non è il solo ad avere tenuto nel tempo, rispetto a quanto scriveva Dicey. Altri profili dell’infrastruttura e della medesima cultura giuridica nella quale affondava le radici il suo pensiero si sono mantenuti a lungo o sono ancora esistenti, e contribuiscono alla comprensione del ruolo del precedente quanto delle sue torsioni. Nonostante, come visto sopra, la *Commissione di Venezia* ritenga debole una protezione dei diritti fondamentali custoditi dal *common law*, quest’ultimo ha tuttora una forte reputazione di tutela dell’individuo all’interno della cultura giuridica emersa in Inghilterra. Del resto, si tratta di una tradizione di lunghissima durata: dalla Magna Carta in poi,<sup>77</sup> una forte

<sup>75</sup> A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, cit., 709.

<sup>76</sup> F. Schauer, *Why Precedent in Law (and Elsewhere) Is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy*, in *Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives*, a cura di C. Dahlmann, E. Feteris, Dordrecht-Heidelberg-New York-Londra, 2013, 50.

<sup>77</sup> Gianluigi Palombella, *The Rule of Law as an Institutional Ideal*, in L. Morlino-Id., *Rule of Law and Democracy. Inquiries into Internal and External Issues*, Brill, Leiden, 2010, 17. T. Bingham, *The Rule of Law*, Londra, 2010, 12 individua nella Magna Carta “the rule of law in embryo”. La centralità della Magna Carta emerge anche in M. Gobbo, *Periodi, contesti e tradizioni*

protezione dei diritti individuali è rimasta assegnata alle corti e alla loro giurisprudenza,<sup>78</sup> con poche deviazioni anche in altre aree dove il *common law* ha attecchito, come il Canada<sup>79</sup> o l'Australia.<sup>80</sup>

La tensione a tutelare i diritti ha effettivamente innervato lo sviluppo del *common law* tramite la formazione di una corposa sezione di tutele sostanziali, elaborate nella prospettiva rimediale.<sup>81</sup> Tali tutele giurisprudenziali sono state ascritte al *rule of law* non solo da Dicey ma più tardi da Hayek;<sup>82</sup> esse hanno ricevuto persino il plauso di un osservatore come Radbruch, che lodava il *common law* per la capacità di contenere i potenziali abusi del potere politico.<sup>83</sup> Alla fine degli anni Settanta del Novecento, l'accademia britannica riconosceva ancora che una larga "porzione di ciò che un cittadino" considerava "essere i suoi diritti e libertà costituzionali" giungeva "dalle corti di *common law* che avevano tratto, sulla base dei principi e della tradizione, di caso in caso, ciò che chiunque da[va] per scontato."<sup>84</sup> Tale lista contemplava una serie di tutele fondamentali, come "la presunzione d'innocenza, il diritto al giusto processo o di esimersi da testimoniare a proprio danno, il *ne bis in idem*, il requisito generale della *mens rea*, il divieto generale di retroattività, l'obbligo di rispettare il diritto internazionale, la libertà personale, di espressione e associazione".<sup>85</sup> Il fatto che la giurisprudenza inglese avesse già sviluppato tali diritti e principi ha avuto storicamente l'effetto pratico di ridurre lo spazio in cui il Parlamento britannico ha esercitato la sua sovranità, giacché su questi aspetti chiave sussistevano già delle forme di tutela.<sup>86</sup> Su posizioni non troppo diverse si sono situati del resto il diritto australiano e canadese: quest'ultimo, ad esempio, ha continuato a riconoscere l'esistenza di un *common law* protettivo

---

giuridiche nell'evoluzione del diritto costituzionale europeo. Spunti per un percorso storico-diacronico, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 295, 298 (2019), numero speciale.

<sup>78</sup> D. Zolo, *The Rule of Law*, cit., 16.

<sup>79</sup> Sull'emersione dell'idea dei diritti contenuti nel *common law* come strumento di tutela nella giurisprudenza di fine Novecento della Corte suprema canadese, si veda M.D. Walters, *The Common Law Constitution in Canada: Return of Lex Non Scripta as Fundamental Law*, 51 *U. Toronto L. J.* 91, 91 (2001).

<sup>80</sup> A. Gray, *The Common Law and the Constitution as Protectors of Rights in Australia*, 39 *Common Law World Review* 119, 119 (2010).

<sup>81</sup> H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, op. cit., 241-242.

<sup>82</sup> F.A. Hayek, *The Road to Serfdom*, Londra, 1962, 63 (relativamente alle limitazioni al potere imposte dal *rule of law* egli osservava che "whatever it takes, any ... recognized limitations of the powers of legislation imply the recognition of the inalienable right of the individual, inviolable rights of man"). Per letture valorizzatrici del ruolo delle tutele giurisdizionali rispetto ai diritti individuali, in tempi più recenti, si vedano D. Lyons, *Ethics and the Rule of Law*, Cambridge, 1984, 194, o A. Lahav, *In Praise of Litigation*, New York, 2017, 115.

<sup>83</sup> G. Radbruch, *Lo spirito del diritto inglese*, Milano, 1962, 25 e 28.

<sup>84</sup> Lord Wilberforce, *The Need for a Constitution in the United Kingdom*, 14 *Isr. L. Rev.* 269, 271 (1979).

<sup>85</sup> *Id.*, 271-272.

<sup>86</sup> *Id.*, 273.

dei diritti fondamentali.<sup>87</sup> Il diritto israeliano,<sup>88</sup> infine, ha identificato solo nel 1992 nelle due *Basic Laws* relative rispettivamente alla libertà e dignità umana e all'occupazione un momento chiave nella transizione dei diritti di libertà nella sfera del diritto scritto, dopo interi decenni di protezione offerta dal *common law* di matrice inglese.<sup>89</sup>

L'enfasi sulla funzione protettiva del *common law* nei confronti dei diritti fondamentali ha dunque assegnato contemporaneamente sulla materia un ruolo centrale ai giudici e un ambito limitato al legislatore, innanzitutto in Gran Bretagna.<sup>90</sup> Questa divisione dei ruoli è stata protetta a lungo dalla coesistenza di funzioni legislative e giudiziarie nella *House of Lords*, la quale ha utilizzato la sua duplice natura per lasciare ai giudici il compito di dirimere pretese individuali, mentre ha affidato alle istituzioni politiche il ruolo di introdurre delle vere e proprie *policies*. Né la subordinazione del *common law* alla volontà del legislatore ha del resto estinto quest'approccio, nonostante le preoccupazioni della *Commissione di Venezia*. La giurisprudenza britannica ha infatti sviluppato una sensibilità particolarmente protettiva delle tutele assicurate dal *common law* nei confronti della *statutory legislation*,<sup>91</sup> quando quest'ultima ha progressivamente preso sempre più spazio anche in Gran Bretagna. Tramite itinerari interpretativi volti a proteggere le libertà contenute nel *common law*, i giudici britannici hanno infatti adottato la presunzione che, a meno di esplicite intenzioni diverse, il legislatore parlamentare non intenda incidere su diritti tutelati dal *common law*.<sup>92</sup>

Nel *rule of law* di Dicey sono dunque confluiti degli elementi destinati ad incidere profondamente nel modo di concepire non solo il precedente, ma anche altri aspetti fondanti del costituzionalismo contemporaneo, come la tutela dei diritti e il rapporto tra l'attività giurisprudenziale e quella

---

<sup>87</sup> *Coco v. The Queen* (1994) 197 CLR 427, 435; L. David, *Stare Decisis, the Charter and the Rule of Law in the Supreme Court of Canada*, Toronto, 2020, 40. Nota G. Romeo, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, 2020, 103, come sia "generalmente sconosciuta al sistema australiano una compiuta teoria costituzionale del diritto, ossia l'idea che la *higher law of the Land* sia capace di esprimere valori e principi fondamentali che permeano tutto l'ordinamento giuridico".

<sup>88</sup> Lord Wilberforce, *The Need for a Constitution*, *op. cit.*, 271.

<sup>89</sup> Aharon Barak, in *United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative College*, 9 novembre 1995, CA 6821/93: "the enactment of two new Basic Laws is an important stage in the development of a constitution, and in the transformation of values that constitute part of our *common law*, as an expression of precedent, into *statutory law* of privileged and unique status".

<sup>90</sup> D.M. Somma, *Albert Venn Dicey. Il costituzionalismo britannico nell'età vittoriana*, in *Common Law. Protagonisti e idee nella storia di un sistema giuridico*, a cura di A. Torre, Santarcangelo di Romagna, 2015, 246.

<sup>91</sup> Si veda E. Santoro, *The Rule of Law and the 'Liberties of the English': The Interpretation of Albert Venn Dicey*, in *The Rule of Law*, *cit.* 178: "The dominant principle ... is that common law has a broader scope and is more fundamental than the statutes passed by Parliament, and therefore whenever possible ... legislative enactment should be construed in harmony with established common law principles rather than in antagonism to them".

<sup>92</sup> L. Sirota, *A Citizen's Guide to the Rule of Law*, in *Constitutional Democracy Under Stress: A Time for Heroic Citizenship*, a cura di P.L. Biro, Oakville, 2020, 117-118.

legislativa, soprattutto nei paesi di *common law*. Questi ultimi, come si vedrà più avanti, hanno acquisito un'importante distinzione tra l'attività nomopoietica e quella ermeneutica, con effetti rilevanti sull'interpretazione del diritto proveniente dal Parlamento rispetto a quanto costituisce la regola nel campo del diritto giurisprudenziale.

Conviene anticipare che un particolare profilo d'interesse nel campo dell'interpretazione è stato rappresentato dall'innovazione giurisprudenziale, che intreccia fortemente il tema del precedente e dell'uguaglianza in senso diacronico. Se su questo aspetto la dottrina italiana si è cimentata spesso sostenendo la centralità del giudice, l'idea di innovare il diritto nei regimi di derivazione britannica si è articolata invece in forme molto differenti tra il diritto legislativo e quello giurisprudenziale, che hanno fatto sostanzialmente leva, da un lato, sulla necessità del *common law* di adattarsi al mutamento sociale e, dall'altro, sulla legittimazione democratica del diritto di derivazione parlamentare, chiamato allo sviluppo delle *policies* e del *welfare state* in accordo con la volontà popolare.

Se le osservazioni di Dicey sul ruolo del precedente e sulla capacità dei giudici di tutelare gli individui erano legate a un contesto che era in via di consolidamento, l'eredità del suo pensiero, tuttavia, è stata ben più ampia. Si passerà dunque a riassumere l'evoluzione del concetto del *rule of law*, per preparare il terreno alla comprensione dei mutamenti del ruolo del precedente nei Paesi di *common law*, nel diritto sovranazionale europeo – il quale ha esercitato una forte influenza nei confronti dei sistemi di *civil law* – e nel diritto italiano.

## 5. Interpretazioni del *rule of law*

Il contributo di Dicey è stato fondamentale sia dal punto di vista terminologico quanto teoretico. Se il *rule of law* è divenuto ora una parola-*passépartout*,<sup>93</sup> forse troppo utilizzata per mantenere un nitore concettuale e una chiarezza di confini, ha però acquisito il valore di unità di misura della qualità – se non la cartina di tornasole dell'esistenza stessa – di un ordinamento giuridico.<sup>94</sup> A decenni di distanza da quando la *Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo* ha accolto il *rule of law* nel suo preambolo, l'assemblea generale delle Nazioni Unite nel 2006 lo ha collocato

---

<sup>93</sup> R.H. Fallon, *The Rule of Law as a Concept*, *op. cit.*, 1. M. Rosenfeld, *The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*, *op. cit.*, 1309, il quale nota che “there is not consensus on what ‘the rule of law’ stands for, even if it is fairly clear what it stands against”. Rileva J.A. Sempill, *Rule's Sword, Citizen's Shield: The Rule of Law & the Constitution of Power*, 31 *Journal of Law & Politics* 333, 336 (2016), che accanto a questa espressione si rinvengono altri concetti ugualmente fortunati ma che spesso si riferiscono ad un nucleo di principi sovrapponibili, tra cui “impero della legge”, “legalità”, “costituzionalismo” o “governo secondo la legge”.

<sup>94</sup> R.H. Fallon, *The Rule of Law as a Concept*, *op. cit.*, 1-2, il quale nota come “Respect for the Rule of Law is central to [the American] political and rhetorical traditions, possibly even to [the American] sense of national identity”.

nuovamente al centro della sua attenzione, ponendolo accanto ai diritti umani e alla democrazia tra i “valori universali e indivisibili” che muovono l’organizzazione.<sup>95</sup>

Il consenso tra gli interpreti del *rule of law* difficilmente riguarda il suo contenuto. Sembra sussistere una concordanza di vedute sulla necessità che gli individui debbano rispondere alle istituzioni solo sulla base di norme rese pubbliche, sul fatto che il potere normativo e quello giudiziario debbano rimanere distinti e che il principio di uguaglianza renda tutti – sia nei rapporti privati, sia tra i singoli e la pubblica amministrazione<sup>96</sup> – ugualmente soggetti alla legge.<sup>97</sup> A parte questi punti nodali ritenuti piuttosto indiscussi, che in definitiva attribuiscono al concetto lo scopo di “proteggere nei confronti dell’anarchia e della guerra hobbesiana di tutti contro tutti”, di “consentire alle persone di pianificare i loro affari con la ragionevole fiducia di conoscere in anticipo le conseguenze giuridiche di varie azioni” e di tutelare “almeno nei confronti di alcuni tipi di arbitrio dei pubblici poteri”,<sup>98</sup> non pare verificarsi una condivisione sostanziale.

Del resto è già la medesima nozione di *rule of law*, come già teorizzata da Dicey, che custodisce due letture alternative, capaci di imprimere due movimenti diversi al sistema giuridico. Queste versioni non costituiscono semplici variazioni l’una dell’altra, ma paiono situarsi concettualmente in punti molto distanti.<sup>99</sup> Dicey ha dato la stura a queste ricostruzioni includendo nella sua concezione di *rule of law* elementi sostanziali quanto formali. Quest’ambivalenza del resto probabilmente ha fatto parte dell’attrattività del concetto stesso:<sup>100</sup> vi erano presenti elementi formali o procedurali come i principi di uguale soggezione alla legge, di prevedibilità delle norme, della tutela giurisdizionale; nel frattempo vi era una – seppur non meglio identificata – area di diritti individuali, tutelata dalle corti tramite le loro sentenze e trasmessa da un giudice all’altro attraverso i precedenti. Una tale tensione tra l’aspetto formale, quello procedurale e infine sostanziale del *rule of law* avrebbe diviso i giuristi che si sarebbero occupati del tema.

<sup>95</sup> Risoluzione dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite 61/39, 18 dicembre 2006, *The Rule of Law at the National and International Levels*.

<sup>96</sup> P. Gowder, *The Rule of Law in the Real World*, New York, 2016, 7.

<sup>97</sup> M. Rosenfeld, *The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*, *op. cit.*, 1307. Si vedano P.W. Hogg, C.F. Zwibel, *The Rule of Law in the Supreme Court of Canada*, *cit.*, 716.

<sup>98</sup> R.H. Fallon, *The Rule of Law as a Concept*, *cit.*, 7-8.

<sup>99</sup> Si vedano P.W. Hogg, C.F. Zwibel, *The Rule of Law in the Supreme Court of Canada*, *cit.*, 717.

<sup>100</sup> Gli aspetti sostanziali non erano ignoti neanche alla nozione parallela continentale di *Rechtsstaat*. Lo mette in luce Radbruch nella sua analisi dello sviluppo dell’idea di statualità nella fase del liberalismo tardo-settecentesco: G. Radbruch, *Einführung in die Rechts-Wissenschaft*, a cura di K.F. Koehler, Stoccarda, 1964, 60. Sulle evoluzioni successive, in senso illiberale, del *Rechtsstaat*, si veda, *ex multis*, M. Rosenfeld, *The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*, *op. cit.*, 1319-1320.

## 5.1. Il contributo di Dicey e le reinterpretazioni del secondo Novecento

Il tema riguardante il perimetro del *rule of law* non è di natura meramente dottrinale, ma ha anzi profonde implicazioni, soprattutto per il modo di intendere il precedente e il ruolo della giurisdizione nello sviluppo del sistema delle fonti e nell'evoluzione di un ordinamento. Conviene individuare le diverse inclinazioni che il concetto ha preso nell'analisi successiva, per poi concentrarsi su alcune torsioni più recenti, che possono presentare dei punti di sintesi e riconciliazione delle diverse prospettive.

Sebbene tutti maturati nel grande bacino di *common law*, varicapiscuola e punti di riferimento giurisprudenziali, spinti da molteplici mutamenti politici ed istituzionali,<sup>101</sup> hanno preso strade molto diverse, alcune focalizzate sugli aspetti formali, altre ricomprendenti aspetti procedurali, altre infine impegnate a equilibrare tali aspetti formali con alcuni profili contenutistici.<sup>102</sup> In generale, come si vedrà, le letture formalistiche, o contenute (“*thin*”),<sup>103</sup> tendono a limitare l'espansione del *rule of law* per preservarne una identificabilità rispetto ad altri valori di rilievo, con un movimento opposto al profilo sostanzialistico o denso (“*thick*”), che al contrario mira ad un'interpretazione maggiormente integrata di valori fondamentali del costituzionalismo,<sup>104</sup> *in primis* il principio democratico e il rispetto dei diritti fondamentali.

## 5.2. Le interpretazioni formalistiche e procedurali

L'atteggiamento interpretativo di tipo formale ha delimitato fortemente la portata del concetto. In alcuni casi, ha persino ristretto lo spazio originariamente assegnatogli da Dicey, come accaduto in una ormai celebre e molto discussa pronuncia della Corte suprema canadese, probabilmente l'esempio più estremo di questa inclinazione. Operando all'interno del quadro del *rule of law* cui si richiama esplicitamente il Preambolo della *Carta canadese*

---

<sup>101</sup> S. Breyer, *The Court and the World*, New York, 2015, 275 (“rule of law ... [t]he words embodying those values must be general, for even though the values do not change over time, the circumstances to which they apply change often”).

<sup>102</sup> Jeremy Waldron, *The Rule of Law and the Importance of Procedure*, in *Getting to the Rule of Law*, a cura di J.E. Fleming, New York, 2011, 8-10, mette in luce come inizialmente la dicotomia contrapponesse formalismo a sostanzialismo, cui egli propone l'aggiunta di una dimensione procedurale, o “istituzionale” (*ibidem*, 14). Si veda anche R. West, *The Limits of Process*, *Ibidem*, 2011, 35.

<sup>103</sup> F. Viola, *Rule of Law*, *cit.*, 2-3, pare sostenere che la riduzione agli elementi formali del concetto fosse determinata dall'esigenza di tradurlo in maniera applicabile ai paesi di *civil law* – tuttavia l'importante contributo di anglosassoni e il loro interesse per le caratteristiche proprie del *common law* non pare deporre per questa tesi.

<sup>104</sup> M. Rosenfeld, *The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*, *op.cit.*, 1307, definisce il *rule of law* “a cornerstone of contemporary constitutional democracy.” J. Laws, *The Constitutional Balance*, Oxford, 2021, 15, nota che le divergenze tra i teorici dell'impostazione sostanzialista sono spesso in disaccordo perché piegano il concetto alla loro teoria della costituzione preferita.

*dei diritti e delle libertà*, con *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*,<sup>105</sup> tale Corte ha offerto una lettura del *rule of law* particolarmente angusta, negando che tale nozione contenga una varietà di aspetti che già Dicey le attribuiva. Con quella decisione la Corte ha infatti sconfessato una serie di importanti requisiti risalenti a Dicey, ossia che *i*) la legge debba disporre solo per l'avvenire, *ii*) che essa sia generale, *iii*) che non conferisca speciali privilegi al governo e *iv*) che assicuri un giusto processo a tutela degli interessi coinvolti.<sup>106</sup> Quel che è più interessante è forse l'argomento utilizzato dalla Corte: ricondurre tali requisiti al valore del *rule of law* avrebbe sovrapposto tale concetto a quello di diritti costituzionali<sup>107</sup> e al principio democratico.<sup>108</sup>

Se la preoccupazione della Corte canadese muoveva evidentemente da ragioni comprensibili – ossia evitare un eccessivo allargamento del concetto di *rule of law* – la sua decisione ne ha tuttavia largamente svuotato la portata. Questo non è accaduto invece nelle molte letture di teorici che, pur mantenendo un profilo prevalentemente formale, non hanno mancato di prestare attenzione allo scopo del *rule of law* di limitare le azioni dei governati quanto dei poteri pubblici.<sup>109</sup> Pensatori come Hayek, Fuller e Raz si sono spesi per un approccio formalistico, rinvenendovi beni giuridici di primaria importanza e distintivi della civiltà umana.

Hayek ha formulato una lettura del *rule of law* dominata dalla preoccupazione di assicurare ai singoli la capacità di “prevedere con ragionevole certezza come l'autorità userà i suoi poteri coercitivi ... e di pianificare i propri affari sulla base di tale informazione”.<sup>110</sup> La logica di Hayek era intrisa della necessità di assicurare un solido ancoraggio alle relazioni economiche di stampo capitalistico<sup>111</sup> – preoccupazione che del resto aveva caratterizzato già i primi passi del *rule of law*.<sup>112</sup> In Hayek, l'uguaglianza, la prevedibilità e la tutela giurisdizionale si sono dunque attestate all'interno di un percorso intellettuale volto alla valorizzazione delle relazioni economiche, trovando accoglienza in particolar modo nella giurisprudenza britannica, almeno fino agli anni Ottanta del Novecento.<sup>113</sup>

Più curvato sulla dimensione tecnica e meno sulle implicazioni economiche è stato il contributo di Lon Fuller, che, pur in una prospettiva

---

<sup>105</sup> [2005] S.C.C. 49.

<sup>106</sup> *Id.*, par. 63.

<sup>107</sup> *Id.*, par. 65.

<sup>108</sup> *Id.*, par. 66.

<sup>109</sup> Leonid Sirota, *A Citizen's Guide to the Rule of Law*, *op. cit.*, 105.

<sup>110</sup> F.A. Hayek, *The Road to Serfdom*, Londra, 1962, 54.

<sup>111</sup> *Id.*, 59: “formal equality before the law is in conflict, and in fact incompatible, with any activity of the government deliberately aiming at material or substantive equality of different people ... It cannot be denied that the Rule of Law produces economic inequality”.

<sup>112</sup> P.W. Hogg, C.F. Zwibel, *The Rule of Law in the Supreme Court of Canada*, *cit.*, 716: “In countries [che adottano il *rule of law* come criterio di riferimento] individual liberty is protected and economic development can take place”.

<sup>113</sup> A. Sajo, R. Uitz, *The Constitution of Freedom*, *cit.*, 215.

esplicitamente antipositivista,<sup>114</sup> ha ugualmente promosso una lettura del *rule of law* improntata ai concetti formali di generalità, pubblicità, comprensibilità, stabilità e proiezione delle norme nell'avvenire.<sup>115</sup> All'interno di questi connotati formali tuttavia Fuller ha individuato il fine di tutelare la dignità delle persone: il *rule of law* infatti prescriverebbe che le conseguenze giuridiche delle azioni siano note e prevedibili ai soggetti dell'ordinamento, al fine di consentire loro di pianificare la propria esistenza.<sup>116</sup>

Raz – probabilmente il più importante autore di questa categoria – ha raggiunto conclusioni non troppo dissimili da Hayek e Fuller, seppur attraverso un percorso molto differente. Egli ha in particolare enfatizzato il valore dell'eguaglianza insito nella prescrizione che le norme siano prevedibili di tutti i consociati. In questo sforzo egli ha manifestato un'acuta consapevolezza dei limiti di tale ricostruzione del *rule of law*:<sup>117</sup> evidenziando che uno stato autocratico può rispettare il *rule of law* non diversamente da uno democratico, purché enunci chiaramente le disposizioni normative di cui esige l'obbedienza e che le applichi uniformemente, Raz ha infatti riconosciuto come tale nozione, per quanto essenziale alla civiltà giuridica, non assicuri affatto altri aspetti-chiave di qualsiasi ordinamento, cioè la democraticità e il rispetto dei diritti fondamentali.<sup>118</sup> Anzi, l'uniforme prevedibilità del diritto può persino risultare funzionale all'instaurazione di una dittatura; nella famosa formulazione di Raz, il *rule of law* è ambivalente quanto un coltello affilato: la sua lama è necessaria ad un suo buon uso ma può ugualmente cagionare conseguenze nefaste.<sup>119</sup>

Le considerazioni di Raz trovano eco in Hans Kelsen, il quale si è espresso in maniera pessimistica nei confronti del *rule of law* proprio per il perimetro ristretto della nozione. Preoccupato di assicurare la tutela dell'individuo, Hans Kelsen evidenziava come un *rule of law* così concepito fosse decisamente fragile. Se, secondo Kelsen, il *rule of law* era capace di limitare sostanzialmente – ma non eliminare, data la discrezionalità indissolubilmente connessa all'azione di qualunque istituzione pubblica<sup>120</sup> – l'arbitrio amministrativo e giudiziario, tuttavia risultava inane di fronte

---

<sup>114</sup> L.L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*, 71 *Harv. L. Rev.* 630, 631 (1957).

<sup>115</sup> A. Sajo, R. Uitz, *The Constitution of Freedom*, cit., 305.

<sup>116</sup> Nella descrizione poi offerta da Waldron: "Applying a norm to a human individual is not like deciding what to do about a rabid animal or a dilapidated house ... it embodies a crucial dignitarian idea" (J. Waldron, *The Rule of Law and the Importance of Procedure*, op. cit., 16).

<sup>117</sup> J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford, 210-211.

<sup>118</sup> *Id.*, 220-221.

<sup>119</sup> *Id.*, 225.

<sup>120</sup> H. Kelsen, *La democrazia*, Bologna, 1998, 354-356. Kelsen esprimeva anzi indirettamente una certa meraviglia nei confronti del *common law* inglese, che, a suo dire, conservava una importante discrezionalità a favore dell'azione giurisdizionale, indebolendo in tal modo una delle ragioni fondanti del *rule of law* (*Ibidem*, 358).

all'arbitrio legislativo.<sup>121</sup> Tale sensazione di Kelsen che il *rule of law* non fosse sufficiente a tutelare le persone è emblematica del percorso culturale effettuato da questa nozione. Mentre Dicey ragionava in un contesto istituzionale nel quale il potere legislativo appariva svolgere un ruolo residuale, lasciando la cura dei diritti fondamentali alla giurisprudenza sviluppata autonomamente dalle corti – un'impostazione durata a lungo in diversi ordinamenti gemmati dalla Gran Bretagna – Kelsen avvertiva la limitatezza del *rule of law* di fronte alla capacità del legislatore di calpestare i diritti degli individui: una preoccupazione, come visto, poi condivisa dalla *Commissione di Venezia*.

Sebbene non si attardi sui singoli diritti fondamentali, persino la visione formalista del *rule of law* in Raz non ignora totalmente il rapporto tra potere e individui. L'esistenza di norme pubbliche e accessibili, chiare, non contraddittorie, stabili e applicate uniformemente costituirebbe dunque un requisito di civiltà per un ordinamento,<sup>122</sup> quantunque non esiga propriamente dalle istituzioni politiche una rappresentatività delle istanze sociali e ancor meno un assetto democratico.<sup>123</sup>

Alla riflessione di Hayek, Fuller e Raz si aggiunge infine l'analisi eminentemente procedurale di Jeremy Waldron. In tempi più recenti, questi ha offerto ugualmente un contributo rilevante per la comprensione del *rule of law*, distinguendolo da aspetti sostanziali come democrazia e diritti fondamentali. Waldron infatti ha recuperato l'attenzione per l'aspetto procedurale e giudiziario, evidenziando la necessità che le pretese giuridiche – qualunque esse siano – vengano tutelate tramite un apparato adeguato: un punto fondamentale già per Dicey, che Waldron reputa un fulcro del costituzionalismo contemporaneo di diretta derivazione dal *rule of law*<sup>124</sup> e su cui si tornerà in seguito.

### 5.3. Le interpretazioni sostanzialistiche

La riflessione giuridica contemporanea da tempo tenta una sintesi tra le diverse componenti del costituzionalismo, affidando al *rule of law* un significato comprensivo delle sue diverse anime. Si tratterebbe di ricongiungere diversi aspetti nella nozione dello *Stato costituzionale di diritto* – o meglio del *rule of law-constitutional state*. Questo assommerebbe aspetti formali e sostanziali, comprendendo diritti fondamentali, diritti politici, separazione dei poteri, indipendenza del giudiziario e altre forme di tutela nei confronti di potenziali abusi di potere o conflitti di interesse.<sup>125</sup> Queste letture

<sup>121</sup> *Id.*, 354-356.

<sup>122</sup> L. Sirota, *A Citizen's Guide to the Rule of Law*, *op. cit.*, 109.

<sup>123</sup> B. Ackerman, *Revolutionary Constitutions*, Cambridge (Mass.), 2019, 2-3.

<sup>124</sup> J. Waldron, *The Rule of Law and the Importance of Procedure*, *op. cit.*, 2011, 3 ss. Questa sembra essere anche l'opinione di J. Laws, *The Constitutional Balance*, *op. cit.*, 24-25.

<sup>125</sup> L. Ferrajoli, *The Normative Paradigm of Constitutional Democracy*, 17 *Res Publica* 355, 356 e 360 (2011). Si vedano anche A. Sajo, R. Uitz, *The Constitution of Freedom*, *cit.*, 310 ss., o M.

non rinnegano l'evidente importanza della prevedibilità per il costituzionalismo contemporaneo concepita fin da Dicey,<sup>126</sup> ma piuttosto aggiungono ulteriori elementi di rilievo.

Teorici come Ronald Dworkin hanno apprezzato e sostenuto tali sviluppi, patrocinando una lettura sostanzialistica che colmasse di significato i valori e i principi sottesi al *rule of law*,<sup>127</sup> il quale altrimenti avrebbe semplicemente trasmesso l'esigenza di una "razionalità burocratica e strumentale",<sup>128</sup> focalizzata sull'efficienza.<sup>129</sup> In particolare Dworkin, mettendo a confronto serrato le varie letture del *rule of law*, ha identificato la necessità di incorporare in questo concetto anche un denso strato di principi e diritti individuali, che riteneva dovessero costituire il fulcro delle società politiche.<sup>130</sup> Per Dworkin, una concezione formalista non solo era insufficiente, ma presentava profili contraddittori. Essa, a suo modo di vedere, infragiliva ad esempio il medesimo principio dell'affidamento: un'attenzione puramente rivolta al rispetto dei precedenti avrebbe infatti privato di tutela le parti che avessero visto un precedente, sulla base del quale avevano regolato i propri interessi, rovesciato poiché successivamente ritenuto contrario ad una decisione più risalente.<sup>131</sup>

Una delle più recenti voci particolarmente autorevoli tra i giuristi anglosassoni nel promuovere una lettura sostanzialista del *rule of law* è stata indubbiamente quella di Tom Bingham.<sup>132</sup> La posizione di Bingham ha echeggiato gli sviluppi del diritto internazionale e in particolare delle forme di protezione dei diritti fondamentali sviluppatasi in Europa, nelle quali egli ha visto il rafforzamento del legame tra gli elementi fondanti del

---

Sellers, *An Introduction to the Rule of Law in Comparative Perspective*, in *The Rule of Law in Comparative Perspective*, a cura di Id., T. Tomaszewski eds., Dordrecht, 2010, 4. Su queste posizioni anche F. Viola, *Rule of Law*, cit., 13.

<sup>126</sup> L'importanza della lezione di Dicey si avverte chiaramente nell'affermazione della Corte suprema canadese secondo cui "A written constitution promotes legal certainty and predictability, and it provides a foundation and a touchstone for the exercise of constitutional judicial review" (*Reference Re Secession of Quebec* [1998] 2 R.C.S. 53).

<sup>127</sup> R. Dworkin, *Questioni di principio*, a cura di S. Maffettone, Milano, 1990, 8-9.

<sup>128</sup> J.A. Sempill, *Rule's Sword, Citizen's Shield*, op. cit., 341.

<sup>129</sup> Id., 349.

<sup>129</sup> Id., 349.

<sup>130</sup> R. Dworkin, *Questioni di principio*, op. cit., 9. Si veda anche P. Jaffey, *Two Ways to Understand the Common Law*, op. cit., 441-442.

<sup>131</sup> R. Dworkin, *Questioni di principio*, op. cit., 15. F. Viola, *Rule of Law*, cit., 102, nota che anche John Rawls nella sua *Teoria della giustizia* esprime una visione del *rule of law* curvata sulle libertà.

<sup>132</sup> T. Bingham, *The Rule of Law*, cit., 67, che si proclama "in favour of a 'thick' definition, embracing the protection of human rights within its scope. A state which savagely represses or persecutes sections of its people cannot in my view be regarded as observing the rule of law." La posizione di Bingham è stata poi esplicitamente richiamata e condivisa dal presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo: R. Spano, *The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the judiciary*, *Eur Law J.* 1, 6-7 (2021).

costituzionalismo contemporaneo, che avrebbero confermato il *rule of law* quale “precondizione o un necessario elemento di una vera democrazia e della protezione dei diritti umani”.<sup>133</sup> Bingham ha individuato il nucleo del *rule of law* nella circostanza che “qualunque persona o istituzione dello Stato, pubblica o privata, [sia] vincolata da e [goda] dei benefici stabiliti da norme rese pubbliche, destinate ad avere effetto (generalmente) nel futuro e amministrare pubblicamente nei tribunali”.<sup>134</sup> Tuttavia egli riteneva che questa definizione non fosse ormai più esaustiva:<sup>135</sup> nel corso del tempo quel concetto a suo dire si era arricchito di significati plurimi, soprattutto sotto i profili della tutela individuale e del rispetto del diritto internazionale.

L'impostazione sostanzialistica non è stata in grado di persuadere i sostenitori della lettura procedurale e formalista. Anch'essa è infatti stata criticata, perché si è ritenuto che rendesse la nozione di *rule of law* evanescente: caricarla di significati l'avrebbe resa difficilmente distinguibile da quelle di democrazia o diritti fondamentali.<sup>136</sup> Raz in particolare ha criticato le interpretazioni espansive del *rule of law*, che avrebbero preso piede e persino sopravvento nella dottrina a partire dal Congresso internazionale dei giuristi, convenuto a New Delhi nel 1959.<sup>137</sup> Da allora, per Raz si è sviluppata tra i giuristi una cultura del *rule of law* che ne ha opacizzato i confini rispetto ai temi della democrazia e dei diritti fondamentali.

Per i sostenitori di una teoria maggiormente formalista, l'arricchimento del *rule of law* non ne ha soltanto reso ambigui i caratteri; ne ha infatti indebolito alcuni tratti genetici. Recentemente, studiosi come Leonid Sirota hanno infatti opinato che il *focus* sugli aspetti sostanziali avrebbe pericolosamente negletto quelli formali e procedurali,<sup>138</sup> in particolare ponendo in secondo piano la dimensione giurisprudenziale del *rule of law*, rispetto al quale l'attenzione alle procedure dovrebbe invece mantenere una peculiare importanza.<sup>139</sup> Del resto, dalla parte opposta, i sostenitori dei nuovi sviluppi del *rule of law* si sono dimostrati consapevoli che un certo modo di concepire il medesimo nucleo del concetto fosse ormai da ripensare. Tom Bingham stesso, ad esempio, riconosceva esplicitamente che la sua concezione del *rule of law*, che incorporava gli sviluppi della cultura dei diritti e il rispetto del diritto internazionale, metteva seriamente in crisi la sovranità parlamentare, che pure Dicey dava per pacificamente acquisita

<sup>133</sup> G. Wilms, *Protecting Fundamental Values in the European Union through the Rule of Law*, Firenze, 2017, 35.

<sup>134</sup> T. Bingham, *The Rule of Law*, cit., 8.

<sup>135</sup> *Id.*

<sup>136</sup> G. Wilms, *Protecting Fundamental Values in the European Union*, cit., 57.

<sup>137</sup> J. Raz, *The Authority of Law*, op. cit., 211.

<sup>138</sup> L. Sirota, *A Citizen's Guide to the Rule of Law*, op. cit., 111; si veda anche *Ivi*, 108: “A law that takes a minimally acceptable form [of the rule of law] may be harsh or indeed profoundly unjust, but it advertises its harshness or injustice. It not only provides warning to its victims but, in a democratic society, also impels citizens to work for change.”

<sup>139</sup> *Id.*, 111.

nella sua versione del *rule of law*.<sup>140</sup>

## 6. L'intreccio tra l'aspetto formale e l'aspetto sostanziale nella dimensione processuale: il contributo delle istituzioni europee

Ad osservare alcune applicazioni recenti del *rule of law*, sembra di poter ridimensionare la contrapposizione tra le diverse concezioni di tale nozione; infatti, pare che le diverse prospettive divergano quanto agli interessi che intendono proteggere, più che allo scopo ultimo al quale tendono.<sup>141</sup> Seppur nella differenza di accentuazioni, gli aspetti di chiarezza, pubblicità, affidamento e tutela giurisdizionale rimangono profondamente intrecciati a profili di libertà individuali,<sup>142</sup> rispecchiando il legame tra i profili sostanziali e quelli formali presente già in Dicey, quand'egli identificava nel *common law* un sistema di tutele individuali incastonato all'interno del *rule of law* grazie all'attività delle corti.<sup>143</sup> In altre parole, l'enfasi sulla dimensione procedurale, almeno per parte della storia di quest'idea, si spiega anche con riferimento agli interessi sostanziali protetti in via giurisdizionale tramite il *common law* cui già Dicey pensava: ciò pare confermato dal fatto che egli affianchi gli Stati Uniti all'Inghilterra, sebbene profondamente divergenti sul piano strutturale, a causa della garanzia giurisdizionale che offrono in caso di lesione di un diritto.<sup>144</sup>

Ciò che pare essere mutato è piuttosto il parco dei diritti al centro dell'attenzione. La prevedibilità e la certezza erano elementi importanti nella delineazione del *rule of law* di Dicey, il quale operava in una stagione e in un contesto ordinamentale in cui godevano di un ruolo centrale i diritti economici, tanto in Gran Bretagna quanto negli Stati Uniti. Lo sviluppo di nuovi diritti, l'enfasi sulla giustizia e una certa prudenza nei confronti dei diritti economici propria del Novecento ha invece spostato il baricentro della riflessione del *rule of law*, concentrandosi sulla natura e l'estensione di tali pretese, più che sulla loro conoscibilità e stabilità.

Nello scenario dell'integrazione europea, con i suoi due laboratori giuridici dell'Unione e della Convenzione dei diritti dell'uomo, paiono essersi intrecciate profondamente le due prospettive sostanziale e formale tramite l'aspetto procedurale, congiungendo sensibilità proprie del *common law* e del *civil law*. Si passerà dunque a considerare questi ambiti per una sintetica disamina delle torsioni del concetto di *rule of law*.

---

<sup>140</sup> T. Bingham, *The Rule of Law*, op. cit., 161.

<sup>141</sup> M. Krygier, *Four Puzzles about the Rule of Law: Why, What, Where? And Who Cares?*, in *Getting to the Rule of Law*, op.cit., 68 (parlando del *rule of law* sostiene che "it is a *teleological* notion ... to be understood in terms of its point, not an *anatomical* one").

<sup>142</sup> Sembra essere collocato su questa linea interpretativa J. Waldron, *Political Political Theory*, Cambridge (Mass.), 2016, 64.

<sup>143</sup> A proposito della naturale connessione tra *rule of law* e dimensione processuale, *ex multis*, si veda W. Lucy, *Access to Justice and the Rule of Law*, 40 *Ox. J. L. St.* 377, 378 (2020).

<sup>144</sup> A.V. Dicey, *Introduction*, cit., 119.

## 6.1. Il contributo dell'Unione europea

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha dato un importante contributo al *rule of law* cogliendo in particolare la connessione tra la dimensione procedurale da un lato e la certezza e la prevedibilità del diritto dall'altro. Essa è intervenuta su tali argomenti fin dai primi decenni dell'esistenza dell'ordinamento comunitario,<sup>145</sup> mentre sviluppava un filone dell'integrazione europea curvato sulla tutela dei diritti.<sup>146</sup> Lo ha fatto inizialmente senza citare la nozione di *rule of law*, il quale del resto sarebbe divenuto un valore di riferimento esplicito dell'integrazione europea solo successivamente, prima tramite la giurisprudenza<sup>147</sup> e poi nell'art. 2 TEU.<sup>148</sup> Sebbene la Corte non abbia specificamente identificato i caratteri del *rule of law*,<sup>149</sup> essa ha colto più di un'occasione di rimarcare aspetti che pacificamente vi rientrano, e segnatamente l'importanza della certezza del diritto<sup>150</sup> e della chiarezza delle disposizioni<sup>151</sup> per l'esistenza stessa di un ordinamento sovranazionale, evidenziando tali aspetti soprattutto nel contesto di giudizi su norme dalle quali derivano conseguenze finanziarie.<sup>152</sup>

Fin dalle sue prime parole sull'argomento,<sup>153</sup> la Corte di Giustizia ha

<sup>145</sup> Sul legame tra il sovranazionalismo dell'Unione e il *rule of law* si veda A. O'Neill, *BREXIT, democracy and the rule of law*, *Eur. Law J.* 1, 8 (2020).

<sup>146</sup> *Id.*, 12.

<sup>147</sup> Sentenza del 23 aprile 1986, *Partito ecologista I Verdi c. Parlamento europeo*, C-294/83, ECLI:EU:C:1986:166, par. 23.

<sup>148</sup> I passaggi che hanno consolidato il rispetto del *rule of law* da parte dell'Unione sono progressivi, passando dal Trattato di Maastricht (1992) a quello di Amsterdam (1997), fino a quello di Lisbona (2009): si veda P. Blokker, *The democracy and rule of law crises in the European Union and its Member States, Reconnect Work Package 14*, Deliverable 1, 2021, [www.reconnect-europe.eu](http://www.reconnect-europe.eu), 24-25.

<sup>149</sup> La Corte ha implicitamente persino distinto tale nozione dal principio secondo cui le norme devono essere prevedibili: Sentenza (Quarta sezione) del 6 settembre 2013, *Europäisch-Iranische Handelsbank AG c. Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:T:2013:405, T-434/11, parr. 181 e 184.

<sup>150</sup> Sentenza del 16 giugno 1993, *Francia c. Commissione europea*, C-325/91, ECLI:EU:C:1993:245, par. 26: "Community legislation must be clear and its application foreseeable for all interested parties".

<sup>151</sup> La Corte ha identificato nel "legittimo affidamento" "il corollario del principio della certezza del diritto, che esige che le norme giuridiche siano chiare e precise, ed è diretto a garantire la prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici rientranti nella sfera del diritto comunitario" (Sentenza (Sesta sezione) del 15 febbraio 1996, C-63/93, *Duff & others c. Minister of Agriculture and food*, ECLI:EU:C:1996:51, parr. 18 e 20). Si vedano anche Sentenza (Seconda sezione) del Regno del Belgio e Forum 187 ASBL c. Commissione delle Comunità europee, C-183 e 217/03, *Belgium and Forum 187 v. Commission*, ECLI:EU:C:2006:416, par. 69, e Sentenza del 14 ottobre 2010, *Nuova Agricast Srl. et al. c. Commissione europea*, C-67/09, ("Quanto, inoltre, al principio della certezza del diritto, questo implica che la legislazione dell'Unione sia certa e che la sua applicazione sia prevedibile per i destinatari delle norme").

<sup>152</sup> Sentenza del 15 dicembre 1987, *Irlanda c. Commissione delle Comunità europee*, C-325/85, ECLI:EU:C:1987:546, par. 18.

<sup>153</sup> Sentenza del 22 marzo 1961, *Snupat c. l'Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, C-42 e 49/59, ECLI:EU:C:1961:5 ("il principio della certezza del diritto, per quanto importante sia, non va applicata in modo assoluto, ma in concomitanza col principio di

chiarito che la certezza del diritto normalmente richiede che una norma non disponga che per l'avvenire, a meno che non sia esplicitamente stabilito diversamente e ciò corrisponda ad un interesse pubblico preminente. Pur senza approfondirsi nei particolari o declinare quest'affermazione di carattere generale più precisamente – del resto le sue affermazioni sono spesso succinte – essa ha così identificato una coordinata fondamentale del *rule of law*, tra l'altro riconnettendola alla necessità di preservare gli interessi dei soggetti coinvolti dall'attività normativa.<sup>154</sup> Ponendo mente alla necessità della certezza del diritto nel campo delle norme a contenuto finanziario, ha evidenziato come questo principio esprima l'attenzione dell'ordinamento per le conseguenze concrete causate dall'attività normativa, senza escludere tuttavia la possibilità che gli effetti di una norma possano retroagire, qualora ciò sia desumibile dalla medesima disposizione e non impatti irragionevolmente su aspettative legittimamente maturate. Quest'impostazione si è poi ulteriormente consolidata nel tempo, dando vita ad una presunzione contraria alla retroattività degli atti normativi, ritenuta superabile solo a fronte di "indicazioni sufficientemente chiare" da parte della norma.<sup>155</sup>

Se il tema della certezza del diritto si è affermato presto nella giurisprudenza comunitaria, pur senza acquisire la solidità di un principio inderogabile, ma piuttosto il tenore di una regola generale, le istituzioni europee sono entrate direttamente nel tema del *rule of law* in maniera operativa in tempi molto più recenti. Questo si è verificato nel contesto della cosiddetta "degradazione costituzionale" di alcuni ordinamenti dell'Unione dell'Europa orientale.<sup>156</sup> Tale fenomeno è stato percepito come gravido di conseguenze contemporaneamente per la democrazia quanto per il *rule of law*.<sup>157</sup> È con riferimento in particolare a Ungheria e Polonia – e, forse con una attenzione minore, alla Romania<sup>158</sup> – che le istituzioni dell'Unione e gli studiosi dell'integrazione europea<sup>159</sup> hanno riflettuto soprattutto sulle implicazioni per il *rule of law* delle modifiche costituzionali che, formalmente o irrualmente, si sono verificate in tali ordinamenti. Molte sono state le

---

legittimità. La decisione se l'uno o l'altro di detti principi debba prevalere nel caso singolo dipende dal confronto fra l'interesse pubblico e gli interessi privati in contrasto").

<sup>154</sup> Analogamente: Sentenza del 16 giugno 1998, *A. Racke GmbH & Co. v Hauptzollamt Mainz*, C-98/78, ECLI:EU:C:1998:293; Sentenza del 25 gennaio 1979, *Weingut Gustav Decker KG contro Hauptzollamt Landau*, C-99/78, ECLI:EU:C:1979:15.

<sup>155</sup> Sentenza (Terza Sezione) del 12 novembre 1981, *Amministrazione delle Finanze dello Stato contro s.r.l. Meridionale Industria Salumi et al.*, C-212 e 217/80, ECLI:EU:C:1981:270, par. 12.

<sup>156</sup> A. Jakab, *What Can Constitutional Law Do against the Erosion of Democracy and the Rule of Law? On the Interconnectedness of the Protection of Democracy and the Rule of Law*, 6 *Const. Studies* 5,6 (2020).

<sup>157</sup> *Id.*, 6.

<sup>158</sup> Si veda ad es. Commissione europea (EU), *Opinione della Commissione del 1 giugno 2016 relativa allo Stato di diritto in Polonia*, Brussels, 1.6.2016 C(2016) 3500 final.

<sup>159</sup> J.W. Muller, *Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law inside Member States?*, 21 *Eur. L. J.* 141, 141 (2015).

spinte delle istituzioni dell'Unione<sup>160</sup> ad adottare approcci interpretativi del *rule of law* di stampo chiaramente sostanzialistico, capaci di racchiudere in maniera unitaria sia aspetti formali sia la separazione dei poteri e la protezione dei diritti fondamentali sul piano teorico quanto pratico,<sup>161</sup> o affinché in ogni caso si ponesse in evidenza la connessione tra il *rule of law*, la tutela della democrazia e dei diritti umani, ovvero la loro coesistenzialità per la sopravvivenza della democrazia costituzionale.<sup>162</sup>

Nei documenti più recenti, l'Unione ha mostrato un atteggiamento molto espansivo nei confronti del *rule of law*,<sup>163</sup> talvolta in esplicita adesione al modello di Tom Bingham.<sup>164</sup> Il *Rule of Law Report 2020* della Commissione<sup>165</sup> ha abbracciato una definizione capace del concetto richiamato dall'articolo 2 del TEU,<sup>166</sup> attribuendogli l'imperativo che "tutti i pubblici poteri agiscano sempre nei limiti stabiliti dal diritto, in accordo con i valori della democrazia e i diritti fondamentali e sotto il controllo di corti indipendenti e imparziali",<sup>167</sup> riconducendovi la necessità di tutelare il mercato interno e l'ordinata coesistenza tra i diversi ordinamenti statali.<sup>168</sup>

Nonostante i diversi filoni del *rule of law* richiamati, sia il *Report* che gli altri documenti sul *rule of law* si sono concentrati particolarmente sugli aspetti procedurali e sul ruolo delle corti, mostrando dunque un'attenzione speciale per il profilo giurisdizionale della vita degli ordinamenti.<sup>169</sup>

<sup>160</sup> Commissione europea (EU), *Raccomandazione della Commissione (EU) 2016/1374 del 27 luglio 2016 relativa allo Stato di diritto in Polonia, Considerando n. 5.*

<sup>161</sup> A. Jakab, *What Can Constitutional Law Do against the Erosion of Democracy and the Rule of Law?*, *op. cit.*, 7.

<sup>162</sup> G. Wilms, *Protecting Fundamental Values in the European Union*, *cit.*, 4 e 17 ("clauses on the protection of a 'Rule of law' cannot be understood as being 'value-neutral'; indeed, they need to be interpreted in the context of the protection of democracy and fundamental rights."). Su questo punto Wilms cita l'enfasi sul rapporto tra *rule of law*, democrazia e dignità umana posta dal costituzionalismo tedesco (18) e da quello spagnolo (21).

<sup>163</sup> *Raccomandazione della Commissione (EU) 2016/1374 relativa allo Stato di diritto in Polonia, cit.*, *Considerando n. 72-73.*

<sup>164</sup> European Parliamentary Research Service, *An EU mechanism on democracy, the rule of law and fundamental rights. Annex II – Assessing the need and possibilities for the establishment of an EU Scoreboard on democracy, the rule of law and fundamental rights*, April 2016, 82.

<sup>165</sup> Commissione europea (UE), *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, The rule of law situation in the European Union* Brussels, 30.9.2020 Com (2020) 580 final.

<sup>166</sup> "L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto [*rule of law*] e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini".

<sup>167</sup> *Id.*, 1.

<sup>168</sup> *Id.*, 2.

<sup>169</sup> *Id.*, 3 e 8 ss. Si vedano anche, da parte della Commissione europea (UE), *Documento di lavoro dei servizi della Commissione, Relazione sullo Stato di diritto 2020 Capitolo sullo Stato di diritto in Ungheria*, Brussels, 30.9.2020, SWD(2020) 316 final, e il *Documento di lavoro dei servizi della Commissione, Relazione sullo Stato di diritto 2020 Capitolo sullo Stato di diritto in Polonia*,

Complessivamente, nei documenti e nelle azioni con i quali le istituzioni dell'Unione hanno affrontato il tema delle riforme costituzionali o dell'ordinaria vita istituzionale dell'Europa centro-orientale nel segno del *rule of law* emergono prevalentemente aspetti problematici di tipo strutturale: vengono infatti censurati profili come l'irregolare o la mancata pubblicazione delle sentenze, la calendarizzazione anomala dei casi da esaminare, o i tentativi di manipolare la composizione dell'ordine giudiziario.<sup>170</sup> Le istituzioni dell'Unione vi hanno rinvenuto degli elementi di profonda criticità, mostrando come tali fenomeni intacchino principi fondamentali tra cui la certezza del diritto, la sua conoscibilità, l'uguaglianza nell'applicazione della legge, il rispetto della separazione dei poteri. Sebbene la Commissione abbia menzionato una varietà di aspetti, essa dunque si è concentrata in particolare sui profili prettamente processuali, dei quali ha evidenziato il rilevante impatto anche rispetto alla garanzia dei diritti fondamentali. In sostanza, il contributo dell'Unione sembra aver messo in luce come qualsiasi dicotomia interpretativa tra gli aspetti formali e sostanziali del *rule of law* probabilmente sottostimi le implicazioni sostanziali dei profili formali e in particolar modo del ruolo della giurisdizione.

Se una pluralità di documenti e istituzioni si è dunque confrontata con il processo di regresso costituzionale verificatosi in parte dell'Est europeo e testimonia un approccio che ricongiunge i profili procedurali e formali con quelli sostanziali, è la Corte di Giustizia a fornire probabilmente il punto d'osservazione più interessante, data, come visto, la sua risalente preoccupazione per il *rule of law* – preoccupazione che anch'essa, non diversamente dalle altre istituzioni dell'Unione, ha destinato prevalentemente ai profili giurisdizionali e istituzionali della nozione.<sup>171</sup>

Le prime mosse della Corte risalgono al 2012, quando essa ha affrontato il tema del pensionamento anticipato dei giudici disposto in Ungheria: allora la Corte, censurando questa misura sul piano dell'imprevedibilità e dell'incertezza che essa ha causato per i singoli giudici quanto per i processi loro affidati, ha adottato una linea di condotta nel solco del *rule of law*,<sup>172</sup> fortemente protettivo delle esigenze di certezza e prevedibilità. La Corte, in seguito, ha esplicitamente qualificato il tema dell'indipendenza giudiziaria e della protezione del diritto alla tutela

---

Brussels, 30.9.2020, SWD(2020) 320 final. Si veda inoltre Commissione europea (EU), *Raccomandazione della Commissione*, 21.12.2016, Brussels, C(2016) 8950 final, 7.

<sup>170</sup> Commissione europea, *Parere della Commissione del 1 giugno 2016 relativa allo Stato di diritto in Polonia*, cit., 8; Commissione europea, *Raccomandazione del 27 luglio 2016 relativa allo Stato di diritto in Polonia*, cit., par. 2.

<sup>171</sup> Particolari preoccupazioni in questo senso in S. Baer, *Who Cares? A Defence of Judicial Review*, 8 *Journal of the British Academy* 75, 80 e 83 (2020); si vedano anche I. Jelic, D. Kapenatakis, *European Judicial Supervision of the Rule of Law: The Protection of the Independence of National Judges by the CJEU and the ECtHR*, *Hague J. on the Rule of Law* 1, 2 (2021).

<sup>172</sup> Sentenza della Corte (Prima sezione) del 6 novembre 2012, *Commissione europea c. Ungheria*, C-286/12, ECLI:EU:C:2012:687, spec. par. 70.

giurisdizionale in termini di rispetto del *rule of law*. Lo ha fatto una prima volta nel 2016, con riguardo ad una questione giunta dal Portogallo,<sup>173</sup> per poi ribadire tale approccio dal 2018, con una prima sentenza relativa al mandato d'arresto europeo nella quale ha evitato di entrare nel merito del rispetto del *rule of law* da parte della Polonia, ma ha comunque colto l'occasione di evidenziare come violazioni del *rule of law* non consistano in isolati comportamenti aberranti di un ordinamento, ma in "deficienze sistemiche" o quantomeno "generalizzate".<sup>174</sup> Ha poi seguito la linea d'azione della Commissione europea, censurando frontalmente la normativa polacca che aveva bruscamente ridotto l'età di pensionamento obbligato dei giudici, consentendo loro tuttavia un prolungamento del servizio a discrezione del Presidente della Repubblica (nel caso della Corte suprema)<sup>175</sup> o del Ministro della Giustizia (per quanto riguarda le altre corti).<sup>176</sup> Con queste due ultime sentenze, tramite espressioni pressoché identiche, la Corte di Giustizia ha stigmatizzato le riforme polacche perché avrebbero messo in discussione l'indipendenza della magistratura sul piano tanto istituzionale – cioè nei confronti degli altri poteri, che avrebbero influito sulla permanenza dei giudici in servizio – quanto sul piano funzionale, in quanto tale meccanismo di proroga avrebbe potuto incidere sulla loro imparzialità nel condurre il procedimento e nel giudizio, contravvenendo ai requisiti del giusto processo e, in ultima analisi, al *rule of law*.<sup>177</sup>

Questi profili evidentemente si concentrano sulla dimensione giurisprudenziale, ponendosi in chiara continuità con la cultura del *rule of law* focalizzata soprattutto sul piano processuale e rimediabile, secondo la prospettiva già inaugurata da Dicey e poi valorizzata da Waldron; essi tuttavia si segnalano anche per una forte connessione con i diritti fondamentali di cui ha cura l'Unione. La Corte ha infatti evidenziato quanto le incertezze relative alle norme, alla loro conoscibilità e all'apparato giudiziario che ne garantisce l'applicazione abbiano impattato sull'effettivo

<sup>173</sup> Sentenza (Grande Sezione) del 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, par. 30-31 e 36-38.

<sup>174</sup> Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 25 luglio 2018, *Alta Corte d'Irlanda c. LM*, C-216/18, ECLI:EU:C:2018:586, par. 60.

<sup>175</sup> Sentenza (Grande sezione) del 24 giugno 2019, *Commissione europea c. Polonia*, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531. Su un argomento strettamente legato a questo, ossia la necessità per il Presidente della Repubblica di acquisire un parere del Consiglio nazionale della magistratura ai fini di tale decisione e sul carattere indipendente di quest'ultimo organo, si veda anche Sentenza (Grande Sezione) del 19 novembre 2019, *A. K. C. Krajowa Rada Sądownictwa e CP e DO c. Sąd Najwyższy*, C-585/18, C-624/18 e 625/18, ECLI:EU:C:2019:892.

<sup>176</sup> Sentenza (Grande Sezione) del 5 novembre 2019, *Commissione europea c. Polonia*, C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924, su cui si veda anche I. Jelic, D. Kapenatakis, *European Judicial Supervision of the Rule of Law*, *op. cit.*, 4. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, in sentenza (Grande camera) 23 giugno 2016, *Baka c. Ungheria*, app. 206261/12, par. 120, ha evidenziato il rapporto tra il diritto al giusto processo *ex art. 6 CEDU* e la tutela sostanziale del diritto.

<sup>177</sup> C-619/18, *cit.*, spec. par. 72-73; C-192/18, *cit.*, par. 109-110.

godimento di tali diritti e sulla loro protezione.<sup>178</sup>

Sia la Corte di Giustizia che le analisi della Commissione europea hanno messo dunque in luce la profonda connessione tra i profili che certa dottrina descrive formali in opposizione a quelli sostanziali.<sup>179</sup> Il contributo di questi organi alla riflessione appare di rilievo, in quanto, mentre strategicamente ha evitato di estendere eccessivamente il perimetro concettuale del *rule of law*, ha ricongiunto sul piano operativo i profili di funzionamento di un ordinamento con quelli relativi ai diritti.

## 6.2. Il contributo del Consiglio d'Europa

Un ulteriore, importante contributo proviene dalle istituzioni europee a presidio dei diritti umani, che hanno assunto un posizionamento non lontano da quello dell'Unione. Nonostante le diffuse opinioni secondo cui “il Consiglio d'Europa segu[irebbe] una comprensione sostanziale del *rule of law*”, considerandolo un “ingrediente fondamentale di qualunque società democratica”,<sup>180</sup> o persino “la stella polare che ha guidato la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo”,<sup>181</sup> le sue istituzioni sembrano in effetti avere utilizzato espressioni più contenute sul tema, connettendo il *rule of law* in particolare con la dimensione giurisdizionale, la certezza del diritto e la prevedibilità dell'esito di un giudizio.<sup>182</sup>

La Commissione di Venezia, nonostante i tentativi di includere un sempre maggior numero di elementi all'interno della nozione di *rule of law*, ha sviluppato una vera e propria *checklist*<sup>183</sup> di principi relativi al *rule of law* che si connota per un carattere fortemente processuale e attinente alla tutela giurisprudenziale, in linea con il *rule of law* fin dalle sue prime enunciazioni.<sup>184</sup>

---

<sup>178</sup> In questo senso si veda particolarmente C-585/18, C-624/18 e 625/18, *cit.*, la quale chiarisce che il “requisito di indipendenza degli organi giurisdizionali, intrinsecamente connesso al compito di giudicare, costituisce un aspetto essenziale del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva e del diritto fondamentale a un equo processo, che riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dell'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione”.

<sup>179</sup> Il profilo giudiziario del resto rappresenta un tratto saliente anche dell'attuale processo di accessione dei Balcani occidentali all'Unione europea, che – anche alla luce di quanto verificatosi in Ungheria e Polonia – sta ponendo particolare attenzione alla dimensione giurisdizionale, nel vagliare se tali ordinamenti possiedano i requisiti necessari per la partecipazione all'Unione: si veda A. Hoxhaj, *The EU Rule of Law Initiative Towards the Western Balkans*, *Hague J. on the Rule of Law* 1, 2 (2020).

<sup>180</sup> G. Wilms, *Protecting Fundamental Values in the European Union*, *op. cit.*, 27; R. Spano, *The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, 1.

<sup>181</sup> R. Spano, *The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, 1-2.

<sup>182</sup> *Id.*, 6-7, mette in rilievo la corposità della giurisprudenza Cedu relativa all'indipendenza della magistratura e alla sua relazione con il *rule of law*. Non ci si occuperà diffusamente di tale aspetto in questa sede, in quanto eccentrico rispetto al tema delle fonti.

<sup>183</sup> Commissione di Venezia, *Rule of Law Checklist*, Adopted by the Venice Commission at its 106<sup>th</sup> Plenary Session (Venezia, 11-12 Marzo 2016), Study No. 711/2013, CDL-AD(2016)007.

<sup>184</sup> Si vedano su questo le precise osservazioni di T. Bingham, *The Rule of Law*, *op. cit.*, 90 ss.,

Tale sforzo, volto a “riconciliare” le “nozioni di ‘*Rule of Law*, ‘*Rechtstaat*’ e ‘*Etat de droit*’” e a identificare una “definizione consensuale del *rule of law* in grado di sostenere le organizzazioni internazionali [e] le corti domestiche e internazionali ad interpretare e applicare questo valore fondamentale”,<sup>185</sup> si concentra in particolare sulla necessità che ciascuno sia trattato dai poteri pubblici con “dignità, uguaglianza e razionalità” ma soprattutto che ciascun individuo abbia “l’opportunità di contestare [l’esercizio di un pubblico potere] di fronte a corti indipendenti e imparziali, in base a procedure eque”.<sup>186</sup> Se non neglige i temi di democrazia e diritti fondamentali,<sup>187</sup> quando offre una specificazione dei diritti che ritiene più “ovviamente connessi al *rule of law*” la Commissione di Venezia si concentra sul profilo giurisdizionale: l’accesso alla giustizia, il diritto ad un giudice competente e ad essere parte in giudizio, il *ne bis in idem*, il divieto di irretroattività delle misure, il diritto a rimedi effettivi, la presunzione di innocenza nei procedimenti penali, il diritto al giusto processo.<sup>188</sup> Presta, in altri termini, attenzione ai profili rimediali dei diritti.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo si segnala ancor più per una particolare attenzione al tema della “certezza del diritto” e alla sua connessione con il *rule of law*. Particolarmente rilevante appare il modo in cui essa ha ricavato tale preoccupazione dalla Convenzione,<sup>189</sup> soprattutto nell’elaborazione di quella che è divenuta la “definizione classica”<sup>190</sup> di “legge” quale requisito indispensabile per la legittima limitazione di un diritto in base alla Convenzione. La Corte ha infatti stabilito che il prodotto dell’attività normativa debba essere “accessibile alla persona coinvolta, la quale deve inoltre essere in grado di prevederne le conseguenze per se stessa, e compatibile con il *rule of law*”.<sup>191</sup> Quest’approccio ha concretamente istituito una sorta di “test di accessibilità e prevedibilità” che, se non superato, fa decadere la normazione al di sotto dei requisiti per essere legittimamente considerata come una legge ai fini dell’applicazione della Convenzione.

---

e di M. Gobbo, *Periodi, contesti e tradizioni giuridiche nell’evoluzione del diritto costituzionale europeo*, op. cit., 301.

<sup>185</sup> Commissione di Venezia, *Report on the Rule of Law*, Adopted by the Venice Commission at its 86<sup>th</sup> plenary session (Venezia, 25-26 marzo 2011), Study no. 512/2009, CDL\_AD(2011)003 rev., Strasburgo 4 aprile 2011, 3.

<sup>186</sup> Commissione di Venezia, *Rule of Law Checklist*, cit., par. 15. Si veda anche Commissione di Venezia, *Report on the Rule of Law*, cit., 5.

<sup>187</sup> Commissione di Venezia, *Report on the Rule of Law*, cit., 10; Commissione di Venezia, *Rule of Law Checklist*, cit., par. 15. Si veda anche Commissione di Venezia, *Report on the Rule of Law*, cit., par. 33.

<sup>188</sup> Commissione di Venezia, *Report on the Rule of Law*, cit., 12.

<sup>189</sup> Su tali valori si sofferma anche *Id.*, 7.

<sup>190</sup> Lord Sumption, in *In re Lorraine Gallagher et al. v. Secretary of State for the Home Department* [2019] UKSC 3, 30 gennaio 2019, par. 16.

<sup>191</sup> Sentenza del 24 aprile 1990, *Huvig c. Francia*, ric. 11105/84, par. 27. La prima occasione in cui la Corte ha definito la prevedibilità di una norma è stata sentenza (Grande camera) 29 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, ric. 6538/74, par. 49.

La Corte di Strasburgo ha sviluppato ulteriormente la propria riflessione sul *rule of law* soprattutto nell'ambito del diritto al giusto processo, contenuto nell'art. 6 della Convenzione. Si è dunque mossa dal *diritto individuale* al giusto processo, per distillare una serie di caratteristiche strutturali del *rule of law*. Quest'operazione, che ha coinvolto con pochissime eccezioni<sup>192</sup> i Paesi dell'ex blocco sovietico, stimolandoli ad intraprendere un percorso di maturazione costituzionale,<sup>193</sup> rappresenta un importante ma delicato tassello nella ricostruzione delle componenti del *rule of law*.

La Corte ha legato strettamente il *rule of law* alla certezza del diritto sotto vari aspetti.<sup>194</sup> Qui vengono in rilievo in particolare, anche per la frequenza con cui tali questioni si sono poste, la coerenza e la continuità temporale della giurisprudenza. Se, come ha rilevato la medesima Corte, una certa mobilità interpretativa è naturale,<sup>195</sup> e soprattutto in contesti giuridici in cui l'apparato giurisdizionale presenta una certa complessità possono fisiologicamente verificarsi dei conflitti giurisprudenziali,<sup>196</sup> questi ultimi tuttavia necessitano di essere dipanati, seppur anche solo progressivamente,<sup>197</sup> soprattutto tramite l'attività di una corte apicale.<sup>198</sup> Per Strasburgo, l'esigenza di armonizzare la giurisprudenza è particolarmente sentita nel caso in cui i conflitti giurisprudenziali siano innescati dal medesimo giudice, scatenando "una continua incertezza" e riducendo "la fiducia del pubblico nel sistema giudiziario", definito dalla Corte come "uno dei componenti essenziali di uno Stato basato sul *rule of law*".<sup>199</sup> La Corte ha ulteriormente e progressivamente<sup>200</sup> precisato il suo scrutinio sulla capacità degli ordinamenti di assicurare la certezza del diritto, tramite la verifica se un ordinamento sia dotato di meccanismi di eliminazione di conflitti

---

<sup>192</sup> In particolare, si veda la sentenza (Grande camera) 28 ottobre 1999, *Zielinski e Pradal e Gonzalez et al. c. Francia*, ric. 24846/94, 34165/96 e 34173/96.

<sup>193</sup> Su questo focus, che storicamente ha occupato il costituzionalismo sovranazionale europeo, si veda T.G. Daly, *The Alchemists. Questioning our faith in courts as democracy-builders*, Cambridge, 2017, 113-115.

<sup>194</sup> Sul rapporto tra *rule of law*, certezza del diritto e limiti dell'intervento del legislatore sulla sentenza passata in giudicato si vedano *Zielinski et al. C. Francia*, cit.; sentenza (Grande camera) 23 gennaio 2001, *Brumarescu c. Romania*, ric. 28342/95, spec. parr. 61-62; sentenza (Quarta sezione) del 25 luglio 2002, *Sovtransavto Holding c. Ucraina*, ric. 48553/99, spec. par. 72.

<sup>195</sup> Sentenza (Prima sezione) del 30 luglio 2015, *Ferreira Santos Pardal c. Portogallo*, ric. 30123/10, par. 42.

<sup>196</sup> Sentenza (Terza sezione) del 1 dicembre 2005, *Paduraru c. Romania*, ric. 63252/00, par. 98.

<sup>197</sup> Sentenza (Quinta sezione) del 2 dicembre 2008, *Schwarzkopf e Taussik c. Repubblica Ceca*, ric. 42162/02, parr. 1-2.

<sup>198</sup> *Paduraru v. Romania*, cit., par. 98. Sull'importanza di un controllo giurisdizionale che garantisca una giurisprudenza coerente si veda anche la sentenza (Seconda sezione) del 20 maggio 2008, *Santos Pinto c. Portogallo*, ric. 39005/04, parr. 41-43.

<sup>199</sup> *Paduraru v. Romania*, cit., par. 98. Analoghe espressioni relativamente all'importanza della certezza del diritto nella sentenza (Terza sezione) del 6 dicembre 2007, *Beian c. Romania*, ric. 30658/05.

<sup>200</sup> Si veda in particolare *Ferreira Santos Pardal c. Portogallo*, cit., par. 42.

giurisprudenziali e se tali meccanismi siano effettivamente utilizzati ed efficaci:<sup>201</sup> in altri termini, se la funzione nomofilattica venga esercitata e con quale risultato.

Con la sua giurisprudenza, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dunque tratto dal giusto processo il requisito di una stabilità giurisprudenziale, sia in termini di sistema, sia all'interno del medesimo organo giudiziario che emette decisioni. La Corte ha tuttavia notato che tale stabilità non coincide con l'immobilismo – su cui si tornerà più avanti – né esige di assicurare una totale identità di risultati giurisprudenziali. Essa piuttosto consiste nella *generale* capacità di un ordinamento di correggersi e tendere verso soluzioni giurisprudenziali non contrastanti. Se dunque la Corte ha raccomandato un'uguale applicazione del diritto nel tempo, non ha mostrato di attendersi la totale mancanza di puntuali errori o deviazioni da una tendenza giurisprudenziale.

Queste affermazioni sono particolarmente significative, perché ricostruiscono una sorta di diritto individuale al *rule of law* tramite l'art. 6 della Convenzione, di cui la Corte si intesta la tutela e precisa i contorni: infatti essa ne rileva la violazione solo in presenza di sistemiche o ricorrenti incoerenze giurisprudenziali. Quest'operazione, mentre ha dato modo alla Corte di sviluppare importanti considerazioni sul contenuto del *rule of law*, ha nel contempo stabilito che il diritto tutelato all'art. 6 risulta violato qualora un sistema giudiziario versi in una situazione di deficienza strutturale. In questo senso, la Corte di Strasburgo ha conservato la più risalente accezione del *rule of law*, che si concentrava sulla componente strutturale di un ordinamento e in particolare sulla sua compagine giurisprudenziale, più che sulla lesione dei singoli diritti.

## 7. Il *Rule of Law*: una nuova considerazione

L'analisi sintetica di quanto accaduto nel laboratorio sovranazionale europeo pare avere ricongiunto sul piano operativo i due aspetti del *rule of law* – quello formalista e quello sostanziale – che erano andati divaricandosi sul piano teorico. Il diritto al giusto processo e la certezza del diritto si sono combinati nel diritto europeo, promuovendo una concezione del *rule of law* che esclude normative vaghe o incomprensibili, poiché non potrebbero essere

---

<sup>201</sup> Sentenza (Quinta sezione) del 2 luglio 2009, *Iordan Iordanov et al. C. Bulgaria*, ric. 23530/02, parr. 47-49; Sentenza (Terza sezione) del 24 marzo 2009, *Tudor Tudor c. Romania*, ric. 21911/03, parr. 26-31; sentenza (Terza sezione) del 2 novembre 2010, *Stefanica et al. C. Romania*, ric. 38155/02, parr. 30-38; sentenza (Grande camera) del 20 ottobre 2011, *Nejdet Sahin e Perihan Sahin c. Turchia*, ric. 13279/05, parr. 51-54 e 84-89; *Ferreira Santos Pardal c. Portogallo*, *cit.*, par. 42; sentenza (Seconda sezione) del 9 febbraio 2016, *Celebi et al. c. Turchia*, ric. 582/05, parr. 53-55 e 65-66; sentenza (Grande camera) del 29 novembre 2016, *Lupeni Greek Catholic Parish et al. C. Romania*, ric. 76943/11, parr. 116-117 e 122-126; sentenza (Prima sezione) del 23 maggio 2019, *Tsaggarakis A.E.E. c. Grecia*, ric. 17257/13, parr. 48-52.

agilmente né obbedite o applicate,<sup>202</sup> mentre più ampiamente assicura che la dimensione giurisdizionale dell'esperienza giuridica si svolga tramite procedure che rispettino tutte le parti coinvolte, mettendole nella condizione di esprimere il proprio punto di vista e rivendicare i propri interessi.

Può apparire sorprendente, ma pare di poter dunque implicitamente rinvenire negli approdi recenti del diritto sovranazionale di marca europea un elemento di continuità con Dicey e la sua insistenza sul ruolo delle corti quali protettrici di diritti fondamentali – opinione che non ha mai davvero abbandonato l'ordinamento britannico.<sup>203</sup> Dicey pensava ai tribunali come depositari e custodi di un diritto staccato dalla sfera di competenza del legislatore, che si tramandava tramite le decisioni giurisprudenziali. Il portato delle sue affermazioni va dunque ora affrontato contestualizzando il ruolo del precedente all'interno del diritto prodotto autonomamente dalle corti, rispetto a quello che si innesta sull'attività del legislatore, il quale rispetto all'epoca di Dicey ha goduto di una forte espansione. Ricostruito per sommi capi il quadro di riferimento del *rule of law* e ricongiunte le sue dimensioni formale e sostanziale tramite la prospettiva procedurale, si può dunque passare a considerare l'articolazione della nozione del precedente.

## 8. Le funzioni del precedente

Nel suo lavoro di riferimento sul precedente, Rupert Cross riconosce che l'attività giurisdizionale ha in sé connaturata l'esigenza di connettersi a quanto deciso in passato. Tale esigenza deriva dalla necessità di assicurare "costanza, certezza, prevedibilità e una buona amministrazione della giustizia", e tende a creare una *presunzione contraria* al distacco dal precedente.<sup>204</sup> Per Cross, quest'esigenza genera esperienze comparabili in una pluralità di sistemi giuridici: questo sarebbe documentato dal fatto che "il precedente giudiziario ha un certo effetto persuasivo quasi ovunque". Detto in altri termini, lo *stare decisis* si attesterebbe come "una massima di applicazione universale", in quanto invero il principio d'uguaglianza sul piano diacronico.<sup>205</sup> A queste considerazioni più recentemente Randy Kozel ha associato un rilievo ulteriore, ugualmente funzionale ad assicurare la buona amministrazione della giustizia: l'imperativo per ogni giudice di riferirsi a quanto deciso in precedenza contribuirebbe a tenere distinti l'organo giurisdizionale e la sua attività dalle convinzioni personali del giudice

---

<sup>202</sup> Su questo punto si veda il contributo della sentenza della Corte suprema del Canada *Manitoba Language Reference* [1985] 1 S.C.R. 721; si vedano inoltre P.W. Hogg, C.F. Zwiibel, *The Rule of Law in the Supreme Court of Canada*, 722.

<sup>203</sup> *Jackson et al. V. Her Majesty's Attorney General* [2005] UKHL 56, par. 107 per Lord Steyn. Si veda su questo punto A. Greene, *Parliamentary sovereignty and the locus of constituent power in the United Kingdom*, 18 *Int'l. J. Const. L.* 1166, 1176 (2020).

<sup>204</sup> Queste le esplicite considerazioni in *Saskatchewan Federation of Labor v. Saskatchewan* [2015] S.C.J. No. 4, [2015] 1 S.C.R. 245, par. 131, per Rothstein & Wagner JJ.

<sup>205</sup> R. Cross, J.W. Harris, *Precedent in English Law*, *op. cit.*, 3.

chiamato a decidere ciascun caso.<sup>206</sup>

Se il precedente tende inevitabilmente a svolgere un qualche ruolo nell'attività giurisdizionale, conviene tuttavia anticipare che esso prende naturalmente due forme differenti, rinvenibili anche nella sua culla inglese.<sup>207</sup> All'interno di quest'ultima, la tradizione del precedente si sviluppa nel periodo medievale e poi nella riflessione soprattutto di Hale e di Blackstone, fino a confluire nel moderno *common law*.<sup>208</sup> È su quest'ultimo campo, identificato nell'area del diritto non scritto, che si focalizzano i teorici come Dicey quanto la pratica giudiziaria inglese quando normalmente discorrono di precedente giurisprudenziale. Ben altra traiettoria storica è quella del precedente giudiziario relativo agli *statutes*, il quale si concreta nell'attribuire un significato a norme scritte prodotte dal potere legislativo e non dai giudici tramite le loro sentenze. Se nel diritto non scritto il precedente *coincide* con la prescrizione normativa, nel campo del diritto scritto il precedente *si applica* alla prescrizione scritta, da cui trae invece la propria forza normativa e rispetto alla quale esplica una funzione interpretativa.<sup>209</sup> Si tratta di una dicotomia di non poco momento, costantemente rilevata dalla dottrina di *common law*,<sup>210</sup> ma che tuttavia si perde, soprattutto nella riflessione maturata nei contesti di *civil law*, quando il tema del precedente viene normalmente trapiantato nel campo del diritto di matrice legislativa.

### 8.1. Il precedente normativo

Se all'interno dei sistemi di *common law* il precedente è passato attraverso varie fasi, lungo le quali ha goduto di forza molto differente, un elemento unificante che ha caratterizzato la sua intera storia è legato alla sua *autosufficienza* normativa.<sup>211</sup> I regimi di *common law* conservano infatti normalmente una corposa sfera del diritto direttamente regolata dai precedenti giurisprudenziali. Quest'aspetto è di particolare pregnanza, perché consente di definire i contorni del fenomeno di cui parlava Dicey. Classicamente teorizzato come il precipitato giudiziario delle consuetudini, questo spazio del diritto è occupato soltanto dalle sentenze. Il rispetto del precedente qui non può limitarsi ad avere meramente un valore indicativo od orientativo – ha al contrario una caratura chiaramente prescrittiva, perché, data l'assenza di qualsiasi disposizione scritta, le sentenze sono l'unico elemento normativo sussistente a regolare una serie di fattispecie.<sup>212</sup>

<sup>206</sup> R. Kozel, *Stare Decisis as Authority and Aspiration*, 96 *Notre Dame L. Rev.* 1971, 1974 (2021).

<sup>207</sup> E. Calzolaio, *Il ruolo della giurisprudenza come fonte normativa*, cit., 1450.

<sup>208</sup> Su questo, sinteticamente, L. Moccia, *Comparazione e diritto europeo*, cit., 410.

<sup>209</sup> L. Burton Crawford, D. Meagher, *Statutory Precedents under the "Modern Approach" to Statutory Interpretation*, 42 *Sidney L. Rev.* 209, 212 (2020).

<sup>210</sup> H.K. Lucke, *The Common Law as Arbitral Law*, op. cit., 230.

<sup>211</sup> J. Gardner, *Some Types of Law*, in *Common Law Theory*, a cura di D. Edlin, New York, 2007, 24.

<sup>212</sup> J. Stewart, *The Rights of Persons. According to the Text of Blackstone: Incorporating the alteration to the Present Time*, Londra, 1839, 637, p. 54 ("The municipal law of England, or the rule of

L'utilizzo del precedente giudiziario richiede di distinguere, come visto sopra, la *ratio decidendi* (o *holding*), che ha valore precettivo, dagli *obiter dicta* i quali, pur contenuti nella decisione, non sono dotati di impatto normativo.<sup>213</sup> È infatti la *ratio* ad essere suscettibile di applicazione ed estensione ad altri casi successivi, ed è dunque la sola parte che il giudice deve estrapolare dal precedente per applicarla al caso di fronte a sé. Si tratta di un procedimento che si snoda in via analogica,<sup>214</sup> caso per caso, ma che poi, come alcuni hanno notato, muta sostanzialmente: una volta estrapolata, la *ratio* viene sottoposta ad un processo deduttivo, con il quale il suo carattere generale viene applicato alla nuova controversia.<sup>215</sup>

La traiettoria del *common law* è saldamente legata a questa sfera di diritto *non scritto* di creazione *giurisprudenziale*. Le regole relative all'identificazione del precedente all'interno di una sentenza, al suo valore normativo e al suo superamento attingono primariamente a questa sfera, che non ne connota solo il particolare tratto stilistico o generativo, ma ne condiziona l'esistenza e lo sviluppo. Come infatti messo in luce,<sup>216</sup> almeno per molto tempo se non persino nella fase attuale, il *common law* è emerso all'interno di dispute tra individui o gruppi volte ad ottenere un rimedio alla loro controversia.<sup>217</sup> Quantomeno nei Paesi del *Commonwealth* britannico, a questa fonte si è ricorsi per offrire risposte puntuali a questioni circoscritte, non per risolvere questioni sociali con *policies* di ampio respiro, le quali sono invece state affidate alla regolazione del legislatore.

È nel quadro del diritto di creazione giurisprudenziale che matura progressivamente nei sistemi di *common law* la formula dello "*stare decisis* (*et non quæta movere*)", per consolidarsi nell'Ottocento soprattutto in Inghilterra.<sup>218</sup> Essa, come noto, innanzitutto impone alle corti inferiori di rispettare i precedenti di quelle superiori, concretizzando l'esigenza di assicurare l'unitarietà dell'ordinamento e la sua stabilità tramite la gerarchia degli appelli. Tuttavia, nel diritto inglese il principio dello *stare decisis* si rafforza particolarmente anche in senso orizzontale, precludendo o disincentivando l'*overruling*<sup>219</sup> di una corte nei confronti dei propri

---

civil conduct prescribed to the inhabitants of this kingdom, may with sufficient propriety be divided into two kinds: the *lex non scripta*, the unwritten or common law; and the *lex scripta*, the written or statute law"). Chi ancora fa riferimento alla teoria dichiarativa, continuando ad identificare nel precedente il riflesso di un costume tradizionale, attribuisce alla sentenza un mero valore dichiarativo della consuetudine, ma le riconosce ugualmente un ruolo imprescindibile, in quanto la decisione giudiziaria rappresenta in ogni caso la fonte cui risalire per conoscere la norma da applicare.

<sup>213</sup> *Ex multis*, recentemente, L. Mezzetti, *Tradizioni giuridiche e fonti del diritto*, op. cit., 242.

<sup>214</sup> Parla di "metodo induttivo" A. Pizzorusso, *Corso di diritto comparato*, cit., 71.

<sup>215</sup> J. Waldron, *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*, op. cit., 29-30.

<sup>216</sup> H.K. Lucke, *The Common Law as Arbitral Law*, op. cit., passim.

<sup>217</sup> Lo notava anche G. Radbruch, *Lo spirito del diritto inglese*, op. cit., 35.

<sup>218</sup> V. Varano, *Regola del precedente*, overruling, *giustizia predittiva*, in *Ricordando Pizzorusso. Il diritto giurisprudenziale*, a cura di V. Messerini et al., Marina di Carrara, 2020, 176.

<sup>219</sup> R. Cross, J.W. Harris, *Precedent in English Law*, op. cit., 3.

precedenti. La revisione dei precedenti tramite l'*overruling* è funzionale, ancora una volta, all'unitarietà e al consolidamento dell'ordinamento, a garantire certezza e prevedibilità e a distinguere il ruolo del potere giudiziario da quello del legislativo: mentre il primo è chiamato a fare giustizia in nome del diritto preesistente, il secondo ha il compito di assicurare lo sviluppo dell'ordinamento tramite la normazione scritta.

L'evoluzione del precedente prende due strade piuttosto differenti rispettivamente in Inghilterra, che vedrà la sequela, sebbene in grado diverso, di molte delle colonie ed ex-colonie britanniche,<sup>220</sup> e negli Stati Uniti. Entrambe tali tendenze subiranno tuttavia analoghe tensioni con il progressivo espandersi dell'area coperta dal diritto legislativo e con la tendenza del diritto costituzionale ad estendere l'area delle tutele.

*Il diritto inglese e il Commonwealth.* Il fatto che il precedente giurisprudenziale sia totalmente sganciato da una disposizione giova a comprendere perché il suo statuto abbia vissuto diverse stagioni soprattutto nel diritto inglese. Per secoli il precedente in Inghilterra e Galles si è sviluppato strutturandosi e sostituendo progressivamente la pratica piuttosto vaga dei giudici di richiamare preesistenti orientamenti giurisprudenziali con l'allineamento a precise pronunce giudiziarie, che perdevano valore normativo solo qualora nei loro confronti si fosse dichiarato un esplicito e chiaro *overruling*. Soltanto alla fine dell'Ottocento, tuttavia, questo percorso si è completato.<sup>221</sup> Questo è accaduto in particolare con la nota decisione della *House of Lords London Tramways*,<sup>222</sup> che, abbracciando l'esigenza di estrema prevedibilità e rassicurazione nei confronti dei traffici commerciali, nel 1898 ha bloccato formalmente l'evoluzione del precedente, stabilendo che non avrebbe più effettuato l'*overruling* delle proprie decisioni e spingendo, con il suo ruolo di vertice nel sistema di appelli, l'intero apparato giudiziario in Inghilterra e Galles ad aderire ad una logica ferrea dello *stare decisis*.

---

<sup>220</sup> Si omette qui una disamina dell'evoluzione del precedente in Scozia. Ordinamento formalmente acquisito ai sistemi di *civil law*, esso ha comunque progressivamente gravitato sempre più intorno all'area di attrazione del *common law* inglese: *ex multis*, S. Farran, *Scots Law: A System in Search of a Family*, 61 *N. Ir. L. Q.* 311, 324 (2010) – ma il fenomeno è più risalente: J.T. Cameron, *Custom as a Source of Law in Scotland*, 27 *Mod. L. Rev.* 306, 320 (1964); M.S. Amos, *The Common Law and the Civil Law in the British Commonwealth of Nations*, 50 *Harvard L. Rev.* 1249, 1253, 1259 e 1262 (1937). Si è trattato, almeno per un lungo periodo, di un fenomeno di ibridazione che non sembrava tuttavia aver strappato totalmente la Scozia all'area del *civil law*: T. Mackay Cooper, *The Common and the Civil Law. A Scot's View*, 63 *Harvard L. Rev.* 468, 470 e 473 (1950). V'è chi tuttavia ritiene che ormai la Scozia si entrata nell'area di riferimento del precedente in termini molto simili all'Inghilterra (sebbene anche tale dottrina non sembri ricostruire l'esistenza di un precedente orizzontale): A.A. Paterson, T.St.J.N. Bates, *The Legal System of Scotland, Cases and materials*, III ed., Edimburgo, 1993, 378 e 380.

<sup>221</sup> H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, *op. cit.*, 237.

<sup>222</sup> *London Tramways Co v London County Council* [1898] AC 375.

Se *London Tramways* ha chiuso le porte agli *overrulings*, ha del resto indirettamente indicato quali fossero gli strumenti istituzionali per assicurare l'evoluzione giuridica. Il divieto autoimposto di *overruling* ha infatti implicitamente indirizzato le istanze di modernizzazione giuridica verso il Parlamento: la soluzione di *London Tramways*, mentre abbracciava il liberalismo in sostanza stabilizzando le relazioni economiche in maniera permanente, affidava il potere di generare diritto al Parlamento, secondo una rigida distinzione dei ruoli.

Quando, negli anni Sessanta del Novecento, sotto la spinta propulsiva e modernizzante di Lord Gardner,<sup>223</sup> la *House of Lords* è ritornata sui suoi passi riacquisendo il potere di effettuare *overruling*, non ha tuttavia alterato le linee fondamentali lungo le quali il *common law* si era sviluppato in epoca moderna e contemporanea. Nel *Practice statement* del 1966,<sup>224</sup> con il quale la *House of Lords* ha riassunto il potere di "allontanarsi dai suoi precedenti" quando "necessario", l'*overruling* è stato comunque confermato come eccezionale, e praticabile solo una volta soppesati i suoi potenziali effetti sulle relazioni sociali ed economiche.<sup>225</sup> In sostanza, nel consentire nuovamente l'*overruling*, la *House of Lords* ha evidenziato che questo potesse essere utilizzato solo a seguito di una serie di verifiche che valutassero le potenziali conseguenze sull'equilibrio tra gli interessi coinvolti. Tale premura è del resto particolarmente comprensibile se si considera che l'*overruling*, a differenza dell'attività normativa svolta dal Parlamento, normalmente produce effetti retroattivi.<sup>226</sup>

Su un equilibrio non significativamente diverso si sono collocati, pur in posizioni parzialmente diverse,<sup>227</sup> anche i territori del *Commonwealth* progressivamente resisi autonomi dalla madrepatria.<sup>228</sup> Nell'ordinamento canadese, dopo il distacco nel 1949 dalla giurisdizione del *Privy Council*,<sup>229</sup> la Corte suprema, ascesa al vertice della piramide giudiziaria,<sup>230</sup> ha adottato un

---

<sup>223</sup> In particolare con il suo G. Gardiner, A. Martin, *Law Reform Now*, Londra, 1964.

<sup>224</sup> *Practice Statement* [1966] 3 All ER 77.

<sup>225</sup> *R Kneller (Publishing, Printing and Promotions) Ltd* [1973] AC 435 per Lord Reid: "I think that however wrong or anomalous the decision may be it must stand and apply to cases reasonably analogous unless or until it is altered by Parliament".

<sup>226</sup> Su questo si veda in particolare *Kleinwort Benson Ltd. et al. v. Lincoln City Council Kleinwort et al* [1998] UKHL 38; *National Westminster Bank plc (Respondents) v. Spectrum Plus Limited and others (Appellants)* [2005] UKHL 41.

<sup>227</sup> La necessità per gli ordinamenti nati nel contesto del *Commonwealth* di distaccarsi da un eccessivo legame con il diritto della madrepatria per consolidare la propria identità nazionale è considerata in H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, *op. cit.*, 248.

<sup>228</sup> G. Romeo, *L'argomentazione costituzionale di common law*, *op. cit.*, 103.

<sup>229</sup> Sull'influenza che l'ordinamento britannico con la sua giurisprudenza ha esercitato sul Canada anche oltre questa data si veda *Id.*, 165. Più risalente la posizione sul tema di E. McWhinney, *The Role of the Privy Council in Judicial Review of the Canadian Constitution – A Post-Script*, 5 *Vand. L. Rev.* 746 (1952).

<sup>230</sup> L. David, *Stare Decisis, the Charter and the Rule of Law in the Supreme Court of Canada*, *op. cit.*, 33.

approccio allo *stare decisis* “flessibile”,<sup>231</sup> il quale però non ha “marcato l’inizio di un periodo di smarrimento o facile rovesciamento di qualunque decisione del *Privy Council* con il quale la Corte suprema canadese fosse in disaccordo”.<sup>232</sup>

Progressivamente, anche con l’incoraggiamento del *Practice Statement* che aveva liberato la madrepatria dal rigido rispetto del precedente,<sup>233</sup> la Corte suprema canadese ha fatto ricorso con crescente facilità al rovesciamento del precedente in presenza di “impellenti ragioni”.<sup>234</sup> Si è trattato inizialmente di casi in cui la Corte riscontrava degli errori nella giurisprudenza pregressa e provvedeva ad appianarli; solo in seguito gli *overrulings* sono passati dalla “correzione dell’errore allo sviluppo della giurisprudenza”,<sup>235</sup> dando vita ad un mutamento di atteggiamento che ha trascinato anche altre corti, in particolar modo dopo l’introduzione della *Carta delle libertà* nel 1982.<sup>236</sup> Complessivamente, tuttavia, il quadro è di una flessibilità più espressa che reale, essendosi in particolare la Corte suprema mossa con circospezione.<sup>237</sup> Essa ha adottato un approccio evolutivo solo in quanto necessario ad assicurare l’operatività del *common law* di fronte a fenomeni socio-economici mutevoli: ha dunque aggiornato il suo bagaglio di tutele giurisprudenziali qualora, alla prova dell’esperienza, quest’ultimo non fosse più in grado di esprimere una capacità regolativa.<sup>238</sup>

Non molto diversamente si sono sviluppate le vicende in Australia. Quest’ordinamento ha mantenuto un atteggiamento di prudente sviluppo<sup>239</sup> del *common law*,<sup>240</sup> anche successivamente al distacco – prima nei fatti e poi formalizzato – del sistema nazionale degli appelli dal *Privy Council* britannico,<sup>241</sup>

---

<sup>231</sup> *Id.*, 35.

<sup>232</sup> *Id.*

<sup>233</sup> *Id.*, 36.

<sup>234</sup> *Binus v. The Queen* [1967] S.C.J. No. 49, [1967] S.C.R. 594, 601, per Carwright.

<sup>235</sup> *R. v. Henry*, [2005] S.C.J. No. 76, [2005] 3 S.C.R. 609, para. 53 (S.C.C.) (“this Court’s mandate became oriented less to error correction and more to development of the jurisprudence”), In questo senso la Corte è stata stimolata dal *Supreme Court Act* (1985), il quale, investendola del ruolo di affrontare questioni di “pubblico rilievo”, ha suffragato un attivismo giurisprudenziale proprio per ragioni di sviluppo del diritto e non solo di correzione degli errori (R.S.C., 1985, c. S-26, par. 40).

<sup>236</sup> L. David, *Stare Decisis, the Charter and the Rule of Law in the Supreme Court of Canada*, *op. cit.*, 40.

<sup>237</sup> *Id.*, 43.

<sup>238</sup> *Id.*, 360.

<sup>239</sup> I primi episodi di rottura sono stati *Parker v. The Queen* (1963) 111 CLR 610 e *Skelton v. Collins* [1966] 1 W.L.R. 1234, in cui la *High Court* ha deciso di non seguire le orme della *House of Lords*: S. Walpole, *The Development of the High Court’s Willingness to Overrule Common Law Precedent*, 45 *Fed. L. Rev.* 291, 299 (2017) e E. St. John, *Lords Break from Precedent: An Australian View*, 16 *Int’l. & Comp. L. Quart.* 808, 810 (1967).

<sup>240</sup> G. Hill, A. Stone, *The Constitutionalism of the Common Law*, 25 *Adel. L. Rev.* 67, 67-68 (2004).

<sup>241</sup> Sebbene “the decision of the Judicial Committee [del *Privy Council*] are not as binding as those of other common law courts ... its decisions have always been considered more binding than a mere persuasive precedent”: così M. Gobbo, *The Practice of Comparative Law by the*

tra il 1968 e il 1986.<sup>242</sup> Sebbene, come la *High Court* ha notato in *Viro v. The Queen* (1978),<sup>243</sup> fossero allora venute meno le ragioni di uniformità con la Gran Bretagna che avevano impedito un esplicito avanzamento del *common law* australiano,<sup>244</sup> quell'ordinamento ha comunque mantenuto per un certo tempo una prospettiva conservatrice.<sup>245</sup> Rivedere una decisione anteriore ha effettivamente rappresentato un'ipotesi praticabile soprattutto per adeguare il diritto alle esigenze di un ordinamento che andava rendendosi indipendente e sviluppava una propria identità socio-economica, in crescente distacco dalla Gran Bretagna e persino in contraddizione con essa;<sup>246</sup> tuttavia l'Australia ha mantenuto infatti anche dopo il 1986 all'*overruling* il carattere di evento "eccezionale", accettabile solo dopo il "più attento scrutinio dei precedenti" e una "piena considerazione delle eventuali conseguenze" che sarebbero seguite alla modifica della giurisprudenza.<sup>247</sup> È solo con la cosiddetta *Mason Court*, una maggioranza giudiziaria imperniata intorno al *Chief Justice* Mason tra il 1987 e il 1995, che è emersa una dottrina maggiormente favorevole a cercare risultati giudiziari "giusti" e a rigettare "l'adesione ... a regole e dottrine che sono irrazionali".<sup>248</sup>

L'elemento storico di maggiore rilievo per comprendere l'evoluzione del fenomeno giuridico nel *Commonwealth* e innanzitutto nella Gran Bretagna consiste nell'acquisizione da parte del potere legislativo di ampi spazi di

---

*Supreme Courts of Australia and New Zealand*, in G.F. Ferrari (ed.), *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Leida, 2019, 196. Sul ruolo storico fondamentale del *Privy Council*, si veda Rt Hon Sir I. Richardson, *The Privy Council as the Final Court for the British Empire*, 43 *Vict. U. Well. L. Rev.* 103, 103 (2012).

<sup>242</sup> L. Zines, *The Common Law in Australia*, *op. cit.*, 344. In particolare qui si tratta del *Privy Council (Limitation of Appeals) Act (Cth)* 1968 e degli *Australia Acts 1986*.

<sup>243</sup> 141 CLR 88, 11 aprile 1978, *per* Barwick C.J., 4 93: "I am of the opinion that this court is no longer bound by decisions of the Privy Council whether or not they were given before or after the date when the Privy Council (Appeals from the High Court) Act 1975 ... became effective". L'opinione fa infatti notare come il venir meno di un livello di giurisdizione d'appello superiore avrebbe consentito alla *High Court* di liberarsi dei precedenti anche anteriori, in sostanza depotenziando lo *stare decisis* in senso orizzontale a causa di venire meno dello *stare decisis* verticale (Ibidem, 4, 93).

<sup>244</sup> L. Zines, *The Common Law in Australia*, *op. cit.*, 344; S. Walpola, *The Development of the High Court's Willingness to Overrule Common Law Precedent*, *op. cit.*, 293-294, ove viene messo in luce che fino al 1962 gli *overrulings* della *High Court* erano funzionali a eliminare i propri precedenti in contrasto con il diritto che si sviluppava alla *House of Lords*. Il superamento dei precedenti nel quadro di una emancipazione di un ordinamento dal contesto imperiale britannico è un tema affrontato in profondità da D. Zecca, *L'overruling come sintomo dell'autonomia degli ordinamenti di common law dalla Imperial Constitution*, in *Dir. pubb. comp. eur. online*, 2020.

<sup>245</sup> *Id.*, 293 ritiene che questa fase si collochi fino al 1974, per poi vedere uno sviluppo più esplicito nei decenni successivi. Si vedano anche l'autorevole opinione di Sir O. Dixon, *Concerning Judicial Method*, 29 *Australia L. J.* 468 (1956).

<sup>246</sup> S. Walpola, *The Development of the High Court's Willingness to Overrule Common Law Precedent*, 312.

<sup>247</sup> *Queensland v. Commonwealth* [1977] HCA 60, *per* Stephen.

<sup>248</sup> Queste le espressioni dello stesso Mason in Sir A. Mason, *The Australian Judiciary in the 1990s – Address to the Sydney Institute*, 6 *Sydney Papers* 110, 114 (1994).

manovra a spese delle corti, rispetto alla situazione nella quale scriveva Dicey. Se quest'ultimo pensava ad un *common law* pervasivo, capace di tutelare i diritti individuali, il *common law* inglese di inizio ventunesimo secolo è invece ormai affiancato da un forte apparato legislativo, che ha assunto formalmente preoccupazioni di difesa dei diritti fondamentali in particolare tramite lo *Human Rights Act* (1998) e che in ogni caso lo sovrasta grazie alla capacità della legislazione di origine parlamentare di sostituirsi a qualunque precedente giurisprudenziale.

Rimane nel frattempo largamente indiscussa la distinzione tra la funzione delle corti di *sviluppare* il *common law* e quella di *interpretare* gli *statutes*. La sfera d'azione del primo, con il suo patrimonio di diritti e tutele, è rimasta per i giuristi britannici ben distinta da quella generata dalla produzione legislativa assicurata dal Parlamento. Anche in tempi recenti, non sono mancate le occasioni in cui la Corte Suprema del Regno Unito ha riconosciuto l'esistenza nel quadro del *common law* di diritti fondamentali.<sup>249</sup> Tuttavia, per quanto solo sommariamente definiti, questi non pervadono l'orizzonte giuridico: mantengono lo spazio definito dai confini del *common law*. Icasticamente, nel 2014, a proposito della possibilità di ricondurre al *common law* il diritto al voto, Lady Hale ha affermato che “[s]arebbe meraviglioso se il *common law* avesse riconosciuto un diritto al suffragio universale. Tuttavia ... esso non lo ha mai fatto”: dunque non avrebbe senso affermare che “le donne hanno il diritto di *common law* a votare, sarebbe chiaramente assurdo”.<sup>250</sup> L'evoluzione dei diritti di matrice legislativa dunque non si traduce normalmente nell'arricchimento del *common law*, che rimane un ambito giuridico distinto, dai contenuti specifici e governato dalle sue regole.

*Il diritto statunitense.* Recidendo bruscamente il legame con la madrepatria ben prima che si stabilizzasse il sistema di precedenti, l'esperienza statunitense non ha mai conosciuto una rigidità dello *stare decisis* anche solo paragonabile a quella strutturatasi nel secondo Ottocento inglese e culminata in *London Tramways*. Tuttavia, il diritto degli Stati Uniti ha senz'altro ereditato la logica causidica, l'apparato concettuale e la cultura del precedente tendenzialmente vincolante dall'Inghilterra,<sup>251</sup> per poi vederne inizialmente un tramonto e in seguito una riemersione,<sup>252</sup> come vedremo più avanti.

Se il *common law* statunitense ha subito, com'è naturale, una riduzione

<sup>249</sup> In particolare con *R (Unison) v Lord Chancellor* [2017] UKSC 51, [2017] 3 WLR 409; *R (Privacy International) v Investigatory Powers Tribunal* [2019] UKS 22, [2019] 2 WLR 1219.

<sup>250</sup> Lady Hale, in *Moohan et al. v The Lord Advocate* [2014] UKSC 67, par. 56.

<sup>251</sup> R. Kozel, *Stare Decisis as Authority and Aspiration*, *op. cit.*, 1972, nota che “[w]henver the next prospective Justice is nominated to the U.S. Supreme Court, we can count on one thing: senators will ask about the nominee's attitude toward precedent”.

<sup>252</sup> N. Devins, D. Klein, *The Vanishing Common Law Judge*, 165 *U. Pa. L. Rev.* 595, 595 (2017).

dello spazio a causa del crescente ambito d'azione legislativo, che ne ha soppiantato l'ampia area di applicazione sociale, alcuni fattori in particolare ne hanno segnato il forte declino.<sup>253</sup> Mentre la Ricostruzione post-guerra civile e l'industrializzazione hanno spostato lentamente il centro dell'attenzione dal piano statale al piano federale, potenziando dunque la capacità normativa di Washington, *Erie Railroad Co. v. Tompkins* (1938)<sup>254</sup> ha escluso dal nuovo scenario il *common law*. Infatti, con quella singola decisione la Corte suprema federale ha sancito che non esisteva "un *common law* federale generale". La nota opinione con la quale Cardozo ha rovesciato una decisione di quasi cent'anni prima<sup>255</sup> che aveva inteso promuovere l'unificazione per via giurisprudenziale del diritto commerciale negli Stati Uniti in nome del progresso economico, ha precluso un ruolo attivo alle corti federali nello sviluppo del *common law*, che avrebbe altrimenti avuto modo di fiorire nel suo terreno di elezione, il diritto privato.<sup>256</sup> *Erie Railroad* ha inevitabilmente relegato la sopravvivenza di tale tipo di diritto agli ambiti statali, che nel frattempo andavano riducendosi e nei quali ugualmente cresceva l'azione del potere legislativo,<sup>257</sup> erodendo la sfera del diritto di matrice giurisprudenziale.<sup>258</sup>

Confinato allo spazio statale, il *common law* americano statale ha subito ulteriori ridimensionamenti a causa innanzitutto della prassi. Infatti, controversie privatistiche di rilievo si sono spostate dalle corti al perimetro arbitrale, meno prolisso e spesso meno costoso. Gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie privatistiche hanno drenato molti casi, depauperando il ruolo delle corti statali di questioni importanti. Poiché i collegi arbitrali possono agire in via riservata, non producono precedenti e non ne sono vincolati, essi sono diventati un foro ideale per molte controversie sensibili socialmente o che, se condotte di fronte a corti ordinarie, avrebbero potuto originare orientamenti giurisprudenziali controproducenti per una o più parti in causa.<sup>259</sup> Aree sensibili e potenzialmente interessanti sono state in tal modo sottratte al *common law*.

Un terzo e ultimo fattore di ridimensionamento del *common law* negli Stati Uniti che è necessario citare è rinvenibile in precise scelte politiche, poiché nel secondo Novecento diverse agenzie governative hanno sostituito spazi del *common law*,<sup>260</sup> acquisendo competenze regolatorie e giudiziarie e assorbendo in tal modo ambiti fino ad allora regolati dal diritto

---

<sup>253</sup> F. Schauer, *The Failure of the Common Law*, 36 *Ariz. St. L.J.* 765, 765 (2004).

<sup>254</sup> 304 U.S. 64.

<sup>255</sup> *Swift v. Tyson*, 1842.

<sup>256</sup> D.M. Dorsen, *Nery Friendly, Greatest Judge of His Era*, Cambridge (Mass.), 2012.

<sup>257</sup> 304 U.S. 79. J.L. Entrikin, *The Death of Common Law*, 42 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 351, 412 (2019).

<sup>258</sup> F. Schauer, *The Failure of the Common Law*, *op. cit.*, 768.

<sup>259</sup> J.L. Entrikin, *The Death of Common Law*, *op. cit.*, 450.

<sup>260</sup> *Id.*, 450.

giurisprudenziale.<sup>261</sup>

## 8.2. Il precedente interpretativo

Nell'analisi del filosofo del diritto John Gardner, nel diritto di provenienza legislativa il testo legislativo costituisce “il primario *oggetto* di interpretazione”.<sup>262</sup> Questo aspetto lo separa chiaramente dal *common law*, all'interno del quale “nessuna formulazione linguistica ha lo *status* autoritativo del testo di una disposizione scritta”.<sup>263</sup> Detto in altri termini, non si è più all'interno di una “fonte senza disposizione”:<sup>264</sup> il precedente interpretativo trae forza e collocazione dalla fonte legislativa su cui poggia e da cui non è separabile.<sup>265</sup>

Queste osservazioni consentono di introdursi nel *quid proprium* del precedente relativo al diritto prodotto dal Parlamento. Il precedente che interpreta la legge non contiene una sua *ratio decidendi*: quest'ultima deriva invece dalla volontà di legiferare,<sup>266</sup> ed è ciò che vincola i giudici. Anche l'area legislativa vede un importante ruolo del precedente, perché il significato attribuito ad una disposizione scritta proveniente dal legislatore può esercitare un effetto sugli interpreti successivi.<sup>267</sup> In particolare, come notava Pizzorusso a proposito degli ordinamenti di *common law*, “le regole introdotte mediante *statutes*, una volta applicate dai giudici, si ricoprono di precedenti che cominciano con l'interpretarle ma finiscono col sostituirle, cosicché dopo qualche tempo i giudici applicano piuttosto i precedenti formati in base agli *statutes* che non gli *statutes* medesimi”.<sup>268</sup>

Quanto diceva Pizzorusso a proposito degli *statutes* echeggia la sua diagnosi della situazione italiana e più ampiamente dei sistemi di *civil law*. Egli rilevava infatti come la Consulta avesse deciso di esercitare “il controllo di costituzionalità sulla regola che risulta” dalla interpretazione di una disposizione data dalla Cassazione.<sup>269</sup> Tuttavia, il suo contributo, oltre che ricognitivo, ha avuto anche un importante profilo creativo sul piano culturale: come ha notato tra gli altri Massimo Luciani,<sup>270</sup> Pizzorusso ha individuato e in un certo senso legittimato la costituzione di un polo di produzione del diritto alternativo a quello degli organi di indirizzo politico, ossia quello giurisprudenziale. Conviene notare che entrambi i poli convergono sul *medesimo testo normativo*: da tale convergenza non nasce

<sup>261</sup> N. Devins, D. Klein, *The Vanishing Common Law Judge*, *op. cit.*, 599.

<sup>262</sup> J. Gardner, *Some Types of Law*, *op. cit.*, 5.

<sup>263</sup> L. Zines, *The Common Law in Australia*, *op. cit.*, 353.

<sup>264</sup> A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, *op. cit.*, 708.

<sup>265</sup> J. Gardner, *Some Types of Law*, *op. cit.*, 36.

<sup>266</sup> *Id.*, 29.

<sup>267</sup> *Id.*, 6.

<sup>268</sup> A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, *op. cit.*, 716.

<sup>269</sup> *Id.*, 723.

<sup>270</sup> M. Luciani, *Diritto politico versus diritto giurisprudenziale*, in *Ricordando Pizzorusso*, *op. cit.*, 67.

alcuna giustapposizione tra “diritto politico” e “diritto giurisprudenziale”, ma piuttosto la loro sovrapposizione, perché entrambi si applicano al medesimo materiale.<sup>271</sup>

Quanto appena visto consente di rilevare contemporaneamente l'importanza del precedente per qualunque ordinamento giuridico, la sua valenza specifica nel campo degli ordinamenti di *civil law* e ciò che li separa da quelli di *common law*. Il precedente negli ordinamenti di *common law* si distingue infatti nella funzione e nel contenuto. Nel campo del diritto prodotto dalle corti, il precedente detiene forza normativa ed è l'unico strumento sia di sviluppo sia di regolarità dell'ordinamento. Viceversa, nel campo del diritto di matrice parlamentare esso si distingue dalla disposizione, che può mutare per volontà del Parlamento ed è la base dell'efficacia normativa del medesimo precedente.

*L'età della legislazione nel common law.* Se i teorici britannici Bentham e Austin non sono stati in grado di persuadere i contemporanei e nemmeno i successori ad adottare dei veri e propri codici,<sup>272</sup> le loro teorie hanno sicuramente stimolato vasti movimenti culturali che, con l'emergere di uno stato sociale, hanno spinto il potere politico ad intervenire decisamente, uniformando, chiarendo e semplificando un tessuto normativo che altrimenti si sarebbe sviluppato in maniera puntillistica, precedente per precedente e tendenzialmente senza visione unitaria:<sup>273</sup> in sostanza, i due grandi teorici hanno offerto una base intellettuale per incoraggiare non solo la solidificazione del precedente, ma anche la regolazione sociale che un diritto puramente giurisprudenziale, sviluppandosi dal basso e con lenta progressione, sarebbe stato incapace di assicurare.<sup>274</sup>

Sebbene i sistemi di *common law* siano rimasti ben lontani dall'acquisire la sistematicità codicistica, essi hanno in un certo senso aspirato ad alcuni degli obiettivi di quest'ultima, promuovendo il ricorso a soluzioni legislative in nome della semplicità, prevedibilità e capacità di temperare diversi interessi. Dalla necessità, cui dava risposta il *common law*, di risolvere specifiche controversie tramite sentenze poi applicate in via analogica,<sup>275</sup> le preoccupazioni intellettuali e istituzionali si sono spostate sull'esigenza di imprimere una direzione collettiva ai comportamenti sociali tramite

---

<sup>271</sup> *Id.*

<sup>272</sup> R. Mullins, *Protected Reasons and Precedential Constraint*, 26 *Legal Theory* 40, 40 (2020).

<sup>273</sup> Gli Stati Uniti hanno tentato di garantire prevedibilità e chiarezza al sistema di precedenti sviluppando istituzioni culturali dedicate, come l'*American Law Institute*, e la pratica dei *restatements*: J.L. Entrikin, *The Death of Common Law*, *op. cit.*, 411 e A. Martinuzzi, *Ordine giurisprudenziale e fatti istituzionali: un'analisi comparata sulla capacità normativa dei corpi intermedi*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2020, 892.

<sup>274</sup> J.L. Entrikin, *The Death of Common Law*, *op. cit.*, 356.

<sup>275</sup> Sul ruolo dell'analogia nell'applicazione del *common law* si veda, *ex multis*, P. Jaffey, *Two Ways to Understand the Common Law*, *op. cit.*, 445.

indicazioni generali affidate al diritto legislativo.<sup>276</sup> Questo ha trascinato con sé nel secondo Novecento il dibattito sul ruolo del precedente in alcuni Paesi-chiave del *common law*: se il tema del rispetto delle decisioni già prese era nato nel quadro del diritto giurisprudenziale, quando il baricentro di tali ordinamenti si è spostato sul lato del potere legislativo la questione del precedente ha seguito tale oscillazione.

*Il diritto inglese e il Commonwealth.* Il ruolo che in Inghilterra e nel Regno Unito ha avuto il diritto di origine parlamentare è colto ancora una volta dal filosofo John Gardner. Questi, pur partendo da una impostazione chiaramente positivista, che gli impediva di aderire alla teoria secondo cui il *common law* non era altro che il precipitato delle consuetudini,<sup>277</sup> nel distinguere la tipologia di fonti evidenziava nondimeno come la legislazione, a differenza del *common law*, fosse “intenzionale”.<sup>278</sup> Quest’affermazione non significava semplicemente che essa fosse il frutto di una deliberazione del Parlamento e non, come nel caso di un giudice, della necessità di decidere un caso cui egli non poteva sottrarsi: piuttosto l’intenzionalità esprimeva la circostanza che “la legislazione è introdotta con l’intenzione di *cambiare il diritto*”.<sup>279</sup>

La differenza tra la natura del *common law* e quella degli *statutes*, colta da Gardner sul piano dell’intenzionalità, impone ai giudici dei contegni molto differenti. Mentre, nel mutare delle sue stagioni, l’applicazione giudiziaria del *common law* ha avuto ai due poli la necessità di assicurare certezza e prevedibilità quanto di garantire lo sviluppo dell’ordinamento, nel campo degli *statutes* il quadro in cui agisce il giudice è considerevolmente differente. Infatti, il rispetto per il legislatore gli impone di attribuire “ad una legge del Parlamento ... il significato che essa ha avuto fin dal giorno in cui è stata pubblicata”. Naturalmente il giudice può effettuare l’*overruling* sull’interpretazione di una disposizione legislativa in caso precedente, qualora quest’ultima sia “sbagliata”: il giudice in tal caso non farebbe che “correggere un errore interpretativo”.<sup>280</sup> Tuttavia il giudice non è tenuto ad ascrivere alla legislazione un’interpretazione differente da quella che egli comprende essere l’intenzione legislativa. Lo spirito del *common law* inglese esprime nel campo degli *statutes* “un’aderenza molto ... stretta del giudice alla lettera della legge” – maggiore, notava Pizzorusso, “di quanto si abbia normalmente nei paesi di *civil law*”.<sup>281</sup>

Le ex-colonie britanniche non si sono discostate significativamente da

<sup>276</sup> F. Schauer, *The Failure of the Common Law*, *op. cit.*, 772.

<sup>277</sup> J. Gardner, *Some Types of Law*, *op. cit.*, 38.

<sup>278</sup> *Id.*, 7.

<sup>279</sup> *Id.* (enfasi aggiunta).

<sup>280</sup> *National Westminster Bank plc (Respondents) v. Spectrum Plus Limited and others and others (Appellants)* [2005] UKHL 41, par. 38, *per* Lord Nicholls of Birkenhead.

<sup>281</sup> A. Pizzorusso, *Corso di diritto comparato*, *op. cit.*, 71.

questo approccio. La Corte suprema canadese ha trattato il suo precedente interpretativo di una disposizione legislativa non diversamente dal modo in cui ha considerato il *common law*:<sup>282</sup> sebbene non abbia adottato esplicitamente una chiara distinzione tra diritto giurisprudenziale e legislativo vista sopra nello scenario inglese, sul piano pratico la Corte ha dunque mantenuto “alta” “la soglia per allontanarsi da un precedente” interpretativo della legislazione.<sup>283</sup>

Il diritto australiano si colloca in una posizione di particolare attenzione al testo scritto. La sua *High Court* ha infatti esplicitamente spiegato che “il fatto che una particolare interpretazione sia a lungo stata accettata presenta un potente fattore da considerare”, ma non possa tuttavia “impedire ... di allontanarsi da una interpretazione anteriore” qualora questa sia errata: e ciò soprattutto nel campo del diritto costituzionale, poiché in caso contrario un precedente erroneo acquisirebbe un valore superiore al testo della Costituzione australiana.<sup>284</sup> Quest’approccio complessivamente ha indotto una particolare cautela, consentendo un *overruling* a fronte non soltanto di una attenta ricostruzione del testo costituzionale, ma anche dei precedenti che si sono sviluppati intorno al punto in questione.<sup>285</sup>

Nei confronti della legislazione ordinaria il precedente australiano appare invece meno solido, e tradisce segni di evoluzione della teoria delle fonti e della distribuzione dei ruoli tra il potere giudiziario e quello legislativo. Quello che è stato definito l’“approccio moderno” – divenuto secondo alcuni la nuova “ortodossia interpretativa”<sup>286</sup> – sostiene la possibilità e persino l’opportunità per il giudice di aggiornare il significato di una disposizione scritta. Quest’atteggiamento giudiziario, esplicitamente definito “attivista”, patrocinerebbe la “convergenza tra il trattamento giudiziario dei precedenti interpretativi della legislazione e quelli di *common law*”: in sostanza, attribuirebbe al giudice il ruolo di assicurare l’aggiornamento normativo non solo nei campi devoluti al *common law*, ma anche in quelli regolati dalla legislazione.<sup>287</sup>

*Il diritto statunitense.* La tradizione di *common law* statunitense mostra una diffusa consapevolezza del fatto che l’ordinamento federale ha dato origine ad una saldatura tra il diritto scritto e il precedente. Da quando, nel 1938, si è sancita l’inesistenza di un *common law* federale con *Erie Railroad Co. v. Tompkins*<sup>288</sup> nella Corte Suprema in particolare gli sforzi si sono

---

<sup>282</sup> L. David, *Stare Decisis, the Charter and the Rule of Law in the Supreme Court of Canada*, *op. cit.*, 48.

<sup>283</sup> *Id.*, 48.

<sup>284</sup> *Queensland v. Commonwealth* [1977] HCA 60, *per* Barwick.

<sup>285</sup> *Id.*, *per* Gibbs.

<sup>286</sup> L. Burton Crawford, D. Meagher, *Statutory Precedents under the “Modern Approach” to Statutory Interpretation*, *op. cit.*, 209-2010.

<sup>287</sup> *Id.*, 211.

<sup>288</sup> 304 U.S. 64.

focalizzati sull'inquadramento del precedente interpretativo di disposizioni scritte. Tra le molte contrapposizioni, che hanno opposto i sostenitori di una lettura progressiva del diritto a coloro cui preme la tenuta dei precedenti e infine a coloro che sono favorevoli ad eliminarli per far rivivere quel che è considerato il significato originario del testo,<sup>289</sup> la Corte ha mostrato di distinguere il trattamento dei precedenti che si applicano alla legislazione da quelli che riguardano il testo costituzionale. Per i primi la Corte suprema ha osservato una significativa – anche se non indiscussa<sup>290</sup> – adesione al precedente, nella consapevolezza che il Congresso è in grado di emendare una disposizione legislativa e dunque neutralizzare la giurisprudenza sviluppatasi intorno ad essa. La Corte ha invece riservato un approccio più mite nei confronti dei precedenti costituzionali, rispetto ai quali ha mantenuto un'area di manovrabilità, soprattutto a causa delle difficoltà di modificare la Costituzione federale.<sup>291</sup>

Anche in questo secondo campo la Corte Suprema ha comunque mostrato una significativa deferenza nei confronti della giurisprudenza sviluppatasi. Celebre è, in questo senso, *Planned Parenthood v. Casey*, su cui si tornerà più avanti e con la quale la Corte ha rifiutato di rivisitare la propria giurisprudenza sull'interruzione volontaria di gravidanza, notando che “[l]a libertà non può rifugiarsi in una giurisprudenza basata sui dubbi”.<sup>292</sup> Il conflitto tra testualisti<sup>293</sup> e sostenitori dello *stare decisis* si è tuttavia fortemente accresciuto negli anni recenti, da quando all'interno della Corte si è infatti infoltito il gruppo di giuristi che, in particolare in nome della centralità della Costituzione, propone una lettura debole dello *stare decisis*.<sup>294</sup>

La Corte suprema dunque presenta un approccio davvero sfaccettato nei confronti del precedente. Complessivamente, si può però rilevare una vasta attenzione nei suoi confronti: sebbene senz'altro non proteso verso un granitico *stare decisis*, questo atteggiamento tende ad offrire una presunzione a favore del mantenimento del precedente e dunque degli interessi che si sono consolidati sotto la sua vigenza. Chi nutre interessi confliggenti ha invece l'onere di persuadere la Corte sull'utilità di rivalutare la giurisprudenza.<sup>295</sup> Quest'atteggiamento si è manifestato anche in alcune decisioni recenti, le quali, sebbene solo con degli *obiter*, hanno enfatizzato come, poiché per la Corte lo *stare decisis* costituisce “una pietra fondativa del *rule of law*”,<sup>296</sup> non

<sup>289</sup> A.C. Barrett, *Precedent and Jurisprudential Disagreement*, 91 *Texas L. Rev.* 1711, 1714 (2013).

<sup>290</sup> W.N. Eskridge, Jr., *Overruling Statutory Precedents*, 76 *Geo. L. J.* 1361, 1361 (1987-1988).

<sup>291</sup> A.C. Barrett, *Precedent and Jurisprudential Disagreement*, *op. cit.*, 1713.

<sup>292</sup> *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey* 505 U.S. 833, 844 (1992). Un esempio recente di questo conflitto è in *June Medical Services L.L.C. v. Russo* 591 U.S. \_\_\_\_ (2020), Roberts.

<sup>293</sup> Sulla suddivisione dell'area dei testualisti si veda, *ex multis*, A. Rosen, *Statutory Interpretation and the Many Virtues of Legislation*, 37 *Ox. J. L. S.* 134, 138 (2017).

<sup>294</sup> Recentemente, *ex multis*, J.O. McGinnis, *Roberts and Thomas Battle over Burke*, July 2, 2020, [lawliberty.org](http://lawliberty.org).

<sup>295</sup> A.C. Barrett, *Precedent and Jurisprudential Disagreement*, *op. cit.*, 1723.

<sup>296</sup> *Michigan v. Bay Mills Indian Community* 572 U.S. 782, 798 (2014), poi richiamata in *Allen v.*

sarebbe possibile la revisione di un precedente semplicemente evocando la percezione che esso sia ingiusto.<sup>297</sup>

Generalmente la Corte suprema ha progressivamente evitato di affiancarsi con la propria giurisprudenza al processo politico. Sebbene su questo punto il dibattito sia sempre stato molto vivace, la Corte ha in anni recenti dimostrato di giustificare più facilmente i propri *overruling* lamentando che un precedente avesse male interpretato sentenze più risalenti, oppure non fosse più suscettibile di concreta applicazione;<sup>298</sup> ha invece evitato di utilizzare considerazioni di giustizia,<sup>299</sup> che l'avrebbero avvicinata maggiormente alla sfera dei processi di produzione legislativa.

*Il diritto di civil law e in particolare quello italiano.* Nel quadro dei sistemi di *civil law* il precedente normalmente deriva il suo ruolo innanzitutto dall'esistenza di una struttura giurisdizionale che termina in un vertice, capace di esercitare una funzione di orientamento tramite il sistema degli appelli. Se questo però rientra nel quadro del precedente verticale, nel quadro di quello orizzontale il precedente ha normalmente quantomeno una funzione orientativa,<sup>300</sup> come aveva del resto notato Cross. In quali termini il precedente orienti la giurisprudenza complessiva è tuttavia ancora incerto ed è stato a lungo un elemento su cui la riflessione è stata complessivamente parca.<sup>301</sup> Questo ha reso particolarmente difficile stabilire la *ratio* da estrapolare e applicare quanto il vigore con il quale esso si applichi alle fattispecie successive.

Il diritto italiano è stato investito fortemente dall'evoluzione del sistema delle fonti che ha sviluppato la componente giurisprudenziale. Valga considerare innanzitutto la Corte di Cassazione, la quale con la sua funzione nomofilachica ha fisiologicamente la funzione di chiusura sul piano interpretativo e pertanto richiama abbondantemente la sua giurisprudenza – come visto, con un uso estremamente diffuso della categoria di *overruling*. In realtà la Cassazione ha attirato l'attenzione degli studiosi internazionali per il suo “eccessivo carico di precedenti”, considerato “dannoso per il funzionamento adeguato quanto lo sarebbe una mancanza di casi”.<sup>302</sup> La sua struttura composita e l'alto volume di sentenze rende infatti strutturalmente impraticabile l'utilizzo del precedente come strumento ordinante, se si pensa che in sei anni si sono conteggiati 864 *overruling* impliciti presso le sezioni civili della Corte di Cassazione.<sup>303</sup>

Anche la Consulta ha usato largamente il fattore giurisprudenziale.

---

Cooper 589 U.S. \_\_\_\_ (2020), 9 *slip opinion*.

<sup>297</sup> *Allen v. Cooper* 589 U.S. \_\_\_\_ (2020), 10 *slip opinion*.

<sup>298</sup> *June Medical Services L.L.C. v. Russo* 591 U.S. \_\_\_\_ (2020), Roberts, 4 *slip opinion*.

<sup>299</sup> *Id.*, 2 *slip opinion*.

<sup>300</sup> R. Siltala, *A Theory of Precedent*, *op. cit.*, 66.

<sup>301</sup> *Id.*, 113.

<sup>302</sup> *Id.*, 169.

<sup>303</sup> *Id.*, 130.

Tuttavia, emerge particolarmente nella sua giurisprudenza la mancanza di *overruling*.<sup>304</sup> anzi, v'è chi ha persino sostenuto che la Corte costituzionale “mimetizza i suoi *revirements*, nascondendo i precedenti non conformi alla decisione che ... vuole assumere al fine di trasmettere comunque una lineare continuità, anche quando vi è stata una decisa inversione di tendenza”,<sup>305</sup> dando dunque a parte della dottrina l'impressione di confidare nel precedente più per una funzione persuasiva nei confronti degli altri attori istituzionali e più generalmente del pubblico, che per delimitare le proprie opzioni decisionali.

La mancanza di una chiarezza sul precedente genera incertezze anche relativamente all'applicabilità di questo strumento come limitatore dell'azione giurisprudenziale. Esso pare invece essere stato spesso funzionale a un altro scopo, quello dell'evoluzione. È in questa chiave che si può tentare infatti di inquadrare l'utilizzo del precedente nei regimi di *civil law*, quantomeno sul piano della prassi giurisprudenziale se non su quello teorico.

## 9. Precedente ed evoluzione

Il quadro del precedente muta in maniera sostanziale quando se ne consideri la funzione evolutiva. La necessità di svecchiare il diritto adattando la regola ad un nuovo contesto non coincide con l'uso dell'*overruling*. Questo nel diritto inglese ha una funzione innanzitutto correttiva di casi decisi *per incuriam*, che esigono di essere eliminati per le ragioni profonde di certezza e regolarità che contraddistinguono il *rule of law*: come è stato notato, “fare l'*overruling* di decisioni anteriori può [in tali casi] *aumentare* la certezza del diritto, come nei casi in cui sia divenuto impossibile applicare le decisioni precedenti in un modo coerente”.<sup>306</sup> E in effetti un punto di significativa condivisione nel campo del *common law* concerne proprio la distinzione tra l'*overruling* volto a ripristinare una coerenza nell'ordinamento e quello teso a modificarlo. Se, infatti, c'è un'ampia concordanza sulla necessità di distaccarsi da un precedente per correggere la linea giurisprudenziale ed isolare regole bizzarre,<sup>307</sup> un aspetto molto diverso riguarda la legittimazione dei giudici a “sviluppare” o “fare evolvere” il diritto: questo secondo scopo tende a sovrapporsi al piano normativo del legislatore e a confliggere con la concezione secondo cui l'azione dei giudici trova nel precedente innanzitutto un limite, poiché una decisione anteriore diviene una base su cui far progredire l'ordinamento.<sup>308</sup>

È solo con molta cautela che nei regimi di *common law* emergono argomenti a favore della capacità del giudice di sviluppare il diritto. Questo

<sup>304</sup> G. Canale, *L'uso “tendenziale” del precedente nella giurisprudenza costituzionale*, in *Ricordando Pizzorusso, op. cit.*, 215.

<sup>305</sup> *Id.*

<sup>306</sup> G. Hill, A. Stone, *The Constitutionalism of the Common Law, op. cit.*, 99.

<sup>307</sup> P. Jaffey, *Authority in the Common law*, 36 *Austr. J. Leg. Phil.* 1, 11 (2011).

<sup>308</sup> *Id.*

atteggiamento prudente è particolarmente evidente in Inghilterra, nella quale si è tradotto in un “*self-restraint* dei giudici che hanno preferito evitare di trascinare [il] *common law* sul terreno dello scontro politico”, riconoscendo “una potenziale tensione tra i principi superiori e intangibili rinvenibili nell’essenza del ... *rule of law* e la capacità del parlamento di innovare l’ordinamento”,<sup>309</sup> o, in termini istituzionali, che all’interno di un contesto democratico nel quale sussistano strumenti dotati di legittimazione popolare in grado di far evolvere l’ordinamento, i giudici non hanno la necessità di prendere l’iniziativa.<sup>310</sup>

Va tuttavia notato che un elemento di mobilitazione dell’ordinamento, sia nella componente meramente giurisprudenziale sia nella sfera interpretativa degli *statutes*, è effettivamente emerso nel perimetro del *rule of law*, quando esso, come visto sopra, si è andato progressivamente arricchendo di significati. Come ha fatto notare Lord Bingham, l’accrescersi di tale nozione, a coprire soprattutto sfere sempre più ampie di diritti individuali, ha stimolato i giudici, come del resto “*tutti i poteri... nel nome del rule of law*”,<sup>311</sup> a fornire una propulsione al diritto attraverso una reinterpretazione del dato normativo esistente:<sup>312</sup> in altri termini, il focus del *rule of law* sui diritti ha abilitato parte del ceto giudiziario nei regimi di *common law* a prendere le distanze dai precedenti e assumere il ruolo di sviluppare l’ordinamento senza attendere l’impulso da parte del potere legislativo.

L’arricchimento del *rule of law* che ha promosso almeno in parte l’attivismo giudiziario ha inevitabilmente creato una tensione con un altro elemento fortemente radicato nella medesima nozione, ossia il valore della prevedibilità e dell’affidamento che si sviluppa intorno ad un precedente. Come è stato notato nel quadro dell’ordinamento canadese, la tensione tra certezza e sviluppo dell’ordinamento ha uno snodo fondamentale proprio nei precedenti: se le sentenze più risalenti sono le più suscettibili di *overruling* perché più probabilmente divenute vetuste, sono tuttavia anche le medesime sulle quali si è forse consolidato maggiore affidamento, il quale, viceversa, depone per la loro conservazione.<sup>313</sup>

### 9.1. Precedente ed evoluzione nei sistemi di *common law*

*Nel diritto inglese e nel Commonwealth.* Dopo la riapertura della possibilità di effettuare l’*overruling* con il *Practice Statement* nel 1966, il *common law* inglese

---

<sup>309</sup> C. Martinelli, *Diritto e diritti oltre la Manica*, op. cit., 142, il quale ritiene che tale *self restraint* sia stato “quanto mai opportuno”. Si veda anche Lord Bingham, *The Rule of Law*, 66 *Camb. L. Rev.* 67, 71 (2007).

<sup>310</sup> L. David, *Stare Decisis, the Charter and the Rule of Law in the Supreme Court of Canada*, op. cit., 97.

<sup>311</sup> A. O’Neill, *BREXIT, democracy and the rule of law*, op. cit., 16.

<sup>312</sup> Sul punto si veda M. Loughlin, *The Apotheosis of the Rule of Law*, op. cit., 663.

<sup>313</sup> L. David, *Stare Decisis, the Charter and the Rule of Law in the Supreme Court of Canada*, op. cit., 92.

ha mantenuto un forte grado di moderazione. Uno studio della giurisprudenza della *House of Lords* e della Corte suprema fra il 1966 e il 2009 rileva solo 21 *overrulings* espliciti.<sup>314</sup> Tale numero basso riflette la reazione del mondo giuridico inglese al medesimo *Practice statement*: esso, infatti, anziché stimolare la giurisprudenza, ha accentuato gli interrogativi “se il potere giudiziario debba essere impiegato” per fare evolvere l’ordinamento, dal momento che gli mancherebbe il tratto politico.<sup>315</sup> L’atteggiamento complessivo ha consentito ben “poco spazio al fervore del riformatore creativo” attraverso le sentenze.<sup>316</sup>

Il contesto creativo soprattutto del *common law* non pare risiedere nella capacità di far evolvere l’ordinamento; esso invece si sostanzia nell’attitudine ad adeguarsi al cambiamento sociale, assicurando la vitalità del tessuto normativo di origine giurisprudenziale. Il giudice in sostanza manipola il *common law* per adeguarlo “[a]gli standard e i valori sociali, i quali evolvono con lo sviluppo della conoscenza e l’evoluzione degli atteggiamenti” – non per provarli.<sup>317</sup> L’attitudine evolutiva del giudice nel campo del *common law* deriva inoltre dal fatto che in tale ambito non è intervenuto alcun altro agente innovatore, a differenza di quanto accade nel campo degli *statutes*, ove i giudici sono tenuti ad un estremo rispetto della lettera dell’atto normativo proveniente dal Parlamento.<sup>318</sup> Come la Corte suprema ha recentemente chiarito, “il *common law* non evolverà in un’area in cui il Parlamento è intervenuto con la sua legislazione”.<sup>319</sup>

Il *common law* dunque non è soltanto distinto dagli *statutes*. Esso gravita ed evolve secondo una serie di principi che gli consentono di svilupparsi in maniera incrementale, senza rotture.<sup>320</sup> Se le sue *rationes decidendi* possono senz’altro evolvere, il loro mutamento tuttavia non può derivare da una cesura con i principi sottostanti le decisioni preesistenti: questo rientrerebbe nell’area del potere politico, il quale è istituzionalmente deputato a produrre norme per l’avvenire, non ad assicurare la continuità con il passato.

Il lento e graduale sviluppo del *common law* australiano echeggia le teorie di Tom Bingham. Il suo divenire è stato giustificato<sup>321</sup> con la necessità di preservare la protezione dei diritti fondamentali facenti parte del *common law*, e dunque richiamando il precetto del *rule of law* che prescrive di tutelare

<sup>314</sup> V. Varano, *Regola del precedente, overruling, giustizia predittiva*, in *Ricordando Pizzorusso*, *op. cit.*, 185.

<sup>315</sup> P. Devlin, *Judges and Lawmakers*, 39 *Mod. L. Rev.* 1, 2 (1976).

<sup>316</sup> *Id.*, 4.

<sup>317</sup> *Elgizouli v Secretary of State for the Home Department* [2020] UKSC 10, par. 102, *per* Lord Kerr.

<sup>318</sup> *Devlin, Judges and Lawmakers, op. cit.*, 13.

<sup>319</sup> *Elgizouli, cit.*, par. 104, *per* Lord Kerr.

<sup>320</sup> *Id.*, par. 168, *per* Lord Reed.

<sup>321</sup> G. Hill, A. Stone, *The Constitutionalism of the Common Law, op. cit.*, 92.

gli individui nei confronti dell'esercizio del potere pubblico.<sup>322</sup> Questo è accaduto anche nel campo del diritto costituzionale, investito da un'interpretazione incrementale per assicurare la tenuta di quel *corpus* di diritti derivanti dalla tradizione di *common law*. Complessivamente il portato dell'esperienza australiana conferma che il precedente giurisprudenziale, per quanto acquisisca un tono maggiormente evolutivo, mantiene una propria dinamica di sviluppo.<sup>323</sup>

Lo sviluppo della giustizia canadese ha imboccato la strada evolutiva più decisamente nel campo del diritto costituzionale, traendo probabilmente spunto anche dal contributo della giurisprudenza sociologica statunitense.<sup>324</sup> Nel ventesimo secolo infatti gli studiosi canadesi sembrano avere “ripudiato l'approccio formalista britannico in favore di un approccio funzionale e dinamico, focalizzato sull'utilità sociale”,<sup>325</sup> una prospettiva che si sarebbe definitivamente consolidata tra la fine degli anni Settanta e l'inizio degli anni Ottanta,<sup>326</sup> facendo leva sulla metafora della costituzione canadese quale “albero vivente” coniata nel 1930.<sup>327</sup> Il cambiamento di orientamento della giurisprudenza della Corte suprema, nel giro di un solo quinquennio, in tema di suicidio assistito,<sup>328</sup> diritto costituzionale allo sciopero<sup>329</sup> o ad un processo entro un tempo ragionevole,<sup>330</sup> sebbene ragguardevole, non ha eliminato in ogni caso un atteggiamento prudente,<sup>331</sup> sostanzialmente focalizzato su un calcolo dei costi e benefici per il sistema giuridico derivanti dall'eventuale *overruling*,<sup>332</sup> e che in ogni caso è controbilanciato dalle preoccupazioni della dottrina che un tale approccio possa trasformare il ragionamento giuridico in una forma di esercizio di discrezionalità politica.<sup>333</sup>

*Nel diritto statunitense.* Il tema dell'evoluzione giurisprudenziale emerge con forza nel dibattito culturale statunitense, che ha visto una divaricazione e persino una polarizzazione delle posizioni, le quali hanno dato

---

<sup>322</sup> *Id.*, 82; J. Waldron, *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*, *op. cit.*, 3.

<sup>323</sup> G. Hill, A. Stone, *The Constitutionalism of the Common Law*, *op. cit.*, 92.

<sup>324</sup> L. David, *Stare Decisis, the Charter and the Rule of Law in the Supreme Court of Canada*, *op. cit.*, 71.

<sup>325</sup> *Id.*

<sup>326</sup> *Id.*, 71-72.

<sup>327</sup> *Edwards v Attorney-General for Canada* [1930] D.L.R. 98 (P.C.), 106-107. D. Newman, *Judicial Power, Living Tree-ism, and Alterations of Private Rights by Unconstrained Public Law Reasoning*, 36 *U. Queens. L. J.* 247, 249 (2017), nota le centinaia di sentenze di corti di ogni ordine e grado che in Canada hanno utilizzato la metafora.

<sup>328</sup> *Carter v. Canada (Attorney General)* [2015] S.C.J. No. 5 [2015] 1 S.C.R. 331 (S.C.C.).

<sup>329</sup> *Saskatchewan Federation of Labour*, *cit.*

<sup>330</sup> *R. v. Jordan* S.C.J. No. 27 [2016] 1 S.C.R. 631 (S.C.C.).

<sup>331</sup> L. David, *Stare Decisis, the Charter and the Rule of Law in the Supreme Court of Canada*, *op. cit.*, 341.

<sup>332</sup> *Id.*, 345.

<sup>333</sup> D. Newman, *Judicial Power, Living Tree-ism, and Alterations of Private Rights by Unconstrained Public Law Reasoning*, *op. cit.*, spec. 248 e 257.

vita a letture profondamente diverse dei rapporti tra la giurisdizione e la legislazione – dalla collaborazione, alla contrapposizione, alla supplenza. Conviene notare che tutte queste letture si collocano però all'interno di un assetto istituzionale che affida lo sviluppo di nuovi filoni giurisprudenziali all'iniziativa di parti interessate. Si tratta di un punto di particolare rilievo, giacché se “le parti non hanno interesse a mettere in discussione la validità di un precedente, [un giudice] non avrà l'opportunità di decidere su quest'argomento”<sup>334</sup> Questo significa, *a contrario*, che il diritto giurisprudenziale progredisce quando emergono delle profonde istanze in questo senso. Questo fa dei giudici e soprattutto della Corte suprema il ricettacolo di istanze sociali e punti di vista. Non è casuale dunque il ricorso diffuso e persino sistematico a strumenti come gli *amici curiae*, tramite i quali questioni e letture di interesse generale vengono portate all'attenzione dei giudici, trasformando le corti in fori di discussione alternativi a quelli politici.

Nel campo soprattutto della giustizia costituzionale, l'idea di consentire il progresso tramite la rilettura della Costituzione federale ha tendenzialmente bilanciato l'esigenza di assicurare la stabilità del sistema.<sup>335</sup> La necessità di far evolvere l'ordinamento, prima avvertita con la giurisprudenza sociologica di Roscoe Pound e poi sviluppata nel *living constitutionalism*,<sup>336</sup> ha sostenuto nel Novecento un modo di leggere il precedente e la medesima attività giurisdizionale in maniera incrementale e senz'altro meno ancorata al passato di quanto era successo in precedenza.<sup>337</sup>

Nonostante la giurisprudenza statunitense non abbia dunque mai espresso una resistenza del precedente simile a quella britannica, essa ha in ogni caso contenuto il ricorso all'*overruling*: secondo una ricerca, nel corso di 192 anni (dal 1810 al 2002), gli *overruling* sarebbero stati 220, ossia 1,14 l'anno<sup>338</sup> – un numero senz'altro molto superiore agli 0,4 della *House of Lords* britannica, ma in ogni caso molto lontano dai moltissimi *overruling* impliciti verificatisi ad esempio presso la Corte di Cassazione italiana.<sup>339</sup> Ciò che vale però notare soprattutto è che con la maggiore disponibilità all'*overruling* nel Novecento è cresciuta la necessità di motivare adeguatamente le ragioni che conducono ad adottare questo strumento. In questo senso rimane un punto di riferimento la sintesi offerta nel 1992 da *Planned Parenthood v. Casey*,<sup>340</sup> la quale ha imposto alla corte di valutare se un precedente si sia “dimostrato incapace di applicazione concreta”; se sia stato “oggetto di un genere di

<sup>334</sup> A.C. Barrett, *Precedent and Jurisprudential Disagreement*, *op. cit.*, 1731.

<sup>335</sup> L. David, *Stare Decisis, the Charter and the Rule of Law in the Supreme Court of Canada*, *op. cit.*, 70.

<sup>336</sup> *Id.*

<sup>337</sup> A.P. Morriss, *Codification and Right Answers*, *op. cit.*, 359.

<sup>338</sup> V. Varano, *Regola del precedente, overruling, giustizia predittiva*, in *Ricordando Pizzorusso*, *op. cit.*, 185.

<sup>339</sup> R. Siltala, *A Theory of Precedent*, *op. cit.*, 130.

<sup>340</sup> 505 U.S. 833. Sia consentito eventualmente rimandare ad A. Pin, *Precedente e mutamento giurisprudenziale*, Padova, 2017, 137.

affidamento tale da ingenerare una speciale difficoltà nel caso di un *overruling*”, aggiungendo ulteriori “iniquità alle conseguenze stesse del mutamento”; se vi siano stati “degli sviluppi tali da rendere la vecchia regola niente più che un relitto di una dottrina abbandonata”; o se le circostanze di fatto siano talmente mutate “da avere tolto alla vecchia regola spazio di applicazione o giustificazione”. Al di là delle specifiche indicazioni, merita dunque evidenziare che la Corte suprema, se non ha rifiutato il ruolo di promotrice di un approccio evolutivo quando vi è stata sollecitata, ha tuttavia ritenuto di dover equilibrare questo suo ruolo con l’identificazione delle condizioni alle quali esso può essere esercitato.

*Precedente ed evoluzione nei regimi di common law: un bilancio.* La ricognizione fin qui effettuata offre un quadro in cui – come recentemente ha dichiarato la Corte suprema del Regno Unito – “il *common law* [è] visto come un organismo autonomo”, governato da regole di sviluppo proprie.<sup>341</sup> Se complessivamente si avverte un’accentuazione del ruolo del precedente nel campo del diritto di matrice legislativa, a causa del progressivo spostamento del baricentro della produzione normativa a favore di quest’ultimo, la capacità del precedente di far evolvere il significato normativo di una disposizione è rimasta in ogni caso contenuta. Dove si sono avvertiti atteggiamenti più attivisti, come in Canada o Australia,<sup>342</sup> questi non hanno mancato di suscitare un forte dibattito.<sup>343</sup> In generale, nello sviluppare precedenti nel campo degli *statutes*, il giudice è sembrato inoltre orientarsi verso il perseguimento degli scopi del legislatore, anziché distaccarsene.<sup>344</sup>

La mancanza di impeto propulsivo di tipo riformatore paradossalmente parte dalla medesima dinamica creativa del *common law*. Quest’ultimo nasce storicamente non con la funzione di regolare la società, ma piuttosto di dipanare controversie. La sua funzione regolativa è dunque finalizzata a rendere prevedibili i risultati di una lite giudiziaria.<sup>345</sup> Ciò non priva totalmente le sentenze di un ruolo regolativo; tuttavia fa di questo soltanto uno scopo indiretto del processo. Lo schema avversariale, che oppone nei regimi di *common law* i contendenti mentre lascia al giudice ben pochi mezzi di acquisire elementi di giudizio esterni, ha subito delle mitigazioni solo recenti, quando le corti hanno iniziato di beneficiare di maggiori poteri istruttori e dei rilievi degli *amici curiae*. Tuttavia la tradizionale impostazione del procedimento giudiziario ha a lungo reso le corti di *common law* dei luoghi istituzionali inadatti alla riforma del diritto

<sup>341</sup> Elgizouli, *cit.*, par. 124, per Lord Kerr.

<sup>342</sup> L’attivismo è emerso anche nel Regno Unito nel campo dell’adeguamento del diritto interno alla giurisprudenza della Convenzione europea dei diritti dell’uomo: *ex multis*, A. Pin, *Precedente e mutamento giurisprudenziale*, *op. cit.*, 179.

<sup>343</sup> B. Dickson, *Comparing Supreme Courts*, in *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*, a cura di Id., Oxford, 2007, 11-12.

<sup>344</sup> H.K. Lucke, *The Common Law as Arbitral Law*, *op. cit.*, 231.

<sup>345</sup> *Id.*, 236.

dalle vaste implicazioni sociali.<sup>346</sup>

Nelle parole della Corte suprema del Regno Unito, il diritto rappresenta una “risposta ai bisogni, standard e valori contemporanei ... Se una comprensione più profonda della mente umana e la maturazione della società aumentano con il cammino dell’istruzione, della tolleranza e la comprensione dei propri concittadini, il diritto deve procedere passo dopo passo insieme a tale progresso”.<sup>347</sup> Quest’evoluzione sembra però prendere due strade diverse nel *common law* e negli *statutes*: strade che si sono incrociate nel Novecento, senza confluire l’una nell’altra e regolate da canoni interpretativi ed evolutivi diversi.

Complessivamente, Regno Unito, Canada, Australia e Stati Uniti si attestano intorno all’idea che solo “ragioni impellenti” consentano di allontanarsi da un precedente: una convinzione che sostanzialmente sembra riflettere, almeno nel *Commonwealth*, il *Practice Statement* britannico del 1966.<sup>348</sup> L’ordinamento canadese ad esempio inserisce tra le “ragioni impellenti” le esigenze di “razionalità e trasparenza”,<sup>349</sup> senza le quali l’*overruling* non potrebbe avere luogo. Lo scrutinio di tali ragioni spesso depone per la continuità anziché per il superamento di un precedente, perché permangono tracce dell’impostazione culturale secondo le quali il cambiamento di orientamento sarebbe giustificato soltanto di fronte ad una decisione erronea.

Quest’impostazione trova conferma nella pressoché uniforme disposizione contraria al *prospective overruling*. Sebbene questa soluzione, in espansione nel campo del *civil law* perché consente di contenere o persino eliminare i perversi effetti innovativi derivanti dall’alterazione di un precedente, si presti astrattamente ad essere impiegata da corti attente a conservare uno sviluppo graduale del diritto giurisprudenziale, è largamente scoraggiata nei contesti di *common law*. Questi ultimi hanno espresso un’ampia contrarietà all’*overruling pro futuro*, pur avendo costantemente tentato di contemperare due opposte esigenze: la necessità di correggere gli errori passati<sup>350</sup> rivedendo la propria giurisprudenza – sia di *common law* sia interpretativa del diritto di origine parlamentare – e proteggere l’affidamento e la certezza giuridica, nella consapevolezza che correggere un errore genera molto probabilmente un’ingiustizia nei confronti di chi si sia allineato alla giurisprudenza che si intende eliminare. Mentre gli Stati Uniti per un certo periodo hanno aderito a quest’impostazione,<sup>351</sup> la cultura

<sup>346</sup> *Id.*, 245.

<sup>347</sup> *Elgizouli, cit.*, par. 14, per Lord Kerr.

<sup>348</sup> L. David, *Stare Decisis, the Charter and the Rule of Law in the Supreme Court of Canada*, *op. cit.*, 67.

<sup>349</sup> *Id.*, 69.

<sup>350</sup> P. Jaffey, *Authority in the Common law*, *op. cit.*, 18: “There seems no value in repeating a bad decision in the interest of equal treatment”.

<sup>351</sup> Currier, *Time and Change in Judge-Made Law: Prospective Overruling*, 51 *Virginia L. Rev.*, 201 (1965).

giudiziaria inglese vi si è normalmente opposta, rinvenendovi una duplice contraddizione: da un lato, infatti, conservare il precedente per il caso di specie mentre si modifica la regola per l'avvenire significa ammettere esplicitamente di decidere in una maniera che si ritiene ingiusta; dall'altro, mitigare le pronunce limitandone gli effetti all'avvenire equivarrebbe a svolgere i compiti del legislatore, che, appunto, stabilisce per il futuro.<sup>352</sup>

## 9.2. Precedente ed evoluzione nelle corti pan-europee

Il diritto sovranazionale europeo ha rappresentato un crogiolo di esperienze all'interno delle quali si è innestata con forza la necessità di aggiornare il contenuto del diritto, che si è poi irradiata nei diversi ordinamenti nazionali, grazie alle connessioni culturali e istituzionali funzionali all'integrazione giuridica in Europa. Alla Corte europea dei diritti dell'uomo questa ha preso la forma di una interpretazione della Convenzione quale "strumento vivente" – un'espressione probabilmente debitrice nei confronti dell'equivalente canadese che vedeva nella Costituzione un "albero vivente".<sup>353</sup> Ha dunque preso vita a Strasburgo un approccio interpretativo progressivo, che tende ad allargare lo spazio della Convenzione, includendo tra i diritti protetti fattispecie che altrimenti ne sarebbero rimaste fuori. Questo approccio ha inevitabilmente imposto alla Corte di mantenere una connessione solo relativa con i propri precedenti, al fine di assicurare mordente alla Convenzione.<sup>354</sup>

La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha mostrato una simile attitudine evolutiva. Essa infatti ha adottato un metodo di interpretazione teleologico, destinato a promuovere in particolare gli obiettivi dell'integrazione attraverso una propulsione interpretativa che, ove necessario, si allontani dal tenore letterale della norma e anche dai propri precedenti.<sup>355</sup> Sul piano empirico, tale Corte ha in effetti mostrato una propensione a far evolvere la propria giurisprudenza sconfessando, quando necessario, i propri precedenti: non ha lesinato dei *revirement*, ma non ha sostanzialmente mai offerto una solida argomentazione per il mutamento che stava provocando.<sup>356</sup> È dunque palese come la Corte di Giustizia non abbia adottato quello stile decisionale diffuso nei regimi di *common law* che propende per la continuità e addossa un onere motivazionale specifico a chi chiede il cambiamento giurisprudenziale. I mutamenti giurisprudenziali presso la Corte di Giustizia sono stati tuttavia in ogni caso misurati e hanno dimostrato una particolare sensibilità per l'affidamento maturato dai soggetti

---

<sup>352</sup> *Id.*, 14: "it is widely thought that purely prospective legislation is in some sense contrary to the nature of the common law".

<sup>353</sup> Si veda l'analogia indicata da Lord Bingham in *Brown v Stott* [2003] 1 AC 681, 703.

<sup>354</sup> M.G. Civinini, *Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Quest. Giustizia*, 2018, 105.

<sup>355</sup> N. Fennelly, *Legal Interpretation at the European Court of Justice*, in 20 *Ford. Int'l. L. Rev.* 656, 678 (1997).

<sup>356</sup> A. Pin, *Precedente e mutamento giurisprudenziale*, *op. cit.*, 220.

dell'ordinamento. In questo senso può avere giocato un certo ruolo il fatto che la Corte di Giustizia si sia mossa per decenni in ambienti sostanzialmente dominati da preoccupazioni di natura economica, le quali già nel liberalismo inglese suggerivano di mantenere una costanza giurisprudenziale per non frustrare aspettative consolidate.<sup>357</sup>

Strasburgo e Lussemburgo non hanno solo mostrato delle somiglianze, ma persino un'esplicita convergenza in tempi recenti. Infatti, in una pronuncia risalente al 2020, la Corte di Giustizia ha esplicitamente stabilito di interpretare la Carta di Nizza come uno “strumento vivente”.<sup>358</sup> Sebbene la Carta di Nizza non sia vetusta quanto la Convenzione e quindi non necessiti in misura analoga un aggiornamento interpretativo, è forse soprattutto il suo *focus* sui diritti individuali ad aver spinto la Corte di Lussemburgo ad ispirarsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, occupatasi fin da subito di tali argomenti, mutuandone l'approccio interpretativo e sostanzialmente consolidando l'idea dello “strumento vivente” quale indispensabile supporto alla protezione dei diritti.

Se la Corte di Giustizia si era finora maggiormente atteggiata – seppur con delle eccezioni – in maniera più favorevole a garantire la continuità rispetto alla Corte di Strasburgo, la sua recentissima giurisprudenza potrebbe dunque segnalare un cambio di rotta. Un tale mutamento risulta però difficile da valutare, poiché la Corte di Giustizia, sebbene si sia votata ad una interpretazione teleologica, non ha finora sviluppato una teoria dell'evoluzione giurisprudenziale. Questo la distanzia dalla Corte di Strasburgo, la quale ha invece il merito di avere identificato i caratteri di un'interpretazione evolutiva, distinguendola dai fenomeni di incoerenza giurisprudenziale quanto dagli interventi finalizzati a dissipare le incertezze giurisprudenziali, che negli ordinamenti di *common law* giustificano tradizionalmente l'*overruling* di decisioni rese *per incuriam*. La Corte di Strasburgo ha infatti chiarito che stigmatizzando la volatilità e l'imprevedibilità giurisprudenziale non ha inteso esigere una “giurisprudenza costante”. Quest'ultima, secondo la Corte, non costituisce “un diritto acquisito”: anzi, “una evoluzione della giurisprudenza non è in sé contraria alla buona amministrazione della giustizia, perché l'abbandono di un approccio dinamico ed evolutivo rischierebbe di impedire ogni riforma o miglioramento”.<sup>359</sup> In tal modo anche Strasburgo ha offerto una distinzione tra i precedenti contraddittori e la “giurisprudenza evolutiva, la quale”, ha sostenuto, sarebbe “un tratto intrinseco di qualsiasi sistema giurisdizionale”.<sup>360</sup>

<sup>357</sup> *Id.*, 221.

<sup>358</sup> Sentenza (Grande sezione) del 17 dicembre 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België et al.*, C-336/19, ECLI:EU:C:2020:1031.

<sup>359</sup> *Ferreira Santos Pardal c. Portogallo*, *cit.*, par. 42 g); *Lupeni Greek Catholic Parish et al. c. Romania*, *cit.*, par. 116 c); *Tsaggarakis A.E.E. c. Grecia*, *cit.*, par. 48 c).

<sup>360</sup> *Lupeni Greek Catholic Parish et al. c. Romania*, *cit.*, par. 126.

### 9.3. Precedente ed evoluzione nel diritto italiano

L'approccio evolutivo ha investito il ruolo della giurisdizione anche nelle aree di *civil law*. In questo, soprattutto in Italia, i giudici sono stati sostenuti dalla dottrina, parte della quale ha messo in evidenza come la “certezza del diritto non [sia] un valore assoluto”: soprattutto “in sede di operazioni di bilanciamento, la stessa *certezza del diritto in senso oggettivo* è sollecitata a convertirsi ed a risolversi in *certezza dei diritti costituzionali*, vale a dire nella effettività della loro tutela, la massima possibile alle condizioni oggettive di contesto”.<sup>361</sup> Queste affermazioni hanno inteso intercettare una serie di fattori di rilievo sul piano del diritto costituzionale comparato: “l'avanzata del processo d'integrazione sovranazionale e l'infittirsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale”, “il riavvicinamento sempre più marcato ... tra *civil* e *common law*” e l'“emersione, alle volte fin troppo vistosa e persino esasperata, del diritto giurisprudenziale a discapito del diritto politico”.<sup>362</sup>

Se la Corte di Cassazione ha in particolare adottato alcuni stilemi del *common law*, come la nozione di *overruling*, e tuttavia li ha bilanciati con l'affermazione vista sopra secondo cui il precedente giurisprudenziale non è fonte di diritto, essa ha senz'altro aderito ad un approccio interpretativo dinamico quando ha riconosciuto che “una norma giuridica, in quanto *elemento ... di un sistema* ordinamentale ... una volta posta in essere, non resta cristallizzata in se stessa, ma è soggetta, *ex se*, a *dinamiche evolutive*”.<sup>363</sup> Il metodo con cui interpretare le disposizioni non deriva dunque dal contesto in cui esse sono inserite e trovano spazio, come detterebbe tradizionalmente l'impostazione codicistica degli ordinamenti di *civil law*,<sup>364</sup> ma piuttosto dall'esistenza di “fattori propulsivi, *interni ed esterni*” che hanno la funzione di “orienta[re] il processo di crescita e ... determina[re] i percorsi evolutivi” dell'ordinamento.<sup>365</sup> In questo modo il precedente, anziché assicurare la sistematizzazione del singolo frammento normativo all'interno di un sistema codicistico, punta a sviluppare l'ordinamento. La Cassazione sembra dunque implicitamente suggerire che il modello di *civil law* non sarebbe in grado di assicurare né coerenza né evoluzione all'ordinamento: una critica speculare a quella degli ordinamenti di *common law*, che hanno fortemente insistito per accedere compiutamente ad un'“età della legge”, lasciandosi alle spalle la centralità del diritto prodotto nelle aule giudiziarie.

---

<sup>361</sup> A. Ruggeri, *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in *Ricordando Pizzorusso*, *op. cit.*, 330-331.

<sup>362</sup> *Id.*, 342.

<sup>363</sup> Sentenza della Corte di Cassazione civile (sezioni unite) dell'11 luglio 2011, n. 15144/11, par. 2.3.

<sup>364</sup> H. P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, *op. cit.*, 143-144.

<sup>365</sup> Cassazione civile, sez. unite, n. 15144/11, *cit.*, par. 2.3.

## 10. Conclusioni

Nel 1958 Gustav Radbruch scriveva: “La valutazione del metodo inglese dell’interpretazione giuridica è assai controversa: mentre i giuristi inglesi rilevano per lo più la sua rigidità, i critici stranieri sono soliti spesso lodare la sua elasticità, e specialmente i propugnatori del movimento del diritto libero, il quale si propose di rendere i giudici consapevoli del loro compito non solamente interpretativo, ma anche creativo del diritto, hanno indicato la giurisprudenza inglese come un modello.”<sup>366</sup> Sebbene scritte prima del *Practice Statement* della *House of Lords*, tali parole appaiono oggi non soltanto adeguate, ma persino profetiche nel descrivere sia la fascinazione e l’impatto culturale che il *common law* pare avere avuto su altri ordinamenti, sia la distanza reale tra la percezione e la realtà.

Per Vincenzo Varano, la parsimonia degli *overruling* nei regimi di *common law* pare illustrare una “ritrosia ... nell’ammettere di creare diritto”:<sup>367</sup> un atteggiamento che egli ha accostato a quello del giudice di *civil law*, di cui sarebbe ugualmente innegabile il ruolo creativo. Questa diagnosi sembra porsi nel solco di Pizzorusso quanto di Gorla o Moccia, tra gli altri, per sostenere che “*civil law* e *common law* sono più vicine di quanto sembri”.<sup>368</sup> Tuttavia, se l’analisi fin qui effettuata coglie nel segno, proprio l’emersione della teoria di un diritto giurisprudenziale contrapposto o quantomeno distinto da un diritto politico parrebbe, anche sotto la spinta di tali maestri, avere paradossalmente sdoganato maggiormente l’attività creativa nel *civil law* più di quanto sia accaduto nel *common law*.

Ciò non significa che la forza dello *stare decisis* non si sia attutita negli ordinamenti di *common law*. Ciò è avvenuto negli Stati Uniti con l’eredità della giurisprudenza sociologica e del realismo giuridico,<sup>369</sup> cui poi sono seguite le dottrine del *living constitutionalism* e del *common law constitutionalism*.<sup>370</sup> Nelle aree dell’ex impero britannico il *Practice statement* ha aperto la strada o persino legittimato *tout court* lo sviluppo di una giurisprudenza evolutiva, che ad esempio in Canada ha trasformato la regola del precedente in una sorta di indirizzo di *policy* cui si può derogare. Tuttavia anche in quest’ordinamento come in altri di *common law* si è conservata una significativa presunzione di continuità giurisprudenziale. Tale continuità è particolarmente evidente nel campo del precedente interpretativo, nel quale il giudice è molto vincolato alla lettera del testo. In questi sistemi rimane complessivamente attuale la convinzione che un precedente sia non soltanto

<sup>366</sup> G. Radbruch, *Lo spirito del diritto inglese*, op. cit., 35.

<sup>367</sup> V. Varano, *Regola del precedente, overruling, giustizia predittiva*, in *Ricordando Pizzorusso*, op. cit., 192.

<sup>368</sup> *Id.*, 192.

<sup>369</sup> S.A. Smith, *Taking Law Seriously*, 50 *U. Toronto L. J.*, 241, 247 (2000).

<sup>370</sup> Su questa categoria, recentemente, A. Greene, *Parliamentary sovereignty*, op. cit., 1175; si veda anche T. Poole, *Back to the Future? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism*, 23 *Ox. J. Legal Stud.* 435, 435 (2003).

dotato di una efficacia persuasiva,<sup>371</sup> ma un reale vincolo (“*constraint*”). Esso rappresenta un limite alla creatività giurisdizionale: un limite generato dai casi già decisi, ma nondimeno un limite.<sup>372</sup> Su questa forte limitazione all’attività di *overruling* si aggiunge un ulteriore fattore istituzionale: le corti apicali degli Stati Uniti e della Gran Bretagna ad esempio affrontano un numero limitatissimo di casi, accuratamente selezionati, e dunque possono circoscrivere il campo in cui valutare l’opportunità di rivedere un proprio orientamento.<sup>373</sup>

Lo scenario attuale pare dunque restituire una sostanziale divergenza, nel segno indicato a suo tempo da Radbruch, tra l’approccio al precedente nel *common law* e le recenti letture che ne offre soprattutto il campo del *civil law*. Mentre il precedente, colto nel suo lato persuasivo, costituisce per il *civil law* un elemento di potenziamento dell’attività giurisdizionale, che conferisce un ruolo ricostruttivo e persino creativo al giudice, nel *common law* esso è avvertito nel suo carattere vincolante,<sup>374</sup> quale argine al potenziale creativo della giurisprudenza.

Il diritto italiano e il diritto sovranazionale europeo presentano cospicue affinità, in quanto appaiono pervasi dalla necessità di aggiornare il significato normativo di una disposizione scritta. Le maggiori forze che sostengono questa linea si individuano, da un lato, in una reazione al positivismo giuridico che invece continua a far parte dell’universo teoretico di *common law* e dall’altro nell’attenzione al tema dei diritti umani e dei diritti fondamentali. Tom Bingham notava che incorporando un’attenzione ai diritti, il *rule of law* aveva attribuito ai giudici il compito di darvi protezione anche mitigando altri aspetti della medesima nozione, come l’affidamento. Questo sembra essere accaduto da ultimo all’interno della Corte di Giustizia, la quale proprio per dare spazio ai diritti della Carta di Nizza ha aderito esplicitamente alla teoria dello “strumento vivente” – preconizzando eventualmente persino l’abbandono di parte della sua prudenza tipicamente legata a preoccupazioni di stabilità economica. Tali evoluzioni sembrano tra l’altro inverare l’intuizione di Mauro Cappelletti, il quale sosteneva che “se c’è un ideale – una ‘filosofia’ che può salvare la nostra civiltà in un mondo nel quale il potere di distruzione ha raggiunto dimensioni mai viste nella storia dell’uomo, ebbene questa è proprio la filosofia dei diritti umani, civili, politici

---

<sup>371</sup> A. Pizzorusso, *Corso di diritto comparato, op. cit.*, 238, lo qualifica invece come avente normalmente tale ruolo.

<sup>372</sup> A. Rigoni, *Common-Law Judicial Reasoning and Analogy*, 20 *Legal Theory* 133, 133-134 e 139 (2014); J.F. Harty, *Rules and Reasons in the Theory of Precedent*, 17 *Legal Theory* 1, 1 (2011).

<sup>373</sup> E. Calzolaio, *Il ruolo della giurisprudenza come fonte normativa tra civil law e common law*, in *Liber Amicorum Luigi Moccia, op. cit.*, 179.

<sup>374</sup> Diversamente sostiene L. Ferrajoli, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Roma-Bari, 2021, 154-155: “efficacia solo sostanzialmente persuasiva del vincolo del precedente ... perfino per i sistemi di *common law* nei quali vige il principio dello *stare decisis*”.

e sociali”:<sup>375</sup> una filosofia di cui si doveva fare portavoce la giustizia, soprattutto costituzionale e sovranazionale.<sup>376</sup>

L’importazione della logica del precedente e l’attivazione di percorsi di creatività giudiziaria nei regimi di *civil law*, più che assimilare elementi tipici del *common law*, paiono dunque acquisirne profili recenti e discussi. Al contempo, tali fenomeni pongono in secondo piano almeno due ordini di considerazioni che paiono centrali al funzionamento del diritto di *common law*. In primo luogo, quest’ultimo evolve per via giurisprudenziale in quanto *nasce* non nei Parlamenti ma nelle corti, le quali sono conseguentemente titolate ad effettuare i necessari aggiustamenti al fine di consentire l’evoluzione sociale. In secondo luogo, l’evoluzione del *common law* rimane molto limitata, giacché “i giudici in Gran Bretagna hanno sempre prestato attenzione al rischio di distaccarsi dai principi giuridici che sono tenuti ad applicare, inserendo le loro valutazioni morali individuali nel giudicare un caso”.<sup>377</sup>

Se si acquisisce una prospettiva storica, emerge ancor più nitidamente la differente comprensione dell’articolazione tra lo spazio politico e quello giurisdizionale nei sistemi di *civil law* e *common law*. Nella tradizione di *common law* l’attività legislativa parlamentare pare essere, quantomeno sul piano teorico, sussidiaria, nel senso che questa dovrebbe intervenire quando il *common law* manchi, non sia soddisfacente e in ogni caso sia indispensabile *innovare l’ordinamento*. Al giudice di *common law* spetta il ruolo di innovatore solo nell’area affidatagli del diritto autonomamente prodotto dalle corti e nella misura in cui ciò sia necessario a corrispondere ai mutamenti già intervenuti nella società. Ancora oggi nel Regno Unito l’intervento parlamentare toglie lo spazio al diritto giurisprudenziale non solo sul piano creativo ma anche interpretativo, giacché i giudici sono tenuti ad un’adesione alla lettera delle disposizioni prodotte dal Parlamento, piuttosto che a farne evolvere il significato.

Il rapporto tra il diritto di derivazione giudiziaria e quello prodotto dal legislatore nei sistemi di *civil law* è profondamente diverso, se non opposto. Ciò è particolarmente evidente nel campo dell’innovazione dell’ordinamento. In tale contesto, infatti, l’attività interpretativa del giudice assume un ruolo sussidiario, nel senso che acquisisce il compito di adeguare – come visto nella giurisprudenza della Cassazione – il significato normativo in considerazione di una pluralità di fattori istituzionali e normativi, a fronte anche dell’incapacità del legislatore di svolgere tale compito. Tale impulso all’innovazione tramite il canale giurisprudenziale si apprezza poi particolarmente nel campo del diritto costituzionale, il quale risente di

---

<sup>375</sup> M. Cappelletti, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna, 1994, 41.

<sup>376</sup> M. Cappelletti, *Repudiating Montesquieu?*, 35 *Cath. U. L. Rev.* 1, 1 (1986); A. Pizzorusso, *Corso di diritto comparato*, op. cit., 72.

<sup>377</sup> J. Garcia Oliva, H. Hall, *Religion, Law and the Constitution: Balancing Beliefs in Britain*, Londra-New York, 2017, 168.

esigenze evolutive peculiari a causa delle difficoltà – normalmente aggravate – di emendare il testo costituzionale.

Nei sistemi di *common law* la revisione di un precedente è infine eccezionale non solo sul piano sostanziale, ma anche istituzionale. La Corte d'Appello di Inghilterra e Galles è vincolata ad esempio ai suoi precedenti molto più saldamente della pur prudente Corte suprema del Regno Unito.<sup>378</sup> Se anche la Corte di Cassazione pare avere assunto un simile atteggiamento accentratore,<sup>379</sup> richiamando su se stessa la funzione di dare interpretazioni creative, sembra quantomeno opportuno che anche la dottrina offra il proprio impegno nell'inquadrare lo sforzo evolutivo della giurisprudenza all'interno dell'attività della Cassazione, con effetti benefici in termini di prevedibilità e certezza del diritto nell'ordinamento.

Complessivamente, la ricostruzione effettuata da interpreti di primo piano del *civil law*, che legge nei precedenti delle fonti del diritto, coglie senz'altro nel segno – e anzi probabilmente ha stimolato – molte dinamiche proprie dei regimi imperniati intorno ad un codice. Si tratta però di un campo di forze sensibilmente diverso da quello all'interno del quale si è sviluppato il *common law* e in seguito si è articolato il suo ruolo rispetto al diritto prodotto dagli organi legislativi.

Andrea Pin  
Dip.to di Diritto pubblico, internazionale e comunitario  
Università degli Studi di Padova  
andrea.pin@unipd.it

---

<sup>378</sup> J. Laws, *The Constitutional Balance*, *op. cit.*, 59. Il precedente di riferimento è in questo caso *Young v. Bristol Aeroplane* [1944] KB 718. Si vedano parr. 725-726, per Lord Greene: "In considering the question whether or not this court is bound by its previous decisions..., it is necessary to distinguish four classes of case. The first is ... cases where this court finds itself confronted with one or more decisions of its own or of a court of co-ordinate jurisdiction which cover the question before it and there is no conflicting decision of this court. ... The second is where there is such a conflicting decision. The third is where this court comes to the conclusion that a previous decision, although not expressly overruled, cannot stand with a subsequent decision of the House of Lords. The fourth (a special case) is where this court comes to the conclusion that a previous decision was given per incuriam. In the second and third classes of case it is beyond question that the previous decision is open to examination. In the second class, the court is unquestionably entitled to choose between the two conflicting decisions. In the third class of case the court is merely giving effect to what it considers to have been a decision of the House of Lords by which it is bound. The fourth class requires more detailed examination."

<sup>379</sup> Si pensi in particolare agli artt. 374, 384, comma 2, e 360 bis c.p.c. Si vedano inoltre M. Condorelli, L. Pressacco, *Overruling e prevedibilità della giurisdizione*, in *Quest. Giustizia*, 2018, 113.