

L'overruling come sintomo dell'autonomia degli ordinamenti di *common law* dalla *Imperial Constitution*

di Davide Zecca

Abstract: The overruling as a symptom of the autonomy of common law legal systems from the Imperial Constitution – The binding precedent tradition, which is a cornerstone of common law systems, is aimed at ensuring legal certainty and the foreseeability of the legal consequences of given conducts, but it does not rule out the overruling phenomenon, *i.e.* the change of judicial interpretation concerning a specific legal issue. This is especially relevant when the overruling is connected with a simultaneous evolution under the constitutional profile, which is a clue of a detachment from the British colonial identity. The goal of the analysis is to assess how the approach of former English colonies to the principle of *stare decisis* has changed in connection with their independence from the jurisdiction of English courts and the introduction of catalogues of constitutionally guaranteed rights.

Keywords: binding precedent; Privy Council; overruling; common law; bills of rights.

1. *Stare decisis* e vincolatività del precedente

La certezza del diritto e la prevedibilità dell'esito delle controversie, che fondano l'affidamento dei consociati nei rapporti interpersonali, possono essere considerati valori trasversali ai sistemi giuridici che appartengono alla cd. "tradizione giuridica occidentale"¹. Se il diritto continentale ha perseguito tali scopi tramite la previsione di una pluralità di fattispecie astratte raccolte in codici adottati a partire dall'inizio del XIX secolo, nel contesto anglosassone di matrice britannica si è affermata la cd. *judge-made law*, i cui riflessi si sono riverberati fino al tardo XX secolo sulla giurisprudenza di alcuni Paesi del *Commonwealth*².

¹ A.V. Gambaro, *Western Legal Tradition*, in P. Newman (cur.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Londra, 2002, 686; sul principio dell'affidamento si rinvia a R. Sacco, *Affidamento*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, 661 ss.

² Entrambe le tendenze si manifestano quale tentativo di inquadrare anche le scienze sociali entro una cornice scientifica, che assicuri l'instaurazione e il consolidamento di un quadro coerente e sistematico dell'ordinamento giuridico, garantendone una propria razionalità interna, v. L. Antonioli Deflorian, *Il precedente giudiziale nel common law inglese*, in U. Vincenti (cur.), *Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea*, Padova, 1998, 180-181.

È bene precisare che, tanto nei sistemi di *common law* quanto in quelli di *civil law*, è invalsa da tempo immemore la convinzione secondo cui fosse non solo opportuno, ma anche desiderabile, che la soluzione giuridica di un caso concreto affine a uno precedente fosse da rintracciarsi proprio nella decisione del caso antecedente. Il tratto caratterizzante i soli sistemi di *common law* consisteva, invece, nell'applicabilità del principio dello *stare decisis* anche con riferimento a quei casi che si ritenessero decisi in maniera errata o ingiusta³. D'altronde, l'emersione di un tale vincolo giuridico viene fatta risalire alla riorganizzazione dell'apparato giudiziario britannico con i cd. *Judicature Acts* del 1873 e 1875⁴ che, per mezzo dell'instaurazione di una gerarchia rigida fra le corti, rendevano particolarmente pressante l'esigenza di conformarsi a un precedente pronunciato da un giudice di rango più elevato (*stare decisis* sul piano verticale)⁵. L'introduzione di un così rilevante obbligo giuridico rende ancor più significativi i momenti di rottura di tale continuità diacronica, vale a dire le occasioni nelle quali il giudiziario si discosta da una decisione precedente, producendo un cd. *overruling*, mediante il quale sancisce la non applicabilità della *ratio decidendi* della pronuncia antecedente perché errata o non corretta, oppure non più adatta al contesto di un particolare ordinamento.

Ciò che interessa in questa sede è ricostruire quando e in correlazione a quali mutamenti di rilievo costituzionale il ricorso alla tecnica dell'*overruling* di precedenti del *common law* inglese tradizionale si sia manifestato in selezionati ordinamenti del *Commonwealth*. Ci si propone perciò di indagare quali fattori di trasformazione del quadro costituzionale di alcuni ordinamenti della tradizione di *common law* abbiano favorito un progressivo distacco di questi dalla giurisprudenza di matrice inglese, anche quale sintomo dello sviluppo di una identità costituzionale autonoma rispetto a quella fondativa britannica. Si intende in particolare dar conto di due diversi processi in grado di favorire il discostamento dei giudici nazionali dalla tradizionale giurisprudenza di *common law*. Il primo è strettamente legato all'emancipazione dei sistemi giuridici considerati dall'autorità delle pronunce del *Privy Council* britannico. Il secondo riguarda l'interazione fra i

³ U. Mattei, E. Ariano, *Il modello di common law*, Torino, 2018, 178.

⁴ D. Freda, «Una dispotica creazione». *Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento*, Torino, 2012, 25 ss.

⁵ U. Mattei, E. Ariano, *op. cit.*, 181. Il tema del consolidamento della vincolatività del precedente in senso tanto verticale quanto orizzontale, anche al fine di garantire una continuità intertemporale della tutela dei diritti fondamentali da parte delle corti di *common law*, è ricostruito da A. Pin, *Rule of law, certezza del diritto e valore del precedente*, in *I sistemi normativi post-vestfaliani tra decisioni politiche, integrazioni giurisprudenziali e fonti di produzione non formalizzate. Una ricostruzione in chiave comparata. Giornate di studio in memoria di Alessandro Pizzorusso*, DPCE on line, 2021, ove si distingue altresì la funzione tendenzialmente normativa del precedente per gli ordinamenti di *common law* rispetto a quella generalmente interpretativa per i Paesi di *civil law*. Sul primo di questi due temi v. più diffusamente *Id.*, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, Padova, 2017, 26 ss.

principi tradizionali del diritto giurisprudenziale inglese e i cataloghi di diritti adottati in alcuni ordinamenti dopo la concessione dell'indipendenza dalla madrepatria. L'ambizione è, infine, quella di poter svolgere alcune considerazioni di sintesi sugli effetti che l'uno e l'altro mutamento a livello costituzionale hanno implicato, identificando quale sia stato più rilevante per ciascuno dei Paesi selezionati e riflettendo sul significato che il ripensamento di precedenti della tradizione di *common law* ha avuto nel contesto della formazione di un'identità costituzionale distinta e peculiare rispetto a quella britannica.

2. La posizione del patrimonio giuridico tradizionale di common law nell'architettura degli ordinamenti del *Commonwealth*

Assunte le radici storiche della dottrina del precedente vincolante nella cultura giuridica di *common law*, giova precisare la diversa interpretazione della cogenza di tale principio nei sistemi giuridici tributari dell'eredità britannica. Infatti, se *stare decisis* è stato una guida alla quale si sono conformati con una certa deferenza i giudici inglesi, tanto in senso verticale quanto - per diversi decenni - anche in senso orizzontale⁶, lo stesso non si può dire con riferimento alla giurisprudenza statunitense, per la quale il criterio ha assunto un ruolo meno preponderante. Peraltro, la ragione di una tale divergenza di approccio può ricondursi al ruolo delle ordinanze e degli *statutes* emanati dalle assemblee di ciascuna delle colonie nordamericane tanto prima quanto dopo la guerra con la madrepatria; queste fonti di diritto scritto avrebbero esercitato un'influenza contraria e diversificante rispetto a quella uniformante che una più rigida adesione al *common law* tradizionale avrebbe potuto produrre⁷. Questa dicotomia spiega la differente influenza che l'approccio rigoroso britannico e quello più flessibile statunitense hanno esercitato nel tempo sugli altri ordinamenti di *common law*⁸.

Infatti, la progressiva emancipazione delle colonie, che - a eccezione degli Stati Uniti d'America - sono rimaste giuridicamente parte dell'Impero britannico nel corso dell'800, pur godendo di autonomia politica crescente, ha fatto sì che l'attrazione di una rigida concezione della regola del precedente vincolante si sia fatta sempre più flebile, a favore di un'adesione a una visione più flessibile. D'altronde, la diversa traiettoria delle ex colonie di Sua Maestà si può ricondurre a diversi fattori, fra i quali l'organizzazione dell'amministrazione della giustizia - con differenze anche significative fra

⁶ La *House of Lords* ha ritenuto di non poter contraddire i propri orientamenti precedenti a partire dal caso *London Street Tramways Co. Ltd v. London County Council* [1898] AC 375; tale impostazione è rimasta immutata fino al *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234.

⁷ U. Mattei, *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988, 9.

⁸ U. Mattei, *Stare decisis negli Stati Uniti*, in F. Galgano (cur.), *Atlante di diritto privato comparato Zanichelli*, Bologna, 2011, 14.

modelli che pure afferiscono, in prevalenza, alla forma di Stato federale⁹ –, la percorribilità del ricorso dinanzi al *Judicial Committee* del *Privy Council* e l'introduzione di cataloghi di diritti all'interno delle fonti di rango costituzionale. Lasciando da parte in questa sede il primo dei tre aspetti segnalati, si intende concentrare l'attenzione sul secondo e sul terzo.

Con riferimento ai rimedi disponibili avverso le decisioni delle corti di vertice di ciascuno degli ordinamenti afferenti alla tradizione di *common law*, va segnalato che gli Stati Uniti d'America si distinguono dagli altri *dominions* o ex colonie, poiché l'indipendenza conquistata già a fine '700 sottrasse gli statunitensi dalla soggezione a qualsiasi forma di ricorso esterno all'ordinamento. Infatti, fu soltanto a partire dal 1844 che, per effetto del *Judicial Committee Act*, fu estesa la facoltà di impugnazione dinanzi all'apposita sezione del *Privy Council*, creata nel 1833, avverso le pronunce delle corti più alte in grado delle colonie britanniche. Come appare evidente, la sottoposizione delle decisioni delle corti apicali di un possedimento coloniale allo scrutinio da parte di un organo giurisdizionale della ex madrepatria incide sulla discrezionalità interpretativa e l'evoluzione delle regole del *common law*.

Pertanto, in Nuova Zelanda, Australia, Canada e – pur con le dovute differenze – in Irlanda, l'aderenza al *common law* inglese tradizionale è stata significativamente influenzata dall'appartenenza al *Commonwealth* e dalla possibilità di appellare al *Privy Council* le decisioni delle corti collocate al vertice dell'ordinamento giudiziario di ciascun *dominion*, contribuendo a quella narrazione che propugna l'esistenza di un *common law* universale applicabile in tutti gli ex possedimenti coloniali britannici, ivi inclusi quelli per i quali è ammesso ancora oggi tale ricorso¹⁰.

Sotto l'altro profilo, di nuovo gli Stati Uniti d'America differiscono per aver adottato un catalogo di diritti ben prima delle altre ex colonie, laddove esso non si è mai manifestato in un documento ad hoc in Australia, mentre in Canada e Nuova Zelanda è stato adottato soltanto nel tardo '900; l'Irlanda va pure in parte distinta in quanto contemplava un *bill of rights* già nel testo

⁹ In Canada esiste, di fatto, un unico plesso giurisdizionale, che applica sia il diritto delle singole province che quello federale, pur nella distinzione fra corti provinciali (strutturate secondo una precisa gerarchia) e corte di vertice del sistema (*Supreme Court*); in Australia, ciascuno Stato della Federazione contempla una serie di corti statali di vario rango, prevedendo quale organo di chiusura del sistema una *High Court* federale presso la quale sono impugnabili le pronunce delle corti supreme di ciascuno Stato; per inciso, anche l'India ha optato per un giudiziario unificato pur nel contesto di un sistema federale. Diversamente, l'unicità della giurisdizione che caratterizza Irlanda e Nuova Zelanda può essere ricondotta all'opzione per una forma di Stato unitaria, che pure contempla varie forme di decentramento. A questo proposito, v. L. Antonioli, *Stare decisis nel restante mondo di common law*, in F. Galgano (cur.), *Atlante di diritto privato comparato Zanichelli*, Bologna, 2011, 22 ss. Sia consentito segnalare come tutti questi esempi divergono da quello statunitense, che prevede la coesistenza di due plessi giurisdizionali distinti e diffusi sul territorio (statale e federale).

¹⁰ Hon. Justice Rolston Nelson, *New Final Appellate Courts in the Commonwealth and the Doctrine of Precedent*, in 32 *Commonwealth Law Bulletin*, 4, 2006, 635-646.

originario della Costituzione del 1937. È vero che la tutela dei diritti nella sfera costituzionale nasce concettualmente per operare sul piano dei rapporti verticali fra istituzioni dello Stato e cittadini, mentre il corpus di regole giuridiche di *common law* opera tendenzialmente sul profilo dei rapporti orizzontali fra i privati. Tuttavia, appare utile indagare se la scelta di sancire entro fonti di rango costituzionale determinati valori abbia condotto al ripensamento in sede giurisdizionale di determinate dottrine o regole consolidatesi su un retroterra culturale più risalente e, per questa ragione, non più attuale e infine rigettato dalle ex colonie in un afflato di rivendicazione di un'identità costituzionale autonoma.

3. Le cause istituzionali: l'indipendenza giurisdizionale e il ruolo del *Privy Council*

Uno degli effetti dell'espansione coloniale britannica fu la previsione della possibilità di rivolgere un appello al Re avverso una pronuncia di un giudice per tutti i sudditi residenti fuori dai confini del Regno Unito, dalle isole della Manica alle colonie extraeuropee, laddove l'ultimo grado di giudizio era dinanzi alla *House of Lords* per le decisioni delle corti del Regno¹¹.

La *ratio* sottostante a questo meccanismo risiedeva nel fatto che le comunità coloniali che si insediavano nei territori sottoposti alla giurisdizione britannica conformavano tendenzialmente la propria disciplina dei rapporti privati a quella inglese tradizionale, che trovava nel *judge-made common law* la sua espressione primaria. Riconoscere a un organo centralizzato presso la Corona il potere di sanzionare eventuali difformità dall'impostazione tradizionale del diritto inglese era dunque inteso come elemento funzionale alla sussistenza di una *Imperial constitution* britannica a vocazione universale.

Ritenere che il ruolo del *Privy Council* fosse soltanto di uniformazione dell'interpretazione e applicazione delle regole del *common law* tradizionale nei *dominions* significherebbe, tuttavia, trascurare l'esercizio 'coscienzioso' che tale organo esercitò della propria funzione di valvola di chiusura del sistema. Infatti, esso non ritenne sempre e comunque applicabili i principi del corpus di *common law*, prestando attenzione all'eventuale esistenza di discipline giuridiche precedenti (es. il diritto francese in Québec o quello di derivazione romano-olandese in Sud-Africa) e ricorrendo talvolta a norme consuetudinarie in deroga a quelle tradizionalmente applicabili nella madrepatria, a patto che non contraddicessero i fondamenti più profondi del diritto inglese o fossero contrarie al senso di giustizia o equità. In particolare, ciò avvenne nelle colonie asiatiche, nel cui contesto le confessioni religiose più diffuse prevedevano deviazioni non indifferenti dal diritto britannico,

¹¹ W.R. Riddell, *The Judicial Committee of the Privy Council*, in 44 *Am. L. Rev.*, 1910, 161-176.

specie sotto il profilo del diritto di famiglia e delle successioni¹².

Peraltro, il *Privy Council* acquisì altresì funzioni rilevanti sotto il profilo costituzionale, assumendo un ruolo arbitrale nelle dispute sul federalismo e asseritamente esercitando un'influenza non secondaria sulla diffusione del *judicial review of legislation* nel contesto nordamericano (sul presupposto che la legislazione dei *dominions* non poteva che essere subordinata alla legislazione britannica che istituiva l'assemblea rappresentativa della colonia, conferendole il potere legislativo e condizionandone così necessariamente la validità)¹³. In questa sede, ci si limiterà a considerare il rapporto delle corti dei vari possedimenti britannici con il *Privy Council* nell'ambito della giurisprudenza sul *common law*.

Nonostante l'esistenza di una prassi precedente, fu soltanto a partire dal 1844 che al potere di impugnazione dinanzi al *Privy Council* fu data formale sanzione. Ciò esclude dunque gli Stati Uniti d'America, che in quanto indipendenti non erano più passibili di applicazione di questa regola. Per gli altri ordinamenti considerati, invece, essa è rimasta d'attualità, venendo ad essere abrogata soltanto in momenti diversi nel corso del XX secolo, in corrispondenza con l'emancipazione e l'acquisizione di un'indipendenza dei vari *dominions* dell'Impero britannico. Infatti, a partire dal 1865 fu vietato alle assemblee legislative delle varie colonie di disporre l'abrogazione di tale ricorso¹⁴. Fu soltanto con il cd. *Statute of Westminster*¹⁵ del 1931 che questo divieto fu rimosso, così che i legislativi di ciascuna delle ex-colonie poterono finalmente abrogare, ove lo ritenessero opportuno, questo rimedio giurisdizionale. Tuttavia, i tempi di tale abrogazione si sono dimostrati assai diversificati e anche gli effetti diretti sull'atteggiamento degli organi di vertice dell'ordinamento giudiziario di ciascuno dei Paesi considerati non appaiono uniformi.

Il Canada, che aveva istituito nel 1875 una Corte Suprema¹⁶, aveva già tentato di abrogare per via legislativa la possibilità di ricorrere al *Privy Council*¹⁷, ma il tentativo era stata infruttuoso in quanto l'organo stesso aveva sancito l'incostituzionalità della legge canadese per la violazione del *Colonial Laws Validity Act*¹⁸. Dopo l'entrata in vigore dello Statuto di Westminster,

¹² L.P. Beth, *The Judicial Committee of the Privy Council and the Development of Judicial Review*, in 24 *The American Journal of Comparative Law*, 1976, 22-42, spec. 28 ss.

¹³ *Id.*, 32 ss. A proposito della funzione arbitrale del *Privy Council* e dell'influenza da essa esercitata sull'attecchimento di una forma di Stato federale nei Paesi del Commonwealth, si rinvia a L.-P. Pigeon, *The Meaning of Provincial Autonomy*, in 29 *Canadian Bar Review*, 1951, 1126-1135; con specifico riferimento al caso canadese e all'interpretazione del *British North America Act*, v. A.C. Cairns, *The Judicial Committee and Its Critics*, in 4 *Canadian Journal of Political Science*, 1971, 301-345.

¹⁴ *Colonial Laws Validity Act* (1865), §1 letto in combinato disposto con il §2.

¹⁵ *An Act to give effect to certain resolutions passed by Imperial Conferences held in the years 1926 and 1930* (1931), §2 (1), (2).

¹⁶ *Supreme and Exchequer Courts Act* (1875).

¹⁷ *Criminal Procedure Amendment Act*, SC 1888, c 43, s 1.

¹⁸ *Nadan v. The King* [1926] UKPC 13, [1926] AC 482.

tuttavia, nulla ostava più a che il legislatore canadese riproponesse un'analoga modifica legislativa, cosa che avvenne di lì a poco prima in campo penale¹⁹, con il beneplacito dello stesso *Privy Council*²⁰, poi per la materia civile²¹, dopo che il *Judicial Committee* si era già espresso a favore della legittimità costituzionale di tale ipotesi²².

Tuttavia, diversamente da quanto è accaduto in Australia, la Corte Suprema canadese non è apparsa particolarmente propensa a ripensare i precedenti propri (o quelli del *Privy Council* antecedenti al 1949) in spregio al principio di *stare decisis* in senso orizzontale. Il caso canadese, piuttosto, sembra potersi ascrivere a una diversa tendenza, vale a dire quella degli ordinamenti di *common law* nei quali l'*overruling* del precedente tradizionale inglese non è da ricondurre tanto a un mutamento dell'architettura istituzionale dell'ordinamento giudiziario, bensì all'intervento, accanto alla *frame of government*, di un catalogo di diritti che interagiscono con il *corpus* di precedenti di *common law* (v. *infra*, §4).

Il caso dell'Irlanda va distinto dagli altri, poiché sin dal 1801 l'isola era entrata a far parte organicamente del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda²³ e non fu dunque considerata una colonia come Canada, Australia e Nuova Zelanda. La guerra d'indipendenza scoppiata alla fine del primo conflitto mondiale si era risolta nella stipula del Trattato anglo-irlandese del 1921²⁴, che riconosceva all'Irlanda il medesimo status giuridico del Canada, qualificandola esplicitamente come *dominion* nell'ambito del *British Empire*. In conformità a ciò, la Costituzione del Libero stato irlandese del 1922 contemplava la possibilità di impugnare le decisioni della Corte Suprema dinanzi al *Privy Council* (art. 66).

In modo simile a quanto accadde in Canada, seppur per mezzo di una fonte di rango diverso, il ventiduesimo emendamento al testo costituzionale modificò la disposizione escludendo tale facoltà²⁵; anche in questo caso, nel ricorso dinanzi al *Privy Council* fu riconosciuta la conformità dell'atto con lo *Statute of Westminster* del 1931²⁶. Tale approccio segnò dunque il termine del breve (1921-1933) ma tormentato periodo di sottoposizione delle pronunce

¹⁹ *Criminal Code Amendment Act*, SC 1932-33, c 53, s 17.

²⁰ *British Coal Corporation v. the King* [1935] UKPC 33, [1935] AC 500.

²¹ *Supreme Court Amendment Act*, S.C. 1949 (2nd. session), c. 37, s. 3.

²² *The Attorney-General of Ontario v. The Attorney-General of Canada and The Attorney-General of Quebec (Canada)* [1947] UKPC 1.

²³ *Acts of the Union* (1800).

²⁴ *Articles of Agreement for a Treaty Between Great Britain and Ireland* (1921).

²⁵ *Constitution (Amendment No. 22) Act* 1933.

²⁶ *Moore v. Attorney-General for the Irish Free State* [1935] AC 484. Il *Privy Council* argomentò in questo caso che il Libero stato irlandese, in quanto derivante la propria legittimazione da una fonte legislativa britannica (*l'Irish Free State Constitution Act 1922*), si era visto riconoscere poteri ulteriori per effetto dello Statuto di Westminster del 1931, tali da estendersi alla modifica o abrogazione della legislazione britannica applicabile al territorio irlandese, ivi compreso lo stesso *statute* che istituiva quell'entità statale e sanciva al contempo l'applicabilità della Costituzione del 1922.

delle corti irlandesi alla giurisdizione d'impugnazione del *Privy Council*²⁷, dato che i costituenti irlandesi non contemplarono questo rimedio giurisdizionale nella Carta del 1937²⁸. Se dunque i giudici irlandesi non si sono sentiti particolarmente vincolati dalle statuizioni del *Privy Council*, così non è sempre stato per le decisioni della *House of Lords*, che in quanto vertice del giudiziario britannico lo era stato anche per l'Irlanda fino al 1921 e nei confronti delle cui decisioni valeva il principio di *stare decisis* in senso verticale²⁹.

In Australia i tempi sono stati più dilatati, tanto che l'abolizione del ricorso avverso le pronunce della *High Court* al *Privy Council* data soltanto dal 1975, anche se la stessa *High Court of Australia* aveva già cominciato a dare segni di allontanamento dai precedenti del *common law* inglese, dopo una lunga fase di sostanziale adesione alla giurisprudenza della madrepatria³⁰. In una prima fase, durata dall'istituzione di questo giudice³¹ fino all'inizio degli anni '60, la *High Court* si conformò volontariamente ai precedenti giurisprudenziali inglesi, arrivando a seguire non soltanto le decisioni del *Privy Council*, ma altresì quelle della *House of Lords*³² e dalla *Court of Appeals*³³, pur non essendo giuridicamente vincolata a farlo³⁴. Peraltro, in questo primo periodo, la *High Court* si sentì vincolata dal principio *stare decisis* molto più in senso verticale, con riferimento alle decisioni di corti diverse, anche se non costituzionalmente a essa sovraordinate sotto il profilo gerarchico, che non in senso orizzontale, tanto che i due casi menzionati rappresentano esempi di *overruling* di precedenti della stessa *High Court*, associati a mutamenti giurisprudenziali delle corti inglesi³⁵.

Il fatto che, tuttavia, l'allentamento dell'affidamento della *High Court* sulla giurisprudenza della *House of Lords* e della *Court of Appeals* preceda l'abrogazione dell'impugnazione dinanzi al *Privy Council*, così diluendo l'importanza di questo vincolo giuridico, è stato spiegato con il progressivo venir meno, dopo il secondo conflitto mondiale, di alcuni fattori economici e sociali propizi a un'uniformità del diritto australiano con quello britannico.

²⁷ Su cui si rimanda più diffusamente a T. Mohr, *Guardian of the Treaty. The Privy Council Appeal and Irish sovereignty*, Dublino, 2016.

²⁸ Sulla possibilità di ricorrere in appello al *Privy Council* avverso le pronunce delle corti irlandesi, v. D.K. Coffey, *Constitutionalism in Ireland, 1932-1938. National, Commonwealth, and International Perspectives*, Cham, 2018, in cui l'autore dà conto del procedimento di emendamento della disposizione in oggetto (47 ss.) e ripercorre la pronuncia del *Privy Council* di cui si è detto sopra (70 ss.).

²⁹ Su questi aspetti si rinvia a P. Fitzgerald, *The Status of British Law in Independent Ireland: A Guide for Post-Brexit Britain*, in 20 *Irish J. European L.*, 2017, 24-37, spec. 27-32.

³⁰ S. Walpole, *The development of the High Court's willingness to overrule common law precedent*, in 45 *Federal Law Review*, 2, 2017, 291-314.

³¹ *Judiciary Act* (1903).

³² *Piro v. W Foster and Co Ltd* (1943) 68 CLR 313, 320 (Latham CJ).

³³ *Sexton v. Horton* (1926) 38 CLR 240, 244-5 (Knox CJ and Starke J).

³⁴ §74 *Commonwealth of Australia Constitution Act* (1900).

³⁵ S. Walpole, *The development of the High Court's willingness to overrule common law precedent*, *op. cit.*, 295.

D'altronde, questa convergenza era auspicabile in ragione degli stretti e preponderanti rapporti commerciali fra Australia e Regno Unito e della composizione demografica dei residenti australiani non nativi, prevalentemente immigrati di ascendenza britannica³⁶.

Il mutamento di queste condizioni e un crescente senso di estraneità all'Impero britannico sono considerati alla base dei primi cambi di indirizzo della *High Court*, che a partire dalla materia penale rivendicò la propria autonomia e l'inattualità di un obbligo a seguire i precedenti della *House of Lords*³⁷. Peraltro, ciò significava altresì non doverne recepire mutamenti di giurisprudenza che implicassero *overruling* di propri precedenti³⁸ o ampliamenti dei criteri di decisione adottati in casi antecedenti³⁹.

In ogni caso, il cambiamento epocale risale alla definitiva abolizione da parte del Parlamento australiano della possibilità di adire in via di impugnazione il *Privy Council*⁴⁰, che rese così a partire dal 1975 la *High Court* il giudice di ultima istanza e la valvola di chiusura del sistema giudiziario australiano. In realtà, questo mezzo di impugnazione rimase in vita in via residuale per un altro decennio, dato che fino al 1986 alle parti di un giudizio dinanzi a una corte suprema statale era consentito di scegliere l'impugnazione al *Privy Council* anziché alla *High Court of Australia*, così frenando un'emancipazione a tutto tondo del *common law* australiano da quello britannico⁴¹. Ciò ha determinato anche l'approccio cauto della stessa *High Court* in questo primo decennio, durante il quale sono stati soltanto precedenti dello stesso giudice a essere messi in discussione⁴² e non decisioni risalenti applicabili in territorio australiano fin dall'epoca coloniale⁴³.

Con la decisiva svolta del 1986, la *High Court* ha preso progressivamente coraggio e si è spinta a decidere in senso contrario a precedenti inglesi anche risalenti, come testimoniato dalle pronunce in tema di cd. *privity of contracts*⁴⁴, di proprietà fondiaria e riconoscimento di un diritto reale sui terreni alle popolazioni aborigene⁴⁵, di disciplina statale applicabile a fatti illeciti fra soggetti di diversi Stati⁴⁶ e di esenzione delle autorità locali dalla responsabilità per danni causati dalla negligenza nella manutenzione

³⁶ *Ibid.*, 297.

³⁷ *Parker v. The Queen* (1963) 111 CLR 610.

³⁸ *Uren v. John Fairfax & Sons Pty Ltd* (1966) 117 CLR 118.

³⁹ *Skelton v. Collins* (1966) 115 CLR 94.

⁴⁰ *Privy Council (Appeals from the High Court) Act 1975*, che integrava il *Privy Council (Limitation of Appeals) Act 1968*, che già aveva limitato le possibilità di esperire questo mezzo di impugnazione.

⁴¹ *Australia Acts 1986*.

⁴² *Cullen v. Trappell* (1980) 146 CLR 1.

⁴³ *Dugan v. Mirror Newspapers Ltd* (1978) 142 CLR 583; *State Government Insurance v. Trigwell* (1979) 142 CLR 617.

⁴⁴ *Trident General Insurance Co Ltd v. McNiece Bros* (1988) 165 CLR 107.

⁴⁵ *Mabo v. Queensland of Australia (No.2)* (1992) 175 CLR 1.

⁴⁶ *John Pfeiffer Pty Ltd v. Rogerson* (2000) 203 CLR 503.

stradale⁴⁷. Da quanto premesso, appare che questa tendenza si sia finalmente manifestata quando anche l'ultimo ostacolo di natura costituzionale era stato rimosso, rendendo effettivamente autonomo l'ordinamento giudiziario australiano, il quale ha potuto adattare le regole del *common law* a una distinta identità del Paese, non più vincolata all'appartenenza all'Impero britannico.

Fra i *dominions*, la Nuova Zelanda è stato quello che ha impiegato più tempo a emanciparsi dall'influenza britannica, come è dimostrato anche dal recepimento formale dell'autonomia riconosciuta dall'atto del parlamento britannico (*i.e.*, lo Statuto di Westminster) soltanto dopo la fine del secondo conflitto mondiale⁴⁸. Non deve stupire, pertanto, che il ricorso al *Privy Council* sia stato un rimedio disponibile fino al 2004, quando la sua abrogazione ha reso autonoma anche questa ex colonia dalla giurisprudenza dell'organo⁴⁹. D'altronde, fino allo stesso anno la Nuova Zelanda era priva di un organo giudiziario di vertice del tipo della *High Court* australiana o della Corte Suprema canadese, ragion per cui l'abrogazione del ricorso al *Privy Council* avrebbe inevitabilmente lasciato l'ordinamento neozelandese privo di un'imprescindibile valvola di chiusura del sistema. In realtà, l'ipotesi di abolire questo mezzo di impugnazione veniva paventata già dal 1990, alla vigilia del centocinquantenario anniversario della stipula del Trattato di Waitangi (1840)⁵⁰.

Anche nel caso della Nuova Zelanda, il legame che aveva tenuto insieme la madrepatria inglese con la colonia oceanica si affievolì progressivamente per effetto dell'ingresso britannico nella CEE (1973), anche se gli effetti concreti (forse anche per l'assenza di una corte di vertice equiparabile a quella australiana) non furono analoghi. Infatti, probabilmente anche in considerazione del limitato numero di decisioni riguardanti il contesto neozelandese da parte del *Privy Council*, fu solo quasi venti anni dopo i vicini australiani che la Nuova Zelanda recise finalmente il cordone ombelicale con il Regno Unito. D'altronde, lo stesso organo aveva cominciato nel decennio precedente a esercitare un certo *self-restraint* nei ricorsi avverso le pronunce delle corti neozelandesi, riconoscendo in un caso la legittimità della decisione di un giudice di distaccarsi volontariamente dal precedente di *common law* inglese in ragione delle diverse condizioni della Nuova Zelanda, argomentando che il *common law* può per sua natura ben adattarsi alle condizioni dei diversi Paesi in cui esso va a innestare le proprie radici⁵¹.

In ragione della recente istituzione della Corte Suprema neozelandese, appare in questa fase ancora prematuro svolgere delle considerazioni

⁴⁷ *Brodie v. Singleton Shire Council* (2001) 206 CLR 512.

⁴⁸ *Statute of Westminster Adoption Act* (1947).

⁴⁹ *Supreme Court Act* (2003).

⁵⁰ M. Wilson, *From Privy Council to Supreme Court: A Rite of Passage for New Zealand's Legal System*, in 18 *Waikato L. Rev.*, 2010, 1-14.

⁵¹ *Invercargill City Council v. Hamlin* [1996] 1 NZLR 513; v. K.J. Keith, *The Unity of the Common Law and the Ending of Appeals to the Privy Council*, in 54 *Int'l & Comp. L.Q.*, 2005, 197-210.

analoghe a quelle illustrate con riferimento agli ordinamenti di cui sopra, anche se la decisione di abrogare la possibilità di ricorrere al *Privy Council* oltre 70 anni dopo lo Statuto di Westminster sembra suggerire una tendenziale soddisfazione e adesione dell'ordinamento costituzionale neozelandese ai precedenti del corpus di *common law* inglese. Ulteriori rilievi relativi all'interazione fra la giurisdizione del *Judicial Committee* e il *bill of rights* della Nuova Zelanda, che a differenza del catalogo di diritti canadese è entrato in vigore ancora in costanza dell'esperibilità del ricorso al *Privy Council*, saranno svolti nel paragrafo che segue.

4. Le cause assiologiche: gli effetti dei cataloghi dei diritti

In linea di principio, la resistenza dei precedenti e l'applicazione dei principi tradizionali di *common law* non si ritiene direttamente influenzata dall'introduzione, nel quadro delle fonti costituzionali, di cataloghi di diritti, in quanto questi ultimi agiscono almeno originariamente e storicamente sull'asse verticale del rapporto fra istituzioni statali e cittadini. Nondimeno, è utile indagare come la sanzione formale di determinati principi in un documento a carattere costituzionale sia passibile di influenzare l'adesione continuativa nel tempo a precedenti anche risalenti, in forza della possibile emersione di una peculiare identità costituzionale nazionale di ciascuno Stato membro del *Commonwealth*.

Gli Stati Uniti d'America, ancora una volta, si distinguono marcatamente dagli altri ordinamenti considerati, poiché il *bill of rights* è quasi coevo alla Costituzione federale del 1787, finendo per costituirne di fatto parte integrante a pieno titolo. Pur essendo la percezione della vincolatività del precedente meno cogente nel contesto statunitense rispetto alla lettura formalistica britannica dell'800, giova ricordare che una delle ragioni della ribellione delle colonie alla madrepatria fu proprio la mancata garanzia di quelle libertà civili garantite dal corpus di *common law*, che venivano sistematicamente neglette oltreoceano, alimentando il desiderio di emancipazione degli emigranti⁵².

Questo afflato filtra nel catalogo di diritti del 1791, all'origine inteso quale limite al solo potere del Governo federale a presidio dei cittadini dei singoli Stati, ancora scettici sulla centralizzazione di poteri in capo a un ente federale. Peraltro, la lettura che di tali disposizioni fece la Corte Suprema federale fu a lungo conforme a tali aspettative, nel senso di un dualismo fra la cittadinanza statale e quella federale tale da esonerare il singolo Stato dal rispetto delle disposizioni del *bill of rights*⁵³. D'altronde, la giurisprudenza federale, pur avendo progressivamente rivisto la propria impostazione dando via a un processo di

⁵² M.N.S. Sellers, *The Doctrine of Precedent in the United States of America*, in 54 *Am. J. Comp. L.*, 2006, 67-88.

⁵³ *Barron v. Baltimore* 32 U.S. (7 Pet.) 24 (1833); conforme, con riferimento ai cd. *Civil War Amendments*, *Slaughter-House cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873).

*selective incorporation*⁵⁴, non ha osato estendere la sfera di applicabilità del *bill of rights* ai privati, se non in casi limitati concernenti lo svolgimento di funzioni che, secondo la tradizione, sono state considerate esclusivamente pubbliche⁵⁵, così impedendo la presa nella cultura giuridica statunitense di una concezione degli effetti orizzontali delle disposizioni costituzionali.

Il discorso si pone in termini differenti con riferimento agli altri ordinamenti presi in esame. Il caso australiano appare meno rilevante sotto questo profilo, poiché la Costituzione australiana non contiene una sezione formale dedicata alla garanzia dei diritti, né alcun emendamento successivo alla sua entrata in vigore ha innovato il testo sotto questo aspetto, come invece avvenuto nel caso statunitense. In realtà, è stato sostenuto che un *bill of rights* australiano esista, seppur in forma parziale: esso consisterebbe nella garanzia della sottoposizione a un processo con giuria in materia penale (§80), nella tutela della libertà di religione e di culto (§116), nella tutela avverso la discriminazione dei cittadini di uno Stato della Federazione da parte di un diverso Stato (§117) e nel limite imposto alla legislazione del *Commonwealth* di acquisire beni da ciascuno degli Stati o dai privati cittadini a condizioni eque (§51(xxxi))⁵⁶. Si tratta, in tutta evidenza, di disposizioni limitate, che rassomigliano di fatto soltanto, rispettivamente, alla garanzia di cui al VI emendamento alla Costituzione statunitense, alla sola *establishment clause* del I emendamento, alla *privileges and immunities clause* di cui all'art. IV e a una garanzia alla corresponsione di un equo indennizzo in caso di espropriazione o altra spoliazione di beni appartenenti agli altri enti della Federazione o ai cittadini.

Difetta, nel caso australiano, un espresso riconoscimento dei diritti civili e politici analogo a quelli contemplati dalle costituzioni democratiche moderne, anche se la *High Court of Australia* ha ritenuto di ricavare un ristretto nucleo di diritti politici dall'indicazione che i membri della Camera dei Rappresentanti e del Senato siano eletti direttamente dal popolo (rispettivamente, §24 e §7), quali la libertà di associazione, iniziativa e propaganda politica⁵⁷, la libertà di accesso alla sede del governo⁵⁸ e l'universalità del suffragio⁵⁹. In realtà, questa ricostruzione trascura di dar conto di alcune (invero infrequenti) circostanze in cui la *High Court* ha desunto da regole applicabili agli Stati della Federazione delle posizioni giuridiche soggettive, quali il diritto alla libera iniziativa economica

⁵⁴ *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

⁵⁵ *Marsh v. Alabama*, 326 U. S. 501 (1946).

⁵⁶ R. Dixon, *An Australian (partial) bill of rights*, in 14 *International Journal of Constitutional Law*, 1, 2016, 80–98; si precisa che le disposizioni a cui si fa riferimento nel testo sono contenute nel *Commonwealth of Australia Constitution Act* (1900).

⁵⁷ *ACTV* (1992) 177 CLR 106; *Nationwide News Pty Ltd. v. Willis* (1992) 177 CLR 1.

⁵⁸ *ACTV* (1992) 177 CLR 106; *Mulholland* (2004) 209 ALR 582; *R v. Smithers* (1912) 16 CLR 99; *Pioneer Express Pty Ltd. v. Hotchkiss* (1958) 101 CLR 536.

⁵⁹ *Roach v. Electoral Commissioner* (2007) 233 CLR 162.

interstatale⁶⁰. In ogni caso, la lettura che del parziale *bill of rights* australiano è stata fatta dalla *High Court* risulta restrittiva e poco favorevole all'espansione della sfera di diritti protetti dalla Costituzione, senza che l'adozione dello *Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act*⁶¹ abbia cambiato particolarmente le cose, di fatto risolvendosi in un mero esame preliminare delle pregiudiziali di compatibilità con una serie di dichiarazioni internazionali sul rispetto dei diritti dell'uomo.

Nel contesto australiano, tuttavia, le garanzie dettate per i cittadini avverso l'interferenza e la violazione dei propri interessi giuridicamente protetti, sia essa pubblica o privata, non si rintracciano tanto nel testo costituzionale, votato alla disciplina dei rapporti fra enti della Federazione e fra organi della forma di governo, bensì nella fitta trama di principi desumibili dai precedenti di *common law*⁶². È probabilmente per questa ragione che un allontanamento da alcune dottrine della tradizione inglese si è avuto in Australia solo dopo l'affrancamento dal *Privy Council*.

Diversamente da quanto accaduto per gli altri ordinamenti considerati, la costituzione irlandese del 1937 si approssima a quelle dell'Europa continentale, nel senso che affianca alla struttura istituzionale dello Stato una serie, seppur non particolarmente estesa, di disposizioni dedicate alla garanzia dei diritti. Infatti, sotto il titolo dedicato ai diritti fondamentali (artt. 40-44), sono contemplati i diritti della sfera personale, familiare, di istruzione, di proprietà privata e di religione e culto, ai quali seguono direttive in materia di politiche sociali (art. 45).

Se anche la soggezione all'impugnazione dinanzi al *Privy Council* è durata per l'Irlanda poco oltre un decennio, non bisogna tuttavia dimenticare come, in quanto parte organica del Regno Unito, essa fosse stata per decenni assoggettata alla giurisdizione della *House of Lords*, che era giudice di ultima istanza anche per le controversie sorte sul territorio dell'isola. Questo spiega per quale ragione, nonostante la presenza di una serie di disposizioni a formulazione dettagliata contemplate all'interno del *bill of rights*, il patrimonio giuridico di *common law* continui a giocare un ruolo significativo in questo ordinamento. Infatti, uno dei casi più celebri di ripensamento di una tradizionale regola giurisprudenziale inglese⁶³ serve a mettere in luce la concezione che del *common law* ha la Corte Suprema irlandese: esso svolgerebbe cioè una funzione 'interstiziale'⁶⁴, a completamento della Costituzione scritta. In particolare, solo laddove il testo costituzionale sia chiaro nel proprio significato e completo, esso potrebbe prevalere su un

⁶⁰ *The State of New South Wales v. The Commonwealth*, 20 CLR 54 (1915), v. E. Mostacci, *Commerce power e federalizing process. Il governo dell'economia nell'evoluzione dei federalismi di common law*, Milano, 2018, 144 ss.

⁶¹ *An Act to establish a Parliamentary Joint Committee on Human Rights, and for related purposes* (2011).

⁶² G. Romeo, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, 2020, 103 ss.

⁶³ *People v. O'Shea* [1982] IR 384.

⁶⁴ Così G. Romeo, *op. cit.*, 109.

principio consolidato della *judge-made law* di tradizione britannica. Diversamente, rimane attuale in Irlanda, in maniera tutto sommato simile a quanto avviene in Australia, una tutela dei diritti che poggia sulle tradizionali garanzie di *common law*, con ciò limitando il tasso di divergenza dei giudici dai precedenti della tradizione britannica e, di conseguenza, rendendo meno cogente il ricorso alla tecnica dell'*overruling*.

Il caso canadese è forse il più indicativo della capacità di un catalogo di diritti dei cittadini di influenzare l'evoluzione della giurisprudenza, incidendo sull'adesione o l'allontanamento dai precedenti della tradizione di *common law* più di quanto non abbia fatto l'affrancamento dal *Privy Council*. Se il *Canada Act* del 1982 sancisce formalmente il distacco dalla madrepatria, che aveva fino a quel momento mantenuto alcuni poteri di emendamento della Costituzione canadese, esso rileva altresì perché l'originario *British North America Act* del 1867 viene corredato di una estesa carta dei diritti fino a quel momento ineguagliata in ampiezza fra gli ordinamenti di derivazione britannica⁶⁵.

Sebbene sarebbe forse eccessivo riconoscere all'entrata in vigore della Carta un effetto così dirimpente ed esclusivo, tale da cagionare un ripensamento di una serie di pronunce e principi consolidati di *common law*, non si può trascurare come la sola abrogazione del ricorso al *Privy Council* non si fosse dimostrata sufficiente a spingere la Corte Suprema canadese all'adozione di decisioni che contraddicessero precedenti della tradizione giurisprudenziale britannica. Se i semi di un tale ripensamento si possono rintracciare già nella *dissenting opinion* del *Chief Justice* Dickson nel caso *Bernard v. The Queen*⁶⁶, ove lo stesso indica quattro fattori alla base di un cambiamento di indirizzo (la compatibilità del precedente con la Carta, l'attenuazione della *ratio* originaria in forza di casi successivi, l'oggettiva incertezza del criterio e lo sfavore nei confronti dell'imputato in materia penale), la Corte ha poco dopo proceduto a un *overruling* relativo all'interpretazione di una scriminante in materia penale⁶⁷. Non si tratta d'altronde di un caso isolato, essendo lo stesso giudice intervenuto altresì su una regola in tema di autoincriminazione, in una successiva pronuncia ove la Corte stessa, pur segnalando la prassi di non discostarsi dai precedenti se non per ragioni cogenti, ha citato una serie di casi successivi all'entrata in vigore della Carta ove ciò fosse già avvenuto⁶⁸.

Se, dunque, appare che l'introduzione di una carta dei diritti nel novero delle fonti formalmente costituzionali in Canada sia stato il maggior fattore di emancipazione di questa ex colonia dalla tradizione britannica, un *caveat* è

⁶⁵ *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Allegato B al *Constitution Act* (1982).

⁶⁶ [1988] 2 S.C.R. 833.

⁶⁷ *R. v. Chaulk* [1990] 3 S.C.R. 1303, che costituisce un ripensamento del principio espresso nel precedente *Schwartz v. The Queen* [1977] 1 S.C.R. 673.

⁶⁸ *R v. Henry*, [2005] 3 SCR 609, §44; sulla tendenza crescente dalla fine degli anni '80, v. D. Parkes, *Precedent Unbound - Contemporary Approaches to Precedent in Canada*, in 32 *Man. L.J.*, 2006, 135-162, spec. 152.

d'obbligo. Infatti, un certo numero dei precedenti su cui la Corte Suprema è intervenuta con un *overruling* non riguardavano principi iscritti esclusivamente in precedenti giurisprudenziali, ma spesso altresì recepiti in fonti legislative scritte (es. codice penale), che per effetto dell'esplicito riconoscimento alla Carta e al resto della Costituzione canadese del primato (*rectius*, supremazia, v. §52(1) della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*) sono gerarchicamente sottordinate alle fonti costituzionali. Ciò implica che non necessariamente l'impatto della Carta sia passibile di un effetto tanto pervasivo anche laddove il principio di *common law* in questione non sia stato cristallizzato da uno specifico intervento legislativo⁶⁹.

La Nuova Zelanda si caratterizza per aver adottato un catalogo di diritti⁷⁰ prima dell'abrogazione della possibilità di ricorrere al *Privy Council*. Tuttavia, come già avvenuto per la cd. costituzione neozelandese⁷¹, anche il catalogo di diritti non è inserito in una fonte formalmente costituzionale, che di fatto nell'ordinamento della Nuova Zelanda non esiste. Pertanto, il Paese è ancora retto da una costituzione consuetudinaria ispirata al modello Westminster, in cui anche i due documenti che disciplinano la forma di governo e la garanzia dei diritti sono suscettibili di modifica da parte del legislatore ordinario. D'altronde, lo stesso *bill of rights* prevede espressamente che i giudici non debbano ritenere implicitamente abrogata, inefficace o da disapplicare una qualsiasi disposizione di legge contenuta in altra fonte per il solo fatto dell'incompatibilità con il catalogo di diritti (§4). Questa è la ragione per la quale il documento è stato utilizzato nella prassi soprattutto come strumento interpretativo, pur entro i limiti imposti dal testo delle disposizioni ai giudici⁷². Pertanto, anche sotto questo profilo l'ordinamento neozelandese appare quello ancora più intimamente legato al *Commonwealth* e al patrimonio giuridico di *common law*, che d'altronde divenne applicabile nel Paese già a partire dal Trattato di Waitangi, salva la sanzione formale successiva tramite l'*English Laws Act*⁷³.

5. Il distacco dal *common law* tradizionale come sviluppo di una compiuta identità costituzionale

L'analisi della tendenza a discostarsi dai precedenti di *common law*, in uno

⁶⁹ Sull'opportunità di distinguere il distacco dalla giurisprudenza precedente, per effetto dell'entrata in vigore della *Charter of Rights and Freedoms*, con riferimento a queste due diverse ipotesi, v. L. David, *Stare decisis, The Charter and The Rule of Law in The Supreme Court of Canada*, Toronto, 2020, 42-43; l'A., peraltro, esplora in dettaglio la rilevanza del principio dello *stare decisis* nell'ambito dell'ordinamento canadese, mettendo in luce anche il percorso di emancipazione della Corte Suprema canadese dalla giurisdizione d'impugnazione britannica.

⁷⁰ *New Zealand Bill of Rights Act* (1990).

⁷¹ *Constitution Act* (1986).

⁷² G. Romeo, *op. cit.*, 97 ss.

⁷³ *An Act to declare the Lawes of England so far as applicable to the circumstances of the Colony, to have been in force therein on and after the 14th day of January, 1840* (1858)

sforzo di progressiva emancipazione e conquista dell'autonomia rispetto alla tradizione britannica da parte degli ex *dominions*, consente di delineare alcuni diversi percorsi e tendenze che si sono manifestate nelle varie esperienze costituzionali.

Il caso degli Stati Uniti d'America è quello più eccentrico, poiché l'acquisizione della piena indipendenza prima che il principio dello *stare decisis* in senso verticale si consolidasse in maniera tanto rigida nell'ordinamento britannico ha consentito al Paese di continuare a fare affidamento sui precedenti di *common law* inglese, pur in una logica più flessibile. Ciò è avvenuto nella coesistenza con un catalogo di diritti che in parte intersecano la tutela tradizionale di *common law*, tanto che la stessa Corte Suprema ha dimostrato di utilizzare garanzie tratte tanto dall'uno quanto dall'altro ambito nell'esercizio della propria funzione di *judicial review*⁷⁴.

Meno dirompente è stato il distacco del Canada dalla tradizione di *common law* britannica. In questo contesto, l'indipendenza istituzionale dell'ordinamento giudiziario dalla giurisdizione britannica non è bastata a mettere in moto un allontanamento da principi e soluzioni giuridiche che sono state ritenute applicabili ancora per decenni. La sanzione formale dell'indipendenza e l'adozione della Carta dei diritti e delle libertà sembrano al contrario aver fornito il vertice del giudiziario canadese di quella legittimità e di quello strumento necessario per scardinare la dipendenza e soggezione al diritto giurisprudenziale britannico, consentendo al Canada di acquisire un'identità distinta sotto il profilo costituzionale rispetto a quella della madrepatria.

In Australia, invece, in assenza di un catalogo di diritti, il ricorso ancora attuale alle garanzie del corpus di *common law* è stato contaminato da una tendenza progressivamente più pronunciata a distaccarsi dai precedenti della stessa *High Court* prima e del *Privy Council* poi. Ciò mette in luce come la costruzione di un'identità costituzionale autonoma deve maggiormente all'indipendenza delle corti australiane rispetto a quelle britanniche che non a un'integrazione del testo costituzionale nella forma di un catalogo di diritti.

Peraltro, si riscontra una parziale affinità fra i due ordinamenti summenzionati, in che l'adozione di *overruling* si manifesta con riferimento a tematiche di particolare rilevanza sociale (si pensi ai diritti sulla terra dei popoli indigeni o aborigeni – che peraltro rileva anche nel contesto neozelandese⁷⁵), anche se le modalità di approdo a tali decisioni percorrono vie invero assai diverse.

Curiosamente, a differenza di quanto avvenuto per il Canada e l'Australia, nonostante l'Irlanda sia stato il primo *dominion* a liberarsi dalla

⁷⁴ G. Romeo, *op. cit.*, 116 ss.

⁷⁵ Sulla giurisprudenza delle corti di Australia e Canada in materia di diritti fondiari dei popoli aborigeni o indigeni, v. P.H. Russell, *High Courts and the Rights of Aboriginal Peoples: The Limits of Judicial Independence*, in 61 *Sask. L. Rev.*, 1998, 247-276; K. McNeil, *The Vulnerability of Indigenous Land Rights in Australia and Canada*, in 42 *Osgoode Hall L.J.*, 2, 2004, 271-301.

dominazione britannica e abbia contemplato sin dal principio una costituzione corredata da un catalogo di diritti e libertà, essa appare per certi versi più 'fedele' ad alcuni principi del *common law* inglese tradizionale e meno propensa all'*overruling*. Ciò potrebbe altresì dipendere dalla prossimità della stessa alla Gran Bretagna, dall'appartenenza effettiva al Regno Unito per oltre un secolo e, pertanto, dalla passata soggezione alla regola dello *stare decisis* in senso verticale con riferimento alle decisioni della *House of Lords*.

La Nuova Zelanda appare come la Cenerentola del gruppo, sia in ragione dell'assai tardiva abrogazione dell'appello al *Privy Council*, sia per i limitati effetti dell'adozione di un *bill of rights*. La combinazione di questi due fattori fa sì che si tratti dell'ordinamento che meno si è distaccato dalla tradizione britannica, essendo così anche meno propenso ad adottare decisioni di *overruling*, forse anche in ragione della sensibilità dimostrata dallo stesso *Privy Council* con riferimento alle consuetudini locali e alle esigenze della comunità Maori.

Ciò che si ritiene di poter concludere, all'esito della comparazione svolta, è che l'ambizione britannica a un *common law* uniforme e applicabile in tutte le parti del mondo associate a vario titolo alla Corona britannica non si può dire del tutto frustrata, data l'influenza che i precedenti del diritto giurisprudenziale inglese esercitano ancora in una pluralità di ordinamenti pur ormai costituzionalmente indipendenti ed emancipati. Pare opportuno segnalare, tuttavia, come questi ordinamenti abbiano, con tempi e modalità differenti, maturato una sensibilità e un set di valori costituzionali distinti da quelli originari della madrepatria. Uno dei segni più tangibili di questa autonomia si manifesta appunto nelle decisioni con le quali, superando il principio dello *stare decisis*, i giudici di questi Stati ripensano regole e criteri consolidati nei precedenti giurisprudenziali di *common law*.

Davide Zecca
Dipartimento di studi giuridici
Università comm.le L. Bocconi
zecca.davide@unibocconi.it