



Nicola Giovanni Cezzi*

*Stare decisis e interpretazione costituzionale***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Gli usi del *common law*. – 3. Gli usi dello *stare decisis*. – 4. La polemica originalista. – 5. Conclusioni. Il giudice costituzionale come custode della storia?

1. Introduzione

È lettura poco contestata in dottrina quella secondo cui l'ordinamento costituzionale statunitense partecipa degli istituti tradizionali di *common law* e, tra questi, della regola del precedente vincolante (convenzionalmente espressa nel brocardo *stare decisis et quia non movere*) anche nell'esercizio della funzione giudiziaria vertente sull'interpretazione costituzionale¹.

Oltre alle proposte ricostruttive dei trapianti di questo e altri strumenti giuridici dall'antica madrepatria negli anni di formazione dell'ordinamento americano, militerebbero in questo senso una riscoperta della metodologia di *common law* nelle Università del tardo XIX secolo, la lettura che di questa tradizione è stata data dal movimento del giusrealismo, nonché l'evidenza

* Assegnista di ricerca in diritto pubblico comparato presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche della Sapienza Università di Roma.

**Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Non lo mette in discussione U. MATTEI, *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, Giuffrè, 1988, sebbene, occupandosi comunque solo marginalmente della sua declinazione nel diritto costituzionale, descriva il progressivo abbandono della portata normativa dell'istituto in parola, fino ad affermarne il valore ormai solo dottrinale: lo *stare decisis*, secondo l'Autore (355), è «innanzitutto una regola di percezione del proprio sistema giuridico e, come tale, si riflette sugli strumenti di conoscenza del sistema da parte dei giuristi». Mattei manifesterà poi perplessità sulla capacità di questo «sofisticato» sistema di fonti di assicurare «consapevolezza, responsabilità e legittimazione» dell'attività giudiziaria: v. ID., *Il diritto giurisprudenziale globalizzato ed il progetto imperiale. Qualche spunto*, in *Politica del diritto*, 1/2005, 102. Si v. anche U. MATTEI, E. ARIANO, *Il modello di common law*, Torino, Giappichelli, V ed., 2018, 177 ss. Sul tema v. oggi L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, Giappichelli, 2018, 185 ss. Dubbi sull'effettiva partecipazione dell'ordinamento statunitense alla tradizione di *common law* sono avanzati da H.P. GLENN, *Legal Traditions of The World. Sustainable Diversity in Law*, Oxford-New York NY, Oxford University Press, 2010, IV ed., 263, secondo cui «in many respects US law represents a deliberate rejection of common law principle, with preference being given to more affirmative ideas clearly derived from civil law»; ciononostante Glenn in questa e altre opera (cfr. ID., *On Common Laws*, Oxford-New York NY, Oxford University Press, 2005) continua a considerare gli Stati Uniti all'interno della famiglia di *common law*, seppur con contaminazioni.

empirica data dallo stile argomentativo utilizzato dai giudici in sede di *constitutional adjudication*². In altre parole, lo *stare decisis* sembra parte integrante della cultura costituzionale americana³.

Questa lettura è stata tuttavia messa in discussione dalla dottrina dell'originalismo. A sua volta molto variegata⁴, la versione più radicale della dottrina in parola ha sempre manifestato un certo disagio nell'ammettere l'operatività dello *stare decisis* in un ordinamento a costituzione scritta e rigida che non contiene espressamente un riferimento a tale vincolo.

Si ritiene che i quesiti sollevati dall'originalismo abbiano da tempo messo radice nel dibattito costituzionalistico, e ciò anche grazie al numero e al carisma dei suoi esponenti in seno all'apparato giudiziario. Questi giuristi hanno posto il tema della normatività del documento costituzionale, in particolare della sua interpretazione testuale: e quindi, parlandosi di un testo risalente a oltre due secoli fa, il tema della normatività di quella storia costituzionale. Tra eccessi di retorica e tentativi di neutralizzare esplicite opzioni ideologiche, nel mirino della critica originalista è da tempo finito il mito del precedente giudiziario nello svolgimento del giudizio di costituzionalità⁵.

La questione ha assunto negli ultimi decenni crescente centralità per il mai sopito dibattito sulla tenuta della giurisprudenza su alcuni temi particolarmente divisivi, tra cui quella che ha riconosciuto fondamento costituzionale al diritto di interrompere la gravidanza. È notorio infatti che, nel clima di crescente polarizzazione attraversato anche da questa cultura giuridica, giudici e legislatori di estrazione conservatrice hanno posto in cima ai loro mandati il superamento (*overruling*) di casi come *Roe v. Wade* (1973)⁶, e più in generale la messa in discussione dell'intero percorso di affermazione dei diritti fondamentali utilizzando l'argomento della tradizione storica⁷. Addirittura, secondo alcune ricostruzioni, non solo lo *stare decisis*

² Si incentra sull'incidenza della tradizione giuridica di *common law* nel definire il sistema culturale che l'ha prodotta G. ROMEO, *L'argomento costituzionale di common law*, Torino, Giappichelli, 2020.

³ Sul concetto di cultura costituzionale v. A. DI MARTINO, *Culture costituzionali, storia e comparazione*, in *Atti della giornata di studi in onore di Paolo Rüdola*, pubblicati in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 10/2019, 77 ss.

⁴ Di recente C. BOLOGNA, *La Corte Suprema*, in G. D'IGNAZIO (a cura di), *Il sistema costituzionale negli Stati Uniti d'America*, Padova, Cedam, 2020, 319-320, ha proposto la distinzione tra *intentionalism* (approccio secondo cui è dirimente il significato attribuito dai padri fondatori al testo costituzionale) e *textualism* (per il quale è dirimente il significato ragionevolmente attribuibile al testo scritto, indipendentemente da quello inteso dai *framers*). ROMEO, *L'argomento costituzionale di common law* cit., 140, ha proposto la suddivisione in tre sottogruppi: *l'original intent originalism* (attribuito in particolare alla giurisprudenza del giudice Bork); *l'original understanding originalism* (più diffusa a partire dagli anni '90), e all'interno di questa un *public meaning originalism* (attribuito in particolare al giudice Scalia).

⁵ Si v. da ultimo A. CONEY BARRETT, *Originalism and Stare Decisis*, in *Notre Dame Law Review*, vol. 92 n. 5, 2017, in cui l'autrice (giudice della Corte Suprema federale dal 27 ottobre 2020) ripercorre il problematico rapporto che il suo mentore, Antonin Scalia, ha avuto con l'istituto in parola.

⁶ Su come sia stato possibile passare dal raggiungimento di una composizione bipartisan della Corte Suprema in un caso come *Roe v. Wade* all'inizio degli anni '70 all'attuale polarizzazione sui valori fondativi dell'ordinamento si v. di recente la lettura di J.M. BALKIN, *The Cycles of Constitutional Time*, Oxford-New York NY, Oxford University Press, 2020, 112-118. Per una rassegna dell'ultima giurisprudenza in materia di interruzione volontaria di gravidanza si v. i contributi di L. PELUCCHINI sul blog di *Diritti Comparati*: "*Whole Woman's Health v. Hellerstedt*": la Corte Suprema statunitense torna sul diritto all'aborto (28/11/2016), "*Rights fell on Alabama*": il diritto all'aborto negli Stati Uniti a seguito degli emendamenti costituzionali in Alabama e West Virginia (22/10/2018), "*Se Roe cade nello Stato del Pellicano*": il futuro incerto del diritto all'aborto negli Stati Uniti (29/04/2019), *De similibus idem est iudicium: la Corte Suprema statunitense sull'incostituzionalità della legge della Louisiana in materia di aborto* (29/07/2020).

⁷ Sul punto, e in particolare sul richiamo alla tradizione come perno dell'interpretazione della *due process clause*, v. A. BURATTI, *Diritti fondamentali e tradizione storica: il contributo della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Atti della giornata di studi in onore di Paolo Rüdola*, pubblicati in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 10/2019, 423.

avrebbe influenzato la giurisprudenza sull'interruzione volontaria di gravidanza, ma specularmente è stata questa a finire col determinare l'essenza stessa della regola del precedente⁸.

Lo stato di tensione sulla comprensione dello *stare decisis* sollecita un supplemento di riflessione in particolare per due recenti letture dell'istituto tra loro inconciliabili offerte nell'arco di un anno dalla Corte Suprema federale, e in particolare dall'ala ritenuta conservatrice di questa. Con il suo voto decisivo, il Chief Justice John Roberts ha coadiuvato una maggioranza di cinque giudici contro quattro nel dichiarare l'incostituzionalità di una normativa statale che poneva requisiti e condizioni di carattere organizzativo per i medici e gli ambulatori ove si praticano le interruzioni di gravidanza⁹. Roberts è giunto a questa conclusione perché – nonostante la sua appartenenza al collegio di giudici che avevano dissentito dalla maggioranza della Corte su una fattispecie molto simile decisa negli stessi termini appena quattro anni prima¹⁰ – ha ritenuto lo *stare decisis* un vincolo normativo per il giudice¹¹: ha quindi dichiarato la necessità di attenersi alla decisione precedente, pur continuando a non condividerne il ragionamento e l'approdo finale¹². La posizione di Roberts, significativa anche in quanto elevata dalla sua carica di Chief Justice della Corte Suprema, è sembrata così suonare come diretta risposta a quella assunta l'anno prima dal giudice originalista Clarence Thomas, che ha invece ritenuto la regola della vincolatività del precedente non confacente al processo di interpretazione costituzionale statunitense¹³.

Questo lavoro si propone di approfondire la critica che dagli argomenti originalisti è mossa a questo convenzionale istituto di *common law*. A tal fine, dopo aver ripercorso per tappe la portata attribuita al *common law* nell'esperienza giuridica americana (par. 2), si procede a indicare i vari volti assunti dallo *stare decisis* nella giurisprudenza (par. 3), per poter così cogliere il senso della proposta di dismissione definitiva del *common law* e dei suoi istituti dalle fonti del diritto costituzionale (par. 4). In conclusione (par. 5) si rifletterà sul posto della regola del precedente tra le fonti del diritto americano e sul senso dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento statunitense.

⁸ Così M. MURRAY, *The Symbiosis of Abortion and Precedent*, in *Harvard Law Review*, vol. 134, 2020.

⁹ *June Medical Services, LLC v. Russo*, 591 U.S. ___ (2020), su cui, oltre ai contributi citati in nota 6, v. anche L. BUSATTA, *Quanto vincola un precedente? La Corte Suprema degli Stati Uniti torna sull'aborto*, in *Dpce Online*, 3/2020, 4453.

¹⁰ *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. ___ (2016).

¹¹ Negli ultimi decenni le coordinate per argomentare il superamento o meno di un precedente vengono tratte dal caso *Planned Parenthood v. Casey* (1992), dove la maggioranza della Corte esemplificò (854-855) le seguenti «considerazioni pragmatiche» utili a testare la coerenza dell'*overruling* di un precedente con la *rule of law*: bisogna valutare se una decisione «si è dimostrata intollerabile semplicemente alla luce della sua praticità», se è maturato un certo grado «affidamento», se «i principi giuridici si sono talmente evoluti da aver reso quella regola un residuo di una vecchia dottrina», o se «i fatti sono [...] visti in modo così diverso da aver privato quella pronuncia di ogni giustificazione o applicazione pratica».

¹² L'argomentazione di Roberts ricalca quello della maggioranza della Corte nel citato *Planned Parenthood v. Casey*, ma con un'importante sfumatura: secondo il Chief Justice non è tanto l'approdo della sentenza in *Whole Woman's Health* che va ribadito, quanto lo standard fissato in *Casey* (da cui la Corte in *Whole Woman's Health* si era, a suo dire, discostata, causando quel suo dissenso): l'adesione al precedente di *Whole Woman's Health* è dunque usata per ribadirne la deviazione dal più importante precedente (*Casey*). In altri termini, la lettura del precedente così proposta da Roberts sembra piuttosto selettiva, la fedeltà riservandosi a un precedente, più che a una regola del precedente.

¹³ Così nella sua *concurring opinion* in *Gamble v. United States*, 587 U.S. ___ (2019), su cui v. *infra* paragrafo 4.

2. Gli usi del *common law*

Era parere del giudice Scalia – carismatico esponente del movimento originalista – che l'impostazione casistica comunemente associata al giudizio di *common law* andasse abbandonata, perché quando un giudice per spiegare la sua decisione «non riesce a fare niente di meglio che valutare la totalità delle circostanze», allora non sta propriamente pronunciando il diritto, ma si sta esercitando in una «poco esaltante» ricerca empirica delle questioni di fatto: e sulle questioni di fatto «non esiste alcuna risposta giusta»¹⁴. Per l'originalista, il *common law* non è davvero un diritto comune, o almeno non lo è più da quando ha smesso di essere consuetudinario, riflessivo delle pratiche dei consociati, ed è divenuto un diritto giurisprudenziale, per cui consuetudinari possono essere soltanto i precedenti giudiziari consacrati in nome dello *stare decisis*. Le tecniche del moderno *common law*, infatti, tra cui quella dello *stare decisis*, si ritiene che abbiano incoraggiato un'interpretazione troppo discrezionale della costituzione e sono tra le principali vie tramite cui il giudice si è spinto a *fare* la legge (anziché limitarsi ad applicarla): e ciò è male perché queste tecniche non sono espressione genuina della cultura costituzionale americana, né risalgono alla fondazione dell'ordinamento, ma sono al più invalse solo un secolo dopo. Di qui «l'imbarazzante relazione tra normazione di *common law* e democrazia» e quindi tra *common law* e principio della separazione dei poteri attorno al quale la democrazia americana era stata originariamente organizzata¹⁵.

Questa lettura esprime in modo eloquente il conflitto irrisolto tra i dogmi alla base della fondazione costituzionale degli Stati Uniti d'America, e in particolare gli interrogativi posti dalla combinazione di sovranità popolare e divisione dei poteri, tradizioni di *common law*, natura rigida della Costituzione e decorso del tempo.

Per comprendere le ragioni di tanta avversione al *common law* può essere opportuna una breve contestualizzazione.

All'indomani della Guerra Civile, si era ripresentata l'esigenza di ordine razionale e certezza del diritto solo apparentemente sopita dalle sistemazioni giurisprudenziali della Corte guidata da John Marshall¹⁶. Anche nel campo dell'interpretazione costituzionale, l'anelito verso un certo rigore concettuale venne soddisfatto prima di tutto nella riscoperta della tradizione di *common law*, che solo in parte aveva permeato gli anni di formazione dell'ordinamento americano¹⁷.

¹⁴ A. SCALIA, *The Rule of Law as a Law of Rules*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 56 n. 4, 1989, 1177.

¹⁵ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System. The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, in A. GUTMANN (a cura di), *A matter of Interpretation. Federal Courts and The Law*, Princeton NJ, Princeton University Press, 1997, 4-10, 38. Sull'originalismo di Scalia v. G.F. FERRARI, *Nino Scalia: analisi giurisprudenziale del pensiero di un giudice conservatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2016 e, se si vuole, N.G. CEZZI, *L'esperienza di Antonin Scalia nella cultura costituzionale statunitense*, in *Diritto pubblico*, 3/2016

¹⁶ Su cui v. P.W. KHAN, *The Reign of Law. Marbury v. Madison and the Construction of America*, New Haven CT, Yale University Press, 1997.

¹⁷ La parte della Costituzione federale che si ritiene più permeata da questa tradizione è probabilmente quella delle garanzie individuali affidate al Bill of Rights. Tuttavia cosa si intendesse all'epoca per *common law* è molto difficile dire: secondo G.E. WHITE, *The Path of American Jurisprudence* in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 124, 1976, 1239, il *common law* in America era divenuto altamente localizzato al tempo dell'adozione della Costituzione, inducendo la creazione di diverse regole e dottrine di *common law*. La crescente influenza dell'apparato giudiziario negli stati federati tra la fine del XVIII e l'inizio del

L'attenzione a questo patrimonio culturale venne incoraggiata anche dai filoni intellettuali dell'epoca: la tradizione del pensiero conservatore di Burke ripreso da Pollock, la moderna teoria evoluzionistica rappresentata da Darwin e Spencer, e l'influenza del pensiero continentale rappresentato da Savigny e Jhering. Con questo strumentario intellettuale, anche l'America si era potuta costruire un proprio metodo e una propria scuola storica¹⁸, e la *rule of law* poteva presentarsi come dichiarazione di principi di progresso svelati da un'indagine storica compiuta nell'amministrazione della giustizia. Incoraggiava in questa direzione il c.d. *case method* proposto dalla Harvard Law School guidata da Langdell, che si basava sulla coltivazione di un rigore logico dal quale estrapolare il concetto giuridico, a sua volta fondativo dell'autorità di un precedente: si proponeva per questa strada una «selezione critica, operata attraverso criteri scientifici, delle dottrine giuridiche che si erano sviluppate nel corso dell'evoluzione del *common law*»¹⁹.

Un tale approccio, tuttavia, applicato all'interpretazione costituzionale, sarebbe presto sfociato in un problematico dogmatismo. In questo settore sfumarono le linee di demarcazione tra normatività del testo costituzionale, scienza dell'interpretazione (o meglio, *case method*) e storia della libertà (rinvenuta nel *common law*): se infatti la ragione affondava nella storia e il diritto (*rule of law*) era dichiarazione di quella ragione, allora c'era poco spazio per crearne di nuovo, soprattutto di rango sovraordinato, attraverso l'*expounding* della Costituzione. E tanto peggio per i fatti, incalzati dalla rivoluzione industriale, che ponevano invece le basi per reclamare una nuova attuazione di quel testo.

Di qui una delle cifre più qualificanti della c.d. *Lochner Era*, nel corso della quale il giudizio sulla legittimità delle leggi venne condotto indipendentemente da tracciati della Costituzione: la ricerca nel *common law* e l'autorità dello *stare decisis*, compendiate nel metodo casistico della scuola di Harvard, avrebbero creato una prassi di antipatia giudiziale verso le innovazioni legislative introdotte a seguito della rivoluzione industriale; campo di scontro tra giudici e legislatori sarebbe divenuto il rapporto tra libertà individuali e legislazione sociale²⁰.

La reazione alla *Lochner Era*, quando per di più era diventato necessario trovare un modo di sostenere la costituzionalità delle misure a sostegno dell'economia all'indomani della crisi del '29, venne svolta muovendo dalla stessa impostazione concettualistica allo studio dei fenomeni sociali, solo che adesso nella tradizione di *common law* si poteva riscoprire la radice di un

XIX secolo fu in parte un effetto della sua abilità a modificare le dottrine di *common law* per riflettere le cangianti attitudini locali. Similmente, J. GOEBEL JR., *Antecedents and Beginnings to 1801*, in *The Oliver Wendell Holmes Devise History of the Supreme Court of the United States*, vol. I, Cambridge MA, Cambridge University Press, (1971) 2010, 35, 47-48, e MATTEI, *Stare decisis* cit., 20, 35 ss. Sul tema v. ampiamente GLENN, *Legal Traditions of The World*, cit., 237 ss.

¹⁸ Su cui v. R. POUND, *Interpretations of Legal History* (1923), Cambridge MA, Cambridge University Press, 2013.

¹⁹ MATTEI, *Stare decisis* cit., 139, che più avanti (235) chiarisce che in questo periodo, «i “carghi di speculazione continentale” importati dall'Europa segnarono il trionfo del ragionamento dogmatico sulla falsariga della pandettistica tedesca».

²⁰ Su questa Era v. A. RIDOLFI, *Una rilettura di Lochner v. New York ad oltre un secolo di distanza*, sul blog di *Diritti Comparati*, 30/08/2010; F. SAIITO, *Dalla Gilded Age al New Deal: diritti e federalismo nella Lochner Era*, in *Diritto Pubblico*, 2/2016; e da ultimo BURATTI, *Diritti fondamentali e tradizione storica* cit., 426.

moderno pragmatismo²¹: un nuovo modo di intendere quella tradizione portava a valorizzare lo sviluppo razionale del potere attraverso un modello socio-evolutivo a base competitiva che muoveva dall'osservazione dell'esperienza sociale stratificata nelle consuetudini.

Consacrata in questo modo dalla scuola giusrealista la congiunzione tra *common law*, interpretazione costituzionale e scienza sociale²², la Corte Suprema guidata dai giudici Warren e Burger avrebbe poi avuto abbondanza di argomenti per implementare, dalla seconda metà del Novecento, dispositivi come la *equal protection clause* e dottrine come quella dell'*incorporation* del Bill of Rights, descrivendo un nuovo ciclo del tempo costituzionale²³.

È verso questa stratificazione degli usi del *common law* che, tra l'altro, si concentra la diffidenza dell'originalismo nei confronti di questa tradizione²⁴: essa si sarebbe mostrata duttile tanto a una giurisprudenza antagonista del legislatore quanto a una giurisprudenza supplente dello stesso, in entrambi i casi favorendo un odioso attivismo giudiziario.

Alla radice della filosofia originalista è invece posta la negazione di ogni aspetto valutativo o decisionale nell'esercizio della funzione giudiziaria: attingendo dalle teorie cognitive dell'interpretazione, per l'originalista la norma preesiste al momento interpretativo e l'interpretazione non è attività normativa/innovativa, ma mero discernimento di ciò che il testo già esprime²⁵; e quando tale discernimento abbia a oggetto un testo risalente nel tempo, per l'originalista ogni ombra di arbitrio giudiziario è eliminata grazie alla consultazione del materiale storico alla base dell'elaborazione di quel testo (se necessario, ricorrendo ai dizionari dell'epoca). Di qui poi anche la distinzione tra *constitutional interpretation* (mera decodificazione del testo costituzionale) e *constitutional construction* (attività teorico-creativa volta a colmare le zone d'ombra del testo costituzionale)²⁶; quest'ultimo concetto, peraltro, se da un lato viene contrapposto, in senso deteriore, a quello di *interpretation*, dall'altro si fonda sull'idea che alla

²¹ Figura centrale di questo passaggio sarebbe stato il giudice Oliver Wendell Holmes, sulla cui impostazione giurisprudenziale v. A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, Napoli, Jovene, 2016, 93-94.

²² Colui che è convenzionalmente ritenuto l'erede di Holmes in Corte Supreme, Benjamin Nathan Cardozo, senza porre alcuna distinzione tra interpretazione costituzionale e comprensione del *common law*, aveva affermato che «le grandi generalità» presenti nella Costituzione hanno un contenuto e un significato che «cambia di epoca in epoca» e che l'interpretazione, così ampliata, diventa «qualcosa di più dell'accertamento del significato e dell'intento dei legislatori»: l'interpretazione completa questa dichiarazione dei legislatori e «riempie gli spazi vacanti», secondo gli stessi processi e gli stessi metodi che hanno portato alla costruzione del «diritto consuetudinario» (B.N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven CT, Yale University Press, 1921, 17).

²³ In questo senso BALKIN, *The Cycles of Constitutional Time*, cit., 99 ss.

²⁴ Nell'esperienza, tuttavia, anche un originalista come Scalia è ricorso esplicitamente ad argomentazioni di *common law* nell'esercizio della *constitutional adjudication*: si può vedere in proposito l'opinione della maggioranza da questi redatta nel caso *United States v. Jones* (2012). Anche da questo dato, secondo ROMEO, *L'argomento costituzionale di common law cit.*, 120, si potrebbe concludere che negli Stati Uniti l'andamento narrativo dei giudici della Corte Suprema è impregnato di uno stile di *common law* e «la *common law* potrebbe considerarsi sicuramente assorbita dal principio di costituzionalità».

²⁵ Stando a uno dei primi teorici dell'originalismo, R. BERGER, *New Theories of 'Interpretation': The Activist Flight from the Constitution*, in *Ohio State Law Journal*, vol. 47 n. 1, 1986, *interpretare* non vuol dire *dare* significato, perché il verbo «dare» denota l'attribuzione di un qualcosa a qualcuno/qualcosa che prima ne era privo, mentre [il verbo] 'interpretare' significa accertare, non aggiungere». Di qui il mantra ripetuto dai giudici a ogni *confirmation hearing* davanti al Senato secondo cui *judges should interpret the law, not make the law*.

²⁶ Su cui v. su cui v. K.E. WHITTINGTON, *Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1999.

construction concorrano soprattutto (per l'originalista, esclusivamente) gli esponenti delle *political branches*²⁷.

Questo approccio vale a maggior ragione se il testo in questione ha il nome di Costituzione: l'interpretazione di questa, lungi dall'aver natura diversa da quella di un altro pezzo di legislazione ordinaria, si caratterizza per l'abbondanza del repertorio storiografico cui attingere per darne neutra applicazione. Di qui la difficoltà di ritenersi vincolati a precedenti non aderenti al testo, e da ultimo la proposta di farne tabula rasa.

3. Gli usi dello *stare decisis*

Il dibattito sulla portata normativa della fondazione costituzionale si accese sin dall'avvio di questa esperienza giuridica. Se già al repubblicanesimo di Thomas Jefferson veniva difficile accettare che una generazione potesse vincolarne un'altra sulla base di un testo normativo²⁸, non poteva non manifestare resistenze il suo più noto seguace politico davanti all'idea che fossero dei giudici a fissare definitivamente l'interpretazione di quello ormai affermatosi come testo costituzionale. E infatti, nel messaggio inviato al Senato con cui apponeva il veto sul rinnovo della Banca degli Stati Uniti, il Presidente Andrew Jackson dichiarava: «Si sostiene, da parte degli avvocati della banca, che la sua costituzionalità vada ritenuta ben definita in virtù del precedente e della decisione della Corte Suprema. Non posso essere d'accordo con questa conclusione. Un mero precedente è pericolosa fonte di autorità e non dovrebbe esserlo su questioni relative al potere costituzionale se non quando anche il consenso del popolo e degli Stati possa dirsi definito»²⁹.

Si può cogliere già in questo breve passo l'idea dell'ambivalenza di cui sin dall'inizio ha goduto lo *stare decisis* nella cultura costituzionale statunitense: da un lato non vi si vuol riconoscere autorità nella definizione del *constitutional power*, dall'altro non lo si può neanche rinnegare in quanto parte di una tradizione (di *common law* o meno) comunque espressiva di una normatività radicata nella società; ma, anche in questo scenario, la Corte Suprema non può comunque detenere l'esclusiva sull'attuazione costituzionale. Muovendo da questi passi, la

²⁷ È quest'ultima l'intuizione alla base della teoria del c.d. *departmentalism*, su cui v. K.E. WHITTINGTON, *Political Foundations of Judicial Supremacy. Historical, International, and Comparative Perspectives*, Princeton NJ, Princeton University Press, 2007, che a sua volta rielabora l'idea di *departmentalism* formulata da E.S. CORWIN, *Court over Constitution*, Princeton NJ, Princeton University Press, 1938. Invero Corwin aveva proposto questa riflessione in un momento in cui le *political branches* non riuscivano a scalfire la granitica giurisprudenza della Corte Suprema nell'Era Lochner: proponeva così un modello di partecipazione degli organi politici all'esercizio di attuazione della Costituzione, laddove il testo di questa fosse risultato ampio o addirittura silente su certe questioni. Whittington invece rilegge il *departmentalism* in ottica antagonista, col fine di escludere la Corte Suprema da questa intrapresa.

²⁸ Cfr. T. JEFFERSON, *Letter from Thomas Jefferson to James Madison, September 6th 1789*, in J.P. BOYD (a cura di) *The Papers of Thomas Jefferson*, Princeton NJ, Princeton University Press, 1958, vol. XV, 392 ss. Sul costituzionalismo di Jefferson v. le relazioni del VI convegno annuale di *Diritti Comparati* (22 ottobre 2020), disponibili sul sito www.diritticomparati.it/vi-convegno-annuale-di-diritti-comparati-il-costituzionalismo-di-thomas-jefferson-3/.

²⁹ A. JACKSON, *Veto Message to the Senate* (10 luglio 1832), riportato da S.G. CALABRESI, *The Tradition of The Written Constitution: Text, Precedent, and Burke*, in *The Alabama Law Review*, vol. 57 n. 3, 2006, 635. Sul potere di veto v. ora A. BURATTI, *Disegno, evoluzione ed interpretazione dei checks and balances nella costituzione americana*, in D'IGNAZIO (a cura di), *Il sistema costituzionale cit.*, 57 ss.

dottrina e la giurisprudenza americane hanno variamente articolato questo disagio, per comprendere il quale può essere utile un altro esercizio di contestualizzazione.

Tra le prime esperienze pratiche dello *stare decisis* si suole ricordare quella del giurista inglese del XVII secolo: questi, istruito nello studio degli Year Books, sapeva di doversi basare sulle decisioni in argomento raccolte nei *reports* il più possibile recenti, pena il rischio che la Corte decidesse «al di fuori del suo controllo, secondo i principi di diritto e ragione»³⁰. In questo contesto, la ricerca del precedente, quindi l'erudizione nel *common law*, sembrava porsi principalmente come rimedio all'arbitrio del giudice, come garanzia di certezza contro l'uso della ragione del singolo³¹. Questa prassi non sembra essere stata trapiantata nelle colonie americane, dove, come visto, il *common law* d'Inghilterra fu sottoposto a uno scrutinio molto selettivo. E d'altronde nel fulgore della rivoluzione per l'indipendenza, grande fiducia venne riposta proprio nelle capacità della razionalità umana di architettare consapevolmente un nuovo ordine, stabile e duraturo, come quello consegnato alla Costituzione federale.

Una prima riflessione tematica sulla vincolatività del precedente viene fatta risalire a William Blackstone, i cui *Commentaries on the Laws of England* (1765), sì, ebbero larga diffusione negli Stati Uniti d'America appena fondati³². Il giurista inglese è spesso ricordato come il principale promotore della teoria dichiarativa del *common law*, secondo la quale il giudice non crea diritto, ma scopre ciò che il diritto è: «antica consuetudine spontanea *ab immemorabili*». Tuttavia le pagine dei *Commentaries* dedicate al tema del precedente vincolante contengono tesi in apparenza ambivalenti: da un lato si ritiene che l'antica consuetudine, una volta scoperta, viene fissata e il giudice sarà vincolato a seguirla; dall'altro, si afferma che la decisione che l'ha dichiarata, non essendo essa stessa diritto, ma mera prova del diritto, potrebbe essere sbagliata, resa cioè a sua volta «*ab iniuria*» (è il caso della sentenza che Blackstone definisce «*manifestly absurd or unjust*»)³³.

Meno di un secolo dopo non contribuivano a fare chiarezza sullo *stare decisis* i primi sforzi teorici dei giuristi autoctoni. Nei *Commentaries on American Law* pubblicati da James Kent nel 1826, ad esempio, si legge tutto e il suo contrario: «una solenne decisione in punto di diritto presa nell'ambito di un determinato caso diviene autoritativa in un caso analogo perché è la

³⁰ MATTEI, *Stare decisis cit.*, 16. Sul punto v. L. MOCCIA, *Appunti sul law reporting in Inghilterra*, in *Il Foro Italiano*, 1978 parte quinta, 286 ss.

³¹ Precisa T. ASCARELLI, *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, in T. ASCARELLI, M. GIANNOTTA (a cura di), *Testi per la storia del pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1960, 31-32, che la concezione del *common law* come *corpus juris* formatosi spontaneamente, consuetudinariamente, attraverso la pratica degli stessi interessati e in congruenza con canoni di giustizia naturali è «criticabile storicamente» poiché, anzi, «il diritto inglese è frutto di una consapevole azione e di una consapevole azione di pochi, di intervento regio e di attività della *curia legis*, di sviluppo casistico ad opera di una amministrazione della giustizia centralizzata e strettamente legata all'autorità regia, e proprio a quest'opera si deve la costituzione in Inghilterra di una legge comune al reame». Furono la risalenza della formazione del *common law*, la conseguente inclusione di molte leggi (Magna Carta inclusa) in un *corpus juris* che il tempo rendeva consuetudinario, e il cui sviluppo ad opera delle corti «doveva giustificarsi come individuazione di una naturale razionalità», a ingenerare l'idea di «un *corpus juris* che si amava pensare come consuetudinario e che proprio nella sua ormai avvenuta accettazione si riteneva razionale». Questo *corpus* fini per offrire, se non un criterio di costituzionalità della legge, sicuramente «un quadro di categorie e referenze al cui sviluppo pur si poteva far capo nella mancanza di una espressa dichiarazione contraria dello "statute", perciò interpretandolo quasi restrittivamente».

³² Si v. G.E. WHITE, *The Marshall Court and Cultural Change, 1815-35* (con il contributo di G. GUNTHER), in *The Oliver Wendell Holmes Devise History of the Supreme Court of the United States*, voll. III-IV, New York NY, MacMillan Publishing Co., 1988, 81-86.

³³ Traduzioni di MATTEI, *Stare decisis cit.*, 45.

prova più alta a nostra disposizione del diritto applicabile in questo nuovo caso e i giudici sono vincolati a quella decisione fino a che viene mantenuta, a meno che non possa dimostrarsi che il diritto non era stato adeguatamente capito e o che era stata malamente applicata nel primo caso»; e infatti bisogna porre attenzione ai *reports* inglesi e americani, che spesso contengono casi «che sono stati *overruled*, messi in discussione o limitati nella loro portata», quando non decisioni direttamente «inique ed errate»; anzi, conclude Kent, «neanche una serie di decisioni è sempre prova conclusiva di ciò che la legge è»³⁴.

Se il fronte dell'elaborazione teorica, che comunque nell'Ottocento muoveva i suoi primi passi, si limitava a queste tautologie³⁵, riscontri di una *judicial doctrine* dello *stare decisis* non sembrano trovarsi: nel corso del XIX secolo, in particolare, non si rinvenivano casi in cui i giudici, pur convinti della buona ragione di una delle parti, si siano sentiti obbligati a darle torto per rispetto a un precedente vincolante³⁶.

Incoraggiata dal fiorire dell'industria editoriale nella seconda metà dell'Ottocento³⁷, la scuola di Langdell incentrata sul *case method* avrebbe dato nuova linfa al valore vincolante del precedente: la selezione della giurisprudenza fatta dai *casebooks* universitari richiedeva l'attivazione di una lettura critica da parte del giurista; questa andava sviluppata lungo una logica ferrea che, da un primordiale metodo socratico, sarebbe sfociata nell'elaborazione di criteri scientifici; per questa via il giurista giungeva a estrapolare dal *corpus* dei casi le *rationes decidendi*, costitutive poi delle *authorities* giurisprudenziali. Alla tesi di Blackstone secondo cui il giudice doveva scoprire il *common law* ed applicarlo fu semplicemente sostituita quella per cui occorreva «scoprire la dottrina (o il concetto) logicamente corretto e applicarlo»³⁸, ma con una grave omissione: dell'insegnamento di Blackstone non venne colta l'importanza di non ritenere vincolante il precedente «*absurd*». Ne derivava un rafforzamento, se non un'exasperazione dello *stare decisis*: un precedente, una volta approvato sul piano dottrinale (*rectius*, concettuale), «diveniva resistente ad ogni mutamento»³⁹. Di qui la citata tensione nell'attuazione della costituzione durante l'Era Lochner.

Contro il concettualismo langdelliano si sarebbe rivolta la scuola del realismo giuridico, che in particolare nello *stare decisis* intravedeva pur sempre scelte di valore: assunto il diritto come mezzo per perseguire fini sociali⁴⁰ e riconosciuta l'importanza del fattore umano nell'attività giudiziaria, tanto valeva affermare senza mezzi termini la capacità normativa (e quindi la portata innovativa) della giurisprudenza, abbandonare la teoria dichiarazionista del *common law*, e prendere da questa tradizione una serie di tecniche argomentative con cui distendere le grandi generalità della testo costituzionale.

³⁴ Così Kent nella versione dei *Commentaries* tradotta da MATTEI, *Stare decisis cit.*, 65-66.

³⁵ Non differente sarebbe stata l'impostazione di Joseph Story con i suoi *Commentaries on the Constitution of the United States* (1833).

³⁶ Così nell'indagine condotta da MATTEI, *Stare decisis cit.*, 68-73.

³⁷ Su cui v. R. POUND, *The Formative Era of American Law*, Boston MA, Little Brown & Co., 1938, 157-158.

³⁸ MATTEI, *Stare decisis cit.*, 236.

³⁹ *Ivi*, 136.

⁴⁰ Così K.N. LLEWELLYN, *Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound*, in *Harvard Law Review*, vol. 44 n. 8, 1931, 1236.

Da quel momento lo *stare decisis* non è più (ammesso che lo sia mai stato) regola che impone al giudice di decidere in uno e in un solo modo la controversia: ovvero regola secondo cui un precedente è vincolante per il solo fatto di essere deciso (bene o male)⁴¹. Ne deriva, almeno per quel che riguarda la *constitutional adjudication*, che non può più ammettersi la dichiarazione di incostituzionalità di un intervento positivo del legislatore perché contrario a un precedente o a una linea giurisprudenziale.

Il realismo inizialmente riconosce allo *stare decisis* la qualità di strumento del mestiere di giudice, o «*working rule of our law*»⁴², ma da un lato non riesce a verbalizzarne il *modus operandi*, dall'altro ne disconosce una portata determinante nella risoluzione di controversie costituzionali⁴³.

Infine, l'approccio decostruttivistico di questa scuola porta a concludere, negli anni '50 del Novecento, che non esiste alcuna *judicial authority* che possa formalmente vincolare il giudice⁴⁴. Si prenda ad esempio la tecnica del *distinguishing*: muovendo dall'evidenza che nel mondo reale due casi non saranno mai del tutto identici, tramite questa tecnica sarà sufficiente per la corte successiva mostrare che le inevitabili differenze di fatto non sono secondarie ai fini della decisione della nuova controversia⁴⁵. Il *distinguishing*, poi, se attuato in maniera ripetuta sulla stessa *authority*, non è altro che l'anticamera di un *overruling*. E ancora l'*overruling* non raramente si risolve con la tecnica del *perspective overruling*, volta a correggere la portata retroattiva di un *overruling*; portata retroattiva che è altrimenti insita nella natura dichiarativa del giudizio di *common law*. Per non parlare della distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dictum*, che «sembra far acqua da tutte le parti»⁴⁶.

E allora, assodato che lo *stare decisis* come regola di autorità non esiste, le scuole di pensiero post-moderne possono dire che questa è al più una tecnica di interpretazione, o meglio di argomentazione, utile a persuadere il lettore della sentenza, sprovvista di uno *status* superiore rispetto ad altre regole del mestiere e sottoposta alla medesima maieutica⁴⁷.

⁴¹ Le quattro condizioni che un precedente doveva incontrare agli occhi di una corte successiva per essere ritenuto vincolante erano: l'essere il più possibile vicino ai fatti rilevanti, l'esser reso nel più alto grado possibile all'interno della medesima giurisdizione, non essere stato né *overruled* né *modified*, riguardare lo stesso punto di diritto (così nella definizione di precedente vincolante di M.L. COHEN, R.C. BERRING, *How to Find the Law*, St. Paul MN, West Group, 1945, 5, citata da MATTEI, *stare decisis* cit., 3).

⁴² CARDOZO, *The Nature of Judicial Process*, cit., 20.

⁴³ Nella sua *dissenting opinion* sul caso *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.* (1932), 406-410, Cardozo avrebbe scritto: «*stare decisis* è, di solito, la soluzione più saggia perché nella maggior parte dei casi è più importante che una qualunque regola giuridica sia stabilita piuttosto che sia stabilita quella giusta. Ciò è comunemente vero anche qualora l'errore sia tale da creare serie preoccupazioni, dal momento che alla correzione si può sempre provvedere attraverso il procedimento legislativo. Ma, nei casi che coinvolgono la Costituzione Federale dove la correzione tramite legislazione è praticamente impossibile, questa Corte ha sovente superato i propri precedenti». Per una critica a questa impostazione v. E.M. MALTZ, *Some Thoughts on the Death of Stare Decisis in Constitutional Law*, in *Wisconsin Law Review*, 1980, 467 ss.

⁴⁴ Così ad esempio J.H. MERRYMAN, *The Authority of an Authority. What the California Supreme Court Cited in 1950*, in *Stanford Law Review*, vol. 6 n. 4, 1954, 620. Sull'accusa di favorire nichilismo giuridico e arbitrio giudiziario mossa ai giusrealisti dal movimento dei Critical Legal Studies (da cui promanerà poi l'originalismo), v. G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto* (1995), Bologna, Il Mulino, 2001, trad. ital. C. Colli, 203 ss.

⁴⁵ Sul *distinguishing* v. MATTEI, *Stare decisis* cit., 115, 211.

⁴⁶ *Ivi*, 307.

⁴⁷ Così, ad esempio, per il filone del *Law & Economics*, W.M. LANDES, R.A. POSNER, *Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis*, in *The Journal of Law & Economics*, vol. 19 n. 2, 1976, 250, secondo cui i precedenti sono «*inputs*» per la creazione di regole giuridiche da parte dei giudici.

Parrebbe concludersi così una parabola che ha visto la letteratura giuridica impiegare il concetto di *stare decisis* in varie accezioni – ora come prassi o tradizione, ora come teoria o dottrina, ora come regola o tecnica del mestiere del giudice – senza mai attribuirgli, quantomeno nella soluzione di questioni costituzionali, una portata normativa.

4. La polemica originalista

L'opinione del giudice Roberts citata in introduzione non sembra spostare di molto questa comprensione americana dello *stare decisis*. Pur di fatto enunciando (e autorealizzando) la normatività del precedente (si dichiara vincolato a seguirlo nonostante non lo ritenga ben deciso⁴⁸), il Chief Justice non dà un fondamento alla regola diverso dalla collezione degli argomenti appena visti. Se da un lato, infatti, l'istituto viene addirittura radicato su una «*basic humility*» del giudice, in base alla quale deve riconoscere che i casi di oggi non saranno così diversi da quelli di ieri⁴⁹, dall'altro si ammette che lo *stare decisis* «può cedere il passo solo a un fondamento logico che vada al di là del dubbio che il caso sia stato deciso correttamente o meno»⁵⁰. Ma tale fondamento non è enunciato, e si può al più ricavarlo *a contrario* da alcuni «benefici pragmatici» dell'istituto: promozione della stabilità, dell'affidamento, limite alla discrezionalità del giudice, riduzione dei costi della giustizia⁵¹.

Agli occhi dell'originalista questi sono concetti che, a forza di rimanere inspiegabili, sono stati svuotati del loro contenuto e ora portano con sé persino un'ombra di retorica: si dubita, in altri termini, che questi fini giustificano la sopravvivenza del mezzo.

Solo un anno prima, dopo aver vergato per la maggioranza della Corte l'*overruling* di uno storico precedente⁵², il giudice Thomas aveva colto l'occasione di un caso di poco successivo per consegnare a un'articolata *concurring opinion*, sconnessa dal merito della questione sottoposta alla Corte, la sua lettura dello *stare decisis*⁵³, di cui si procede a dare conto.

Il giudice Thomas precisa che oggetto della disamina è solo la vincolatività dei precedenti della Corte Suprema davanti a sé stessa, mentre nulla vuol dire in tema del dovere per le altre corti federali o statali di seguire i precedenti della prima. Emerge dunque la consapevolezza che vuol trattarsi specificamente del giudizio centrale di costituzionalità⁵⁴.

⁴⁸ *June Medical Services* cit., Roberts *concurring*, 2: «La dottrina giuridica dello *stare decisis* ci impone, salve circostanze speciali, di trattare casi simili allo stesso modo». Sull'apparenza della modestia professata da Roberts v. quanto osservato *supra* in nota 12.

⁴⁹ *Ivi*, 3.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ivi*, 3-4. Il richiamo agli argomenti della Corte nel caso *Casey* è chiaro (v. *supra* nota 11).

⁵² *Franchise Tax Board of California v. Hyatt*, 587 U.S. ___ (2019), su cui v., se si vuole, N.G. CEZZI, *Un overruling della Corte Suprema statunitense in materia di immunità degli Stati*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4/2019.

⁵³ *Gamble v. United States*, cit.

⁵⁴ Sulle caratteristiche peculiari della giustizia costituzionale statunitense, che in questo scritto si danno per sottintese, v. di recente BOLOGNA, *La Corte Suprema*, cit., 303, A. SPERTI, *Il potere giudiziario*, in D'Ignazio (a cura di), *Il sistema costituzionale* cit., 327 ss. Per un approccio comparativo, con particolare con riferimento al c.d. *abstract judicial review*, si v. di recente C. PADULA, *La tutela diretta dei diritti fondamentali. Il pre-enforcement costituzionale challenge contro le leggi negli Stati Uniti e le questioni incidentali "astratte" in Italia*, Torino, Giappichelli, 2018.

La tesi di Thomas è subito statuita: la tipica formulazione dello *stare decisis* adottata dalla Corte Suprema «non è conforme al nostro dovere di giudici ai sensi dell'art. III [della Costituzione federale]»⁵⁵. In particolare, i parametri più comunemente invocati per valutare la vincolatività di un precedente⁵⁶ per Thomas possono avere senso solo in un ordinamento di *common law*, «in cui le corti sviluppano il diritto attraverso la giurisprudenza indipendentemente da un testo scritto»⁵⁷: tale ordine muoverebbe da «disarticolati processi sociali» per promuovere e organizzare la conoscenza in virtù della «esperienza dei più», anziché tramite una «ragione appositamente elaborata dei pochi»⁵⁸.

Il sistema costituzionale statunitense secondo Thomas poggia su altre basi.

In primo luogo, il compito di creare il diritto è attribuito ai soli organi politici (*political branches*) e non al potere giudiziario. In linea con l'immagine più diffusa che l'apparato giudiziario dà di sé, Thomas assume che il *Judiciary* non appartiene al genere degli organi politici, ovvero a quelli democraticamente legittimati⁵⁹. Thomas poggia questa assunzione su argomenti tratti non dal testo della Costituzione ma dall'interpretazione dello stesso data da autorevoli precedenti della Corte Suprema, da massime estratte dai *Federalist Papers* e da lavori di dottrina: assemblando queste citazioni, Thomas conclude che, da un lato, la Corte incontra un limite negativo, mancandole «la forza (il potere di eseguire le leggi) e la volontà (il potere di fare le leggi)»; dall'altro, incontra un limite positivo, essendole richiesto di «chiarire [*liquidate*] il significato delle leggi»⁶⁰.

In secondo luogo tra le fonti del diritto costituzionale federale, secondo il giudice originalista, non può annoverarsi alcun concetto di *common law*. Per sostenere ciò Thomas, non potendo basarsi su alcun enunciato della carta costituzionale, ricorre ancora una volta a un precedente giudiziario, *Erie R. Co. v. Tompkins* (1938), che aveva negato l'esistenza di un «*federal common law*»; Thomas non dice che *Erie* a sua volta è l'*overruling* di un altro precedente, che per quasi un secolo aveva detto il contrario⁶¹.

Comunque sia, *oggi*, le fonti del diritto americano sono rappresentate da tre blocchi di normazione positiva: «Costituzione; leggi, norme e regolamenti federali; trattati»⁶².

⁵⁵ *Gamble v. United States*, cit., Thomas *concurring*, 2.

⁵⁶ Anche Thomas richiama gli argomenti espressi in *Casey*.

⁵⁷ *Gamble v. United States*, cit., Thomas *concurring*, 3.

⁵⁸ *Gamble v. United States*, cit., Thomas *concurring*, 6. Thomas sembra riferirsi all'idea di *common law* tramandata da Blackstone e reinterpretata dalla scuola storica americana. Tuttavia, tiene a precisare che neanche in questa accezione i giudici agirebbero «come legislatori», avendo il compito di identificare e applicare «oggettivi principi di diritto», di modo che anche il superamento di un precedente «manifestamente assurdo o ingiusto» in questo contesto sarebbe ammissibile. L'ambiguità di questo passaggio – per cui Blackstone viene invocato sia a sostegno del giudizio di *common law*, sia contro la capacità normativa della giurisprudenza – si può in parte spiegare ricordando l'ambivalenza con cui viene raccontato il recepimento dell'insegnamento di Blackstone (v. *supra* in corrispondenza delle note 37-39). Sull'apparente conciliabilità tra questa lettura del *common law* e la filosofia originalista si v. *infra* il paragrafo conclusivo.

⁵⁹ Contro questa ripetuta semplificazione si v. diffusamente BALKIN, *The Cycles of Constitutional Time*, cit. (in particolare 69 ss., 130 ss.). Sulle dinamiche caratterizzanti la selezione dei giudici federali v. di recente anche BOLOGNA, *La Corte Suprema*, cit., 290 ss.

⁶⁰ *Gamble v. United States*, cit., Thomas *concurring*, 4.

⁶¹ Si tratta di *Swift v. Tyson* (1842), che appunto riconobbe l'esistenza di un tale *common law*: sull'importanza di questo passaggio nella comprensione dell'idea americana di *common law* v. MATTEI, *Stare decisis* cit., 160-163. Sulla distinzione tra interpretazione di legge ordinaria e interpretazione costituzionale, posta alla base di *Erie R. Co. v. Tompkins*, v. *infra* nota 86.

⁶² *Gamble v. United States*, cit., Thomas *concurring*, 7-8.

Thomas accenna anche a una sistemazione gerarchica delle fonti, quando ricava la superiorità naturale della Costituzione da dati testuali come il dovere (stabilito dall'art. VI della stessa) che ogni giudice ha di prestare giuramento sul rispetto di *questa Costituzione*⁶³. Tuttavia questa riflessione non lo conduce a dare all'interpretazione costituzionale una portata e un funzionamento diversi da quelli che potrebbero sottendere all'interpretazione di altri documenti normativi (leggi federali ordinarie in particolare). Qualunque sia la fonte, infatti, va privilegiato sempre e solo il testo: i giudici della Corte Suprema operano «in un sistema di diritto scritto», in cui le «parole» sono portatrici di significato «oggettivo»; ne deriva che per ogni questione giuridica si danno una risposta giusta e una sbagliata⁶⁴.

Ciò detto, Thomas articola la sua dottrina dell'*overruling*. I precedenti vengono considerati in due categorie: quelli «che si dimostrano erronei» (*demonstrably erroneous*) alla luce dell'unica interpretazione possibile del testo costituzionale, e quelli che sono «scorretti» (*incorrect*) ma basati su un'interpretazione testuale tutto sommato ammissibile. I criteri per distinguere l'erronea interpretazione dalla scorretta interpretazione non sono enunciati da Thomas. Il giudice sembra ancorare gli *incorrect precedents* a un dato pragmatico: il testo scritto, dice Thomas, può avere uno spettro più o meno ampio di interpretazioni e giuristi dotati di buon senso (*reasonable*) possono trovarsi in «onesto disaccordo» e giungere a differenti conclusioni circa il significato originario del testo di legge⁶⁵.

Ebbene, per Thomas un precedente può avere rilievo ai fini della soluzione della controversia solo se rientrante in questo spettro di interpretazioni ammissibili⁶⁶: un precedente scorretto, quindi, ha comunque statura di precedente. Quanto questo rilievo includa anche la vincolatività di quel precedente non è chiaro, ma sembrerebbe da escludersi (non fosse altro perché la normatività dello *stare decisis* Thomas l'ha già negata in tesi). È chiaro invece quando, secondo il giudice, dovrebbe scattare l'*overruling*: i precedenti che siano *demonstrably erroneous* vanno superati alla prima occasione possibile, nell'esecuzione del dovere giudiziario di supportare *questa Costituzione* (ovvero nell'enunciare l'unica interpretazione possibile di quel testo); i precedenti che invece siano semplicemente *incorrect* non devono essere per forza *overruled*.

⁶³ Può essere interessante notare, da un lato, che proprio sul dovere di giuramento, secondo una certa lettura, si sia fondata storicamente una delle prime giustificazioni del *judicial review of legislation* (v. GOEBEL, JR., *Antecedents and Beginnings to 1801*, cit., 100-109); dall'altro che è proprio sul dovere di rispettare *questa Costituzione* che le frange più radicali del movimento originalista ultimamente fanno leva per legittimare e rendere vincolante questa dottrina (v. C.R. SUNSTEIN, *The Debate Over Constitutional Originalism Just Got Ugly*, in *Bloomberg*, 15 maggio 2020).

⁶⁴ *Gamble v. United States*, cit., Thomas *concurring*, 8.

⁶⁵ *Gamble v. United States*, cit., Thomas *concurring*, 12. Thomas cita a proposito il differente approccio all'originalismo che distingue la sua giurisprudenza, proiettata al significato oggettivo delle parole al tempo della loro scrittura, da quella del giudice Scalia, più orientata alla ricerca del significato storico che le parole hanno avuto all'interno della comunità politica che ha adottato il testo (sul tema v. i lavori citati *supra* in nota 4).

⁶⁶ *Gamble v. United States*, cit., Thomas *concurring*, 12.

5. Conclusioni. Il giudice costituzionale come custode della storia?

La dottrina dell'originalismo applicata alla *constitutional adjudication*, soprattutto per come da ultimo ribadita dal giudice Thomas, sembra dunque scrollare con veemenza dalla comprensione di questa cultura costituzionale le incrostazioni delle idee che del *common law* si sono avute negli Stati Uniti. Stabilità del diritto, tutela dell'affidamento, umiltà giudiziaria sono tra i benefici più ricordati di un sistema basato sullo *stare decisis*, ma si sono rivelati «spesso illusori»⁶⁷. Una pronuncia basata sull'accertamento del significato oggettivo del testo, invece, assicurerebbe maggiore certezza, sgombrando il campo d'azione del giudice dallo stigma della creatività, oltre che essere l'unica strada che è dato perseguire in un sistema a diritto costituzionale scritto⁶⁸.

La breve rassegna sugli usi del *common law* e il manifesto originalista contro il suo istituto più espressivo danno lo spunto per tre ordini di riflessioni conclusive.

In primo luogo, è difficile trarre conseguenze di sistema dalla constatazione che l'argomento-precedente vincolante torni di frequente anche nella giurisdizione in materia costituzionale. Questo fatto (il grado operativo dello *stare decisis*) sembra al più corroborare la tesi, già intuibile dopo la stagione giusrealistica, secondo cui lo *stare decisis* si è emancipato da ogni fondamento filosofico: e se si è dubitato che un tale fondamento sia esistito già nella giurisdizione generale di *common law*⁶⁹, non pare comunque che una sua elaborazione abbia mai messo d'accordo la comunità di giuristi interessati all'interpretazione costituzionale. Questi, infatti, hanno fatto ricorso all'istituto senza preoccuparsi, se non fino a tempi recenti, della sua conciliabilità con un impianto a costituzione scritta e rigida. Parrebbe dunque validata dal corso della storia giurisprudenziale la tesi secondo cui l'evoluzione che ha portato all'impiego dello *stare decisis* in qualsiasi decisione giudiziaria, anche di rango costituzionale, ha scardinato «la comune giustificazione teorica della contrapposizione sistemologica» fra *civil law* e *common law* in quanto basata sullo *stare decisis*⁷⁰.

Con ciò non si vuol suggerire l'idea che la distinzione tra le due tradizioni giuridiche perda di rilievo generale: anzi, essa andrebbe mantenuta sorvegliata dalla dottrina, forse su altri

⁶⁷ *Gamble v. United States*, cit., Thomas *concurring*, 15.

⁶⁸ Che la moderna tecnica originalista sia anche la tecnica originaria di interpretazione, applicata sin dalla prima giurisprudenza della Corte Suprema, è affermazione ricorrente ma scarsamente dimostrata nella letteratura originalista: come in J. O'NEIL, *Originalism in American Law and Politics. A Constitutional History*, Baltimora MD, Johns Hopkins University Press, 2005 (in particolare 17, 190), o in CALABRESI, *The Tradition of The Written Constitution* cit., che rilegge come aderente all'originalismo tutta la giurisprudenza successiva al New Deal, trovandone tracce in sentenze come *Brown v. Board of Education* (1954), *Loving v. Virginia* (1967), finanche in *Lawrence v. Texas* (2003): non casualmente, tutti casi integranti un espresso o implicito *overruling*. Se si vuole, sull'uso della storia nella cultura costituzionale statunitense ci si è soffermati in N.G. CEZZI, *L'interpretazione costituzionale negli Stati Uniti d'America. La storia e il testo*, Jovene, Napoli 2019. Per un recente contributo sull'originaria idea di interpretazione costituzionale nella giurisprudenza americana v. F. PETERSON, *Expounding the Constitution*, in *The Yale Law Journal*, vol. 130 n. 1, 2020.

⁶⁹ Secondo GLENN, *Legal Traditions of the World*, cit., 252, sebbene il *common law* sia storicamente cresciuto attraverso l'accumulazione di precedenti, «no concept of *stare decisis* – binding authority attaching formally to each decision – could possibly have existed throughout most of its history»: i casi, infatti, «were part of a body of common experience, to be used in further reasoning, but in no way constituting unalterable law». Per una lettura diversa, e in particolare sulla positivizzazione del *common law*, almeno a partire dal XIX secolo, v. G.J. POSTEMA, *Philosophy of the Common Law*, in J.L. COLEMAN, K.E. HIMMA, S.J. SHAPIRO (a cura di), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford-New York NY, Oxford University Press, 2004, 588 ss.

⁷⁰ Così MATTEI, *Stare decisis* cit., 284.

parametri⁷¹, per evitare manipolazioni, semplificazioni, trapianti⁷². Quel che però parrebbe chiaro è che almeno negli Stati Uniti, in punto di *constitutional adjudication*, non è risolto il problema del fondamento dello *stare decisis* in una teoria delle fonti.

E d'altronde, il fatto stesso che esista un testo fondamentale (partenza e approdo di ogni attività giudiziaria) non può declassarsi a variabile indifferente di questa cultura costituzionale. Reclama questo fatto la geremiade originalista, la cui sete di certezza e identità costituzionale non sembra potersi placare nel ricorso alle fonti di un *common law*. Ciò quindi rende ancora difficile aderire senza riserve alla tesi secondo cui, nonostante la scrittura di un testo costituzionale e l'impianto razionalistico dell'ordinamento così istituito, il sindacato di costituzionalità negli Stati Uniti non è mai stato condotto «secondo i canoni razionalistici del confronto tra norme di diverso livello», ma è stato svolto secondo l'«argomentazione giustificativa propria del *common law*, la quale non si è mai troppo impegnata nell'astrarre la regola dal fatto che le è sottoposto»⁷³. A suggerire qualche motivo di riserva si pongono vari elementi estraibili dalle osservazioni precedenti. Da un lato, infatti, non è facile ricavare dal corso del *common law*, in America come altrove⁷⁴, una sua caratteristica propria in punto di *constitutional adjudication*: anzi, per certi tratti di questo cammino, come si è visto, coincidenti con i maggiori sforzi dogmatici della cultura giuridica americana, una filosofia del precedente vincolante è stata articolata proprio in funzione dell'estrazione di una razionalità superiore al caso, da seguire e tramandare per la soluzione di controversie future. Dall'altro, prima e dopo questi sforzi, lo *stare decisis* è stato pur sempre accomodato all'interno di un generale corredo argomentativo del giudice, senza acquisire portata formalmente vincolante. L'estetica originalista, in continuo consolidamento all'interno dell'apparato giudiziario statunitense, muove appunto da questa diffidenza verso l'istituto (ritenuto utile nei limiti in cui è riuscito a garantire una certa prevedibilità delle decisioni), per giungere poi a una critica indistinta verso l'intero patrimonio di argomentazioni (proprie del *common law* o meno) su cui poggia questo diritto costituzionale giurisprudenziale. Infine, ci si potrebbe chiedere se gli afflitti volti a costruire *judicial doctrines* o a distinguere l'idea di *constitutional interpretation* da quella di *constitutional construction*⁷⁵ non celino piuttosto un'influenza inversa della tradizione di *civil law* su questo modo di intendere l'ufficio del giudice costituzionale⁷⁶.

Più in generale, non sembrano ancora del tutto spiegate le versioni più reciprocamente escludenti espresse dalla giurisprudenza della Corte Suprema (negli esempi appena visti di

⁷¹ A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2019, 88-89 ancora la distinzione tra le due famiglie nel diverso modo di disciplinare l'ordine economico e rileva (108-112, 121, 129 ss.) una tendenza dell'ideologia neoliberale a diffondere una versione semplicistica del *common law* come soluzione buona per tutti i luoghi.

⁷² Per una lettura critica dei *legal transplants* v. A. WATSON, *Society and Legal Change*, Philadelphia PA, Temple University Press, 2001, 98 ss.

⁷³ Così A. GAMBARO, *Presentazione* in ROMEO, *L'argomento costituzionale di common law*, cit., XVI.

⁷⁴ Anche il *common law* britannico, ad esempio, nel corso del XIX secolo, sembra aver subito un irrigidimento dogmatico: così GLENN, *Legal Traditions of the World*, cit., 260.

⁷⁵ Su cui v. *supra* in corrispondenza delle note 26-27.

⁷⁶ Mitigando forse l'unidirezionalità del «massiccio trapasso» delle modalità di giudizio e delle tecniche argomentative che, secondo A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in *costituzionalismo.it*, 2006, si darebbe dalla giurisprudenza costituzionale americana a quelle europee. Il dubbio viene già avanzato da GLENN, *Legal Traditions of the World*, cit., 263.

Thomas e Roberts), così come gli sforzi della dottrina americana. La quale infatti si presenta ancora divisa tra chi tenta di conciliare la validità dello *stare decisis* con l'esistenza e la rigidità di un testo scritto⁷⁷; chi sostanzialmente considera questo sforzo inutile, ritenendo lo *stare decisis* alieno all'interpretazione costituzionale⁷⁸; e chi tenta una via di mezzo tra la correttezza di fondo dell'impostazione originalista e l'impossibilità materiale di superare alcuni precedenti con questa inevitabilmente incoerenti⁷⁹.

In secondo luogo, merita un approfondimento il rilievo secondo cui si riscontrerebbe un legame tra l'idea di *common law* diffusa negli Stati Uniti a partire dalla fine del XIX secolo (il diritto viene scoperto nella tradizione e sigillato nelle *authorities* giurisprudenziali) e la necessità di dichiarare/interpretare (anziché fare/costruire) il diritto posta alla base dell'originalismo⁸⁰. Orbene, se un legame si può tracciare tra il ragionamento per precedenti e la ricerca di un'*intentio* originaria, più che a una «continuità logica»⁸¹ si può pensare a una contiguità di iter logici; una contiguità valida, peraltro, solo per il periodo in cui il *common law* è stato inteso alla maniera della scuola storica americana (mentre dal giusrealismo in poi sarebbe stato reimpiegato come dottrina di creazione, crescita e sviluppo). Ma soprattutto, se come detto è già arduo individuare una precisa idea di *common law* nella storia dell'ordinamento statunitense, si rischia un'illusione ottica nell'associare l'originalismo alla declinazione dichiarazionista del *common law*, poiché a perdersi di vista è la natura costituzionale del testo su cui poggia la dottrina originalista.

Più precisamente, reclamando l'esclusività dell'interpretazione del testo storico, e richiamando a supporto il materiale che ne ha accompagnato la redazione, l'originalismo sta dichiarando la normatività di una precisa storia costituzionale, e lo *stare decisis* viene piegato al servizio del suo restauro integrale (dopodiché anche di questo residuo del *common law* non ci sarà più bisogno⁸²). Peraltro, riprendendo il linguaggio di Thomas, ancorare l'utilità di un precedente (che pur il giudice originalista riconosce *incorrect*) alla *ragionevolezza* dell'interprete e all'*onestà* del disaccordo attorno al significato del testo storico non risolve affatto il problema dell'arbitrio e delle opzioni ideologiche dei giudici, se prima non si prende posizione su una

⁷⁷ Tra le proposte più autorevoli si ricorda quella di associare certi precedenti della Corte Suprema a veri e propri emendamenti costituzionali (e perciò detti super-precedenti): secondo B. ACKERMAN (*We the People*, vol. 1: *Foundations*, Cambridge MA-Londra, Harvard University Press, 1991, 47; e ID., *We The People*, vol. 3: *The Civil Rights Revolution*, Cambridge MA-Londra, Harvard University Press, 2014, 32-33) ogni regime costituzionale non è definito dal solo testo della Costituzione, ma da un «canone costituzionale» composto anche dalle principali decisioni della Corte suprema e dai *landmark statutes*. Per saggiare l'incidenza di questa proposta nella prassi si possono considerare due esempi: da un lato la posizione assunta dal giudice Roberts il quale, durante la sua udienza di conferma come Chief Justice davanti al Senato, ha preferito non aderire espressamente all'idea che esistano dei super-precedenti; dall'altro, la posizione assunta dalla giudice Coney Barrett, la quale, nella stessa occasione, ha sostenuto che se pronunce come quelle rese in *Marbury v. Madison* (1803) o in *Brown v. Board of Education* (1954) sono ormai considerabili dei super-precedenti, questo non è affatto il caso di *Roe v. Wade*.

⁷⁸ J.C. REHNQUIST, *The Power That Shall Be Vested in a Precedent: Stare Decisis, the Constitution and the Supreme Court*, in *Boston University Law Review*, vol. 66 n. 2, 1986, 345; R.E. BARNETT, *Trumping Precedent with Original Meaning: Not as Radical as it Sounds*, in *Constitutional Commentary*, vol. 22, 2005, 257.

⁷⁹ H.P. MONAGHAN, *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, in *Columbia Law Review*, vol. 88, 1988, 723.

⁸⁰ Secondo ROMEO, *L'argomento costituzionale di common law*, cit. 142, 144, ad accumulare le due impostazioni è il cosiddetto tradizionalismo. Lo stesso giudice Thomas ha accennato a questa associazione: v. *supra* nota 58.

⁸¹ ROMEO, *L'argomento costituzionale di common law*, cit., 219.

⁸² Viene meno così la neutralità dell'istituto, diventando difficile sostenere che ancora oggi sia «una soluzione istituzionale come molte altre» (come intuito da MATTEI, *Stare decisis* cit., 3).

filosofia della storia⁸³. Riducendo infatti l'interpretazione costituzionale a intrapresa storiografica, più che sentenze si redigono appunto trattati di storia; o, meglio, di questa si fa un uso pubblico del cui orientamento bisognerebbe dare conto⁸⁴. In altri termini, la ricerca di razionalità e certezza del diritto alla base delle istanze originaliste non può non richiedere un *onesto* esercizio dogmatico.

In terzo e ultimo luogo, sollevando lo sguardo dalle manipolazioni del *common law* e dello *stare decisis*, può ricordarsi la peculiare accezione che il movimento originalista è venuto elaborando di Costituzione e interpretazione costituzionale. Ovvero una completa indifferenza ontologica tra testo e interpretazione costituzionale e testo e interpretazione di legge ordinaria⁸⁵. Per l'originalista non smuove questo assioma neanche il dato empirico e normativo che vede il processo di adozione e modifica del testo costituzionale presentarsi in forme radicalmente diverse da quelle che connotano simili vicende della legge ordinaria⁸⁶. La costituzione originalista viene declinata secondo una logica prettamente oppositiva, per cui essa è solo una super-legge (*super-statute*), il cui «unico scopo» è quello di «impedire il cambiamento», fissando certi diritti «in modo tale che le future generazioni non possano eliminarli facilmente»⁸⁷; e viene interpretata in un'ottica schiettamente lineare, basata su una storia implicita, per cui più ci si allontana dalla fonte dell'autorità costituzionale più si accumulano errori nell'interpretazione costituzionale.

⁸³ Nell'ambito di una riflessione critica sui limiti della conoscenza storica, P. RICEUR, *La memoria, la storia, l'oblio* (2000), Milano, Raffaello Cortina Editore, 2003, trad. ital. D. Iannotta, 455, riflette sulla posizione di terzo che lo storico e il giudice pretendono di occupare nello spazio pubblico, argomentando l'impossibilità di un «terzo assoluto». Sul tema si v. anche A. GIULIANI, *I due storicismi*, in *Il Politico*, vol. 18 n. 3, 1953.

⁸⁴ Di politica della storia e di uso pubblico della storia ha parlato criticamente J. HABERMAS, *L'uso pubblico della storia*, in G.E. RUSCONI (a cura di), *Germania: un passato che non passa. I crimini nazisti e l'identità tedesca*, Torino, Einaudi, 1987, 98 ss. e 164. In senso meno deteriore e più comprensivo il concetto è stato ripreso dallo studio curato da N. GALLERANO (a cura di), *L'uso pubblico della storia*, Milano, FrancoAngeli, 1995.

⁸⁵ Il tema è stato molto discusso dalla dottrina italiana: si v. gli scambi raccolti in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007. In particolare, tra le letture sulla qualità dell'interpretazione costituzionale v. C. PINELLI, *Il dibattito sulla interpretazione costituzionale tra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. III, Napoli, Jovene, 2004, 1675 ss.; BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, cit.; G. ZAGREBELSKY, *Modi di intendere l'interpretazione della Costituzione*, in ID., *Intorno alla legge*, Torino, Einaudi, 2009, 267 ss.; A. VESPAZIANI, *Interpretazione costituzionale. Diritto comparato*, in *Diritto on line*, Treccani, 2016. Su altro versante v. A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2001; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffè, 2004. Sull'assimilazione tra interpretazione legale e interpretazione costituzionale, ma essenzialmente dalla prospettiva del giudice comune, v. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, voce in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. IX, Milano, Giuffrè, 2016, 440-441. Per il ruolo che l'interpretazione costituzionale può avere nella comprensione della cultura costituzionale v. P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlin, 2. Aufl., 1998, 117 ss. (ID., *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, trad. ital. J. Luther, Carocci, Roma, 2001), su cui v. DI MARTINO, *Culture costituzionali, storia e comparazione*, cit., 90.

⁸⁶ Nel suo manifesto sullo *stare decisis*, Thomas menziona questo dato ma non ne trae considerazioni di sorta (*Gamble v. United States*, cit., Thomas *concurring*, 14). Non è motivo di dubbio, per Thomas, neanche il fatto che il precedente menzionato a sostegno dell'insussistenza di un *common law* federale, nell'opinione redatta dal giudice Brandeis, basasse la decisione di superare il precedente proprio sulla natura costituzionale della questione (cfr. *supra* nota 61). Aveva infatti scritto il giudice Brandeis nel caso *Erie R. Co. v. Tompkins* cit. 77-78: «Se fosse stata coinvolta una mera questione di interpretazione della legge ordinaria, allora non dovremmo accingerci ad abbandonare una dottrina così ampiamente applicata per quasi un secolo. Ma l'incostituzionalità della strada così percorsa è stata resa palese e ci impone di agire in questo senso». Si v. inoltre la visione di Cardozo nella *dissenting opinion* in *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.* cit. *supra* nota 43. Dell'impraticabilità del procedimento emendativo previsto dalla Costituzione americana Scalia sembrava invece preoccupato: v. J. SENIOR, *In Conversation: Antonin Scalia*, New York Magazine, 8 ottobre 2013.

⁸⁷ Così SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System*, cit., 40.

Ebbene, questo approccio sembra voler indurre il trapianto di un razionalismo hobbesiano che invece non sembrava aver segnato il pensiero giuridico della fondazione americana, e occultare parallelamente la vocazione extra-maggioritaria del patto costituente: quel tipo di razionalismo, infatti, incentrato com'è su «una volontà passata e ormai espressa», che permette al più solo una ricostruzione storiografica, «richiede sempre il ricorso a una rinnovata espressione della volontà del sovrano»⁸⁸; quando invece alla base della fondazione storica dell'ordinamento statunitense si era posto un *pactum unionis* senza grande preoccupazione per il tema della soggezione⁸⁹.

Inoltre per questa via si alimenta la semplificazione teorica fondata sul carattere contro-maggioritario della Corte Suprema⁹⁰: poggiandosi su di essa, che invero da un punto di vista eurocontinentale è lungi dal rappresentare una difficoltà «insormontabile»⁹¹, l'originalismo si contenta di elevare il sovraccarico di diritto giurisprudenziale a caratteristica peculiare del costituzionalismo americano e di rilevare l'esistenza di dimensioni conflittuali del discorso costituzionale, non concepandone il carattere intrinseco a questo né le potenzialità costruttive⁹². In ottica più ampia, questo approccio impedisce di risolvere secondo una logica diversa da quella schiettamente maggioritaria l'insoddisfazione non tanto verso il voluto legislativo⁹³ quanto verso un voluto costituzionale, ovvero l'interpretazione di quanto non è stato scritto due secoli fa eppure è divenuto fondamentale⁹⁴. È sempre più artificioso, in altri termini, sostenere che il *judicial review of legislation* si basi ancora soltanto su un mero raffronto tra testi

⁸⁸ Così ASCARELLI, *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, cit., 17, 61-62, secondo cui con questo «il limite del sistema hobbesiano» si coordina poi con «la riduzione hobbesiana del diritto a sicurezza, a certezza, smarrendo così il momento dello sviluppo del diritto», sviluppo che viene così posto «quasi fuori dalla storia». D'altro canto, in Europa, il rapporto di «totale separazione» tra un diritto costituzionale codificato in un testo e la storia costituzionale sarebbe stato proposto solo dai «*révolutionnaires*» e praticato dal tempo dell'elaborazione delle prime Carte costituzionali in senso moderno: così G. ZAGREBELSKY, *Storia e costituzione*, in ID., *Intorno alla legge*, cit., 183-184.

⁸⁹ Di «radicale abolizione della sovranità» parla H. ARENDT, *Sulla rivoluzione*, (1963), Torino, Einaudi, 2006-2009, 171-172 (sullo stesso versante, v. anche G. BRUNI ROCCIA, *La dottrina del diritto naturale in America. Le origini: puritanismo e giusnaturalismo*, Milano, Giuffrè, 1950, 115-116). Di «sovranità indivisa» parla P. RIDOLA, *Profilo storico del costituzionalismo*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, 9 (v. anche ID., *Costituzionalismo, giusnaturalismo, contrattualismo*, in *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, Giappichelli, 2006, 44 ss.). Ricostruisce la centralità della sovranità popolare, soprattutto a partire dall'ordine simbolico proposto dalla Corte guidata da John Marshall, KHAN, *The Reign of Law* cit., 209 ss.. ZAGREBELSKY, *Storia e costituzione*, cit., 192, ricorda la caratteristica versatilità del giusnaturalismo scaturente dall'idea di costituzione scritta: l'immutabilità assoluta della costituzione, derivante dal suo carattere ricognitivo (come la intendeva John Adams), poteva rovesciarsi nel suo contrario, ovvero nel diritto di ogni generazione di ricominciare completamente da capo (come nella visione di Thomas Jefferson).

⁹⁰ Tema su cui si è ripetutamente confrontata la dottrina non solo americana (e da cui prende le mosse la geremiade originalista) dopo la pubblicazione di A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at The Bar of Politics*, New York NY, The Bobbs-Merrill Co., 1962. Sul punto v. C. PINELLI, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 13/2008.

⁹¹ Così M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 1/2013, 10.

⁹² Conflitto relativo anche alle rappresentazioni del passato fatte dai poteri pubblici: v. A. MASTROMARINO, *Stato e memoria. Studio di diritto comparato*, Milano, FrancoAngeli, 2018, 65 ss. In una prospettiva più generale v. G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

⁹³ Si riprende l'espressione, «voluto legislativo», impiegata da LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., 438, secondo cui, quando tale voluto sia divenuto insoddisfacente, lo Stato costituzionale di diritto appronta due rimedi: «anzitutto, se il problema è la sua sopravvenuta inopportunità, l'enunciazione di un nuovo voluto; in secondo luogo, se il problema è la sua sopravvenuta irragionevolezza (per «anacronismo legislativo»), la declaratoria di incostituzionalità».

⁹⁴ Ad esempio, in punto di forme di governo, L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo negli Stati Uniti d'America*, Milano, Giuffrè, 1961, 210, aveva intravisto una «grande sagesse» nelle «lacunosità» del testo costituzionale.

(costituzionale *versus* ordinario) e non anche tra luoghi segnati da «trasformazioni epocali di portata sistemica»⁹⁵. Per l'originalismo, invece, nella carta si legge solo un certo passato, questo va fatto rivivere nella giurisprudenza, custodito dal giudice costituzionale.

⁹⁵ Così, guardando alla tenuta dell'originario impianto liberale nel contesto americano, P. RIDOLA, *Metodo comparativo e storia costituzionale nell'opera di Giovanni Bognetti*, ora in ID., *Esperienza Costituzione Storia. Pagine di storia costituzionale*, Napoli, Jovene, 2019, 46.

ABSTRACT

L'articolo si occupa del concetto di precedente vincolante nel giudizio di costituzionalità, prendendo come caso di studio la giurisprudenza statunitense. I più recenti conflitti espressi sul punto da questa cultura costituzionale, esasperati dalla polemica originalista, rappresentano infatti l'occasione per affrontare le letture più convenzionali di questo istituto di *common law*. Constatata l'assenza di una precisa dottrina dello *stare decisis*, il lavoro suggerisce un impegno più sorvegliato nell'ambito dell'interpretazione costituzionale.

The paper deals with the idea of binding precedent in constitutional adjudication, addressing the case of the US Supreme Court jurisprudence. Moving from its recent conflicts on the issue, especially exacerbated by the originalist polemics, the paper aims at tackling the most conventional assumptions surrounding this common law experience. It pauses on the absence of shared understandings of the *stare decisis* doctrine and advises for a deeper theoretical commitment in its uses related to the constitutional interpretation.

PAROLE CHIAVE: Common law, teoria del precedente, testo, storia

KEYWORDS: *Stare decisis*, constitutional interpretation, US Supreme Court, originalism